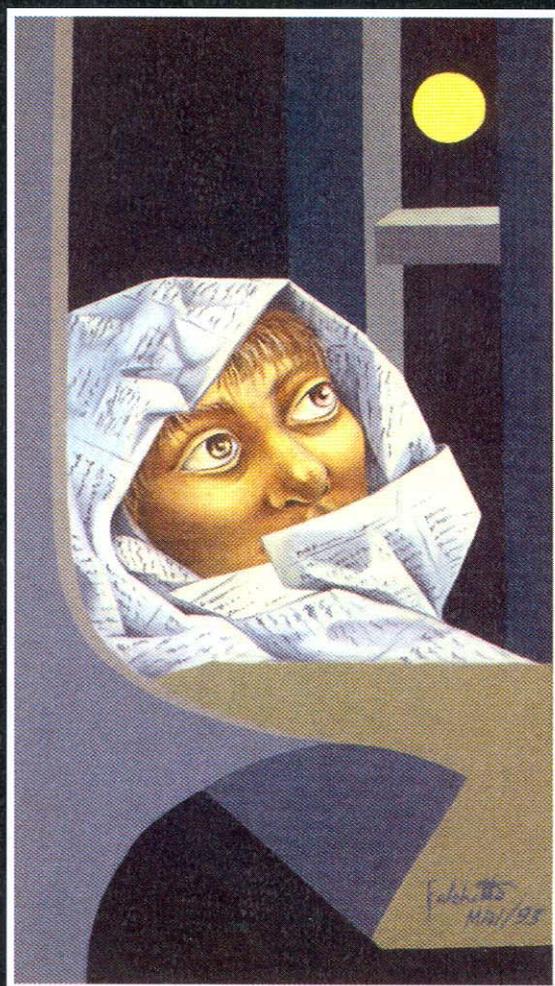


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Janeiro-Março/2006 – Ano 43 – Nº 169



Maria Lúcia Falchetto, "Meninos de Rua",  
1993. Acervo do Senado Federal.

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 169

Janeiro/março – 2006

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) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Raquel Pimentel dos Santos e

Francisco Rafael Amorim dos Santos

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano e Cláudia Pantuzzo

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Ana Maria da Silva Peixoto e

Francisco Donato González Fernandes

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 43 · nº 169 · janeiro/março · 2006

- Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva Princípio da isonomia e a administração pública em juízo: a realidade brasileira. Aspectos jurídicos 7
- Dilvanir José da Costa A família nas Constituições 13
- Angela Cristina Pelicioli A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes 21
- Ronaldo Guimarães Gallo Soberania: poder limitado (parte I) 31
- Bernardo Leôncio Moura Coelho A contratação de aprendizes pelos entes públicos: uma aplicação dos princípios constitucionais de legalidade e moralidade 49
- Eduardo Fortunato Bim A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar. Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade 65
- Eneida Desiree Salgado Iniciativa popular de leis: as proposições, o positivado e o possível 95
- Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917 101
- Ana Letícia Queiroga de Mattos A realidade constitucional da República Federal da Alemanha 127
- Elísio Augusto Velloso Bastos A função tributária: por uma efetiva função social do tributo 143
- Gustavo Henrique F. Taglialegna e Paulo Afonso F. de Carvalho Atuação de grupos de pressão na tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança 161
- Daniel Rocha Corrêa Certificação ambiental, desenvolvimento sustentável e barreiras à entrada 189
- Marcela Harumi Takahashi Pereira A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? 203
- Rogério Duarte Fernandes dos Passos A cooperação entre Venezuela e Irã: um conceito socialmente construído na sociedade internacional ou uma alternativa ao desenvolvimento? 233

Leila Maria Da’Juda Bijos  
Dirce Mendes da Fonseca

Promessas de empoderamento para mulheres 245  
O campo da ética, seu lugar na política 255

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)*

Nara Maria Esteves F. Gonçalves,  
Christian Dugas de la Boissonny e  
Joaquim Carlos Gonçalves

Contribuição da legislação florestal francesa para a  
legislação florestal brasileira 265

# Princípio da isonomia e a administração pública em juízo

A realidade brasileira. Aspectos jurídicos

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. Prerrogativas processuais na ordem jurídica brasileira. 3. Conclusão.

### 1. Introdução

O tema “prerrogativas processuais da Administração Pública” está relacionado diretamente com a linha de pesquisa “execução contra a Fazenda Pública”, em desenvolvimento na Universidade Federal Fluminense, por meio do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), do qual fazem parte os professores doutores Hermann-Josef Blanke, da Universität Erfurt, e Karl-Peter Sommermann, da Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Na aula ministrada no curso para juízes federais brasileiros<sup>1</sup>, ocorrido em novembro de 2000, em Brasília, o prof. Sommermann (2003, p. 117) concluiu sua exposição sobre a “execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão” afirmando que “deve existir um regime jurídico que tenha em vista, de um lado, a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos, e de outro a manutenção da capacidade de funcionamento da Administração Pública”.

No I Seminário de Direito Processual Administrativo da UFF<sup>2</sup>, realizado em agosto de 2003, o prof. Hermann-Josef Blanke, em sua exposição sobre o tema “Prerrogativas processuais da Administração Pública no Direito Alemão”, assinalou que a tutela judicial, que pressupõe lesão a direito subjetivo

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Doutor em Direito, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Juiz Federal no Rio de Janeiro.

vo, deve ser capaz de reparar com efetividade o dano e, para isso, é indispensável que no processo haja igualdade de armas entre os litigantes. Na opinião do publicista da Universität Erfurt, a relação de subordinação nos Tribunais entre Estado e cidadão somente deve proteger o patrimônio público *stricto sensu*, como os bens afetos a serviço essencial à coletividade, no caso da execução forçada.

Blanke, sempre contrário a qualquer espécie de prerrogativa no plano processual em favor da Administração Pública, cético no tocante aos fundamentos apresentados em favor das prerrogativas meramente processuais do direito brasileiro, arremata ao questionar como proceder diante das situações em que o Estado for parte mais forte: “Há outras situações no Brasil em que o Estado é a figura dominante. Não se trata de um vício contra ou a favor de uma empresa globalizada ou algo assim. E neste momento, qual seria a argumentação com respeito ao cidadão normal? Como é a justificação das prerrogativas nestes casos, que também existem neste país? Estou absolutamente seguro, sem ter estudado empiricamente a situação no Brasil”. Naquela oportunidade, registrei que, “no Brasil, a única prerrogativa que parece ser verdadeiramente necessária para preservar o interesse público é a proibição de execução forçada em face de bens indispensáveis à existência do Estado e, indiretamente, a proibição de medidas de urgência, como liminares ou cautelares, que possam permitir a execução forçada e atingir bens necessários à existência do Estado. Isto porque todas as demais prerrogativas existentes no Brasil, que são muitas, não têm fundamento no interesse público ou na supremacia do interesse público, e sim fundamento meramente processual, no interesse econômico do Estado”.

## 2. Prerrogativas processuais na ordem jurídica brasileira

As principais prerrogativas processuais da Administração Pública que podem ser encontradas no direito brasileiro são enu-

meradas da seguinte maneira: prazo processual em dobro, intimação pessoal e não pela imprensa oficial, recursos privativos (duplo grau de jurisdição obrigatório e recursos específicos como suspensão de liminar), inexistência de consequência quanto à revelia, proibição de transação, restrição à concessão de liminares e medidas de urgência em face da Administração Pública, e proibição de execução forçada de sentença de dinheiro em face da Administração Pública.

Com relação ao prazo diferenciado, dispõe o art. 188, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.<sup>4</sup> A intimação pessoal é assegurada à Fazenda Pública pelo art. 38 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993: “as intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos”, ao passo que todos os demais entes privados são intimados pela imprensa oficial. Sobre o duplo grau de jurisdição, modalidade de recurso obrigatório em favor da Administração Pública, dispõe o Código de Processo Civil que “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (...) proferida contra a União, (...)”.

As prerrogativas de prazo diferenciado, de intimação pessoal e de recursos próprios visam atender uma deficiência administrativa, *interna corporis*, da Administração Pública na condição de parte processual. Falta de advogados próprios, qualificados, infra-estrutura material etc. têm servido de justificativa ao longo dos anos para que tal prerrogativa persista. Além disso, há um certo grau de desconfiança no judiciário de 1ª instância, muito embora inconfessável, por parte do executivo e legislativo, única razão concreta para persistir o “duplo grau de jurisdição”, que consiste na obrigatoriedade de remessa da sentença ao órgão judicial *ad quem*, independentemente

de recurso da Administração Pública, o qual confirmará ou não a decisão *a quo*. Essas prerrogativas, fundamentadas exclusivamente na desigualdade processual, ocasionada pela deficiência administrativa do ente público litigante, partem da falsa premissa de que o Estado é a parte mais fraca da relação processual. A falta de recursos financeiros, no atual contexto brasileiro, é opção política das mais infelizes, demonstrando descaso com o princípio da tutela judicial. No início do século, podia ser justificável em alguns Estados tal postura, como muito bem lembrou o prof. Blanke na reunião de agosto de 2003. Entretanto, no Brasil, creio que tal situação não necessita mais subsistir, sob pena de evidente atentado ao Estado de Direito e ao princípio da igualdade.

No direito processual público brasileiro, embora sem previsão legislativa explícita<sup>5</sup>, foi construída jurisprudência segundo a qual a Administração Pública revel, que citada não apresenta defesa, não está sujeita ao efeito da presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. Esse entendimento parte de premissa de que, sendo o direito público indisponível, não sujeito à transação judicial, da inércia da Administração Pública não pode ser extraída uma renúncia tácita. A idéia é relacionar a inexistência de efeito da revelia e a proibição de transação judicial a fundamento substancial, não processual, mas sim de direito material. Trata-se mais uma vez de falsa premissa. Os bens públicos são de fato inalienáveis, porém tal inalienabilidade é impeditiva de transação privada, no interesse privado dissociado do interesse público, o que impõe autorização legislativa prévia para que haja qualquer alienação. Na relação processual, a transação deixa de ser ato essencialmente privado, ou com objetivos privados, pois, intermediada pelo Estado-jurisdicção, visa à realização do direito à tutela judicial. Se for permitido à Administração Pública não se sujeitar à pena de revelia, significa dizer que a ela está sendo conferido o direito de con-

testar não em prazo em dobro, mas a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que lhe propicia uma vantagem desigual, que subverte toda sistemática processual, até mesmo com ofensa ao princípio do contraditório.

No tocante à proibição de liminares ou medidas de urgência em face do poder público, a principal legislação sobre a matéria, a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992<sup>6</sup>, está disposta nos seguintes termos: "Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...) Parágrafo terceiro. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação".

A Constituição Federal, art. 100, na prática impede que as sentenças de dinheiro tenham execução forçada contra a Administração Pública: "... os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

A proibição de liminares e medidas de urgência está intimamente relacionada com a proibição de execução forçada em face da Administração Pública. Não adianta admitir a medida de urgência em face da Administração Pública se a execução dessa mesma medida de urgência encontra restrições. Aliás, essas restrições normalmente apresentadas às medidas de urgência são sempre em função da dificuldade de execução<sup>7</sup>. No Brasil, a execução de sentenças contra a Administração Pública está sujeita a um procedimento diferenciado quando a obrigação é de dar dinheiro. No plano constitucional, há impedimento para a execução forçada, de dar dinheiro, contra a Administração Pública<sup>8</sup>. Exceto para créditos de peque-

no valor, a execução fica sujeita a um regime denominado precatório, em que na prática a entidade devedora somente paga na hipótese de legislação orçamentária prever recursos para tanto<sup>9</sup>.

No III Seminário de Direito Processual Administrativo, sobre o anteprojeto de lei de execução contra a Fazenda Pública, consignei no relatório final que “a execução contra a Fazenda Pública sempre foi considerada no direito brasileiro ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública, sendo o regime constitucional do precatório, dada a sua intrínseca natureza voluntária, instituto capaz de romper com o princípio do Estado de Direito, se aplicado abstratamente e em descompasso com o princípio da proporcionalidade. A efetividade da jurisdição como meio de realização de direitos em face da Administração Pública, atrelada à noção de direito fundamental, só pode ser limitada em prol de um valor supremo e excepcional, como o da dignidade da pessoa humana, nas relações processuais entre entes privados e como o da continuidade do serviço público essencial à coletividade, nas relações envolvendo entes públicos”<sup>10</sup>.

### 3. Conclusão

É tradição do direito brasileiro prever, nos processos judiciais, vantagens em favor da Administração Pública, sob o fundamento de que a supremacia do interesse público prevalece em certos casos sobre o princípio da igualdade das partes litigantes. De fato, o Estado, como parte processual, não deve ser tutelado como seu cidadão comum, porque a isonomia que se propaga com o princípio do Estado de Direito deve ser limitada pelas regras essenciais ao funcionamento e à própria existência do Estado (Cf. SILVA, 1999, p. 18). Não obstante, tais vantagens, na verdade prerrogativas, devem ser estritamente necessárias à compensação de desigualdades, sob pena de configurarem odiosos privilégios<sup>11</sup>. Consi-

dero as normas processuais que consagram as prerrogativas da Administração Pública em três grandes grupos. No primeiro, as normas possuem fundamentos e são coerentes com a supremacia do interesse público; no segundo grupo, as prerrogativas previstas não são capazes de evidenciar sua utilidade e essencialidade ao funcionamento e existência do Estado, o que leva facilmente à sua inconstitucionalidade; e, no terceiro grupo, as normas que possuem fundamentos coerentes com a supremacia do interesse público, muito embora tais fundamentos não mais existam ou nem mesmo tenham existido, o que, sem adentrar no juízo político do legislador, reclamam, de *lege lata*, decisão judicial que encontre um ponto de equilíbrio, de acordo com a particularidade do caso concreto<sup>12</sup>, e, de *lege ferenda*, análise sócio-jurídica destinada à sua revogação ou modificação.

As prerrogativas meramente processuais, as de prazo em dobro, intimação pessoal ou de recursos próprios e específicos são prerrogativas calcadas em fundamentos formais, processuais, injustificáveis na atual evolução do Estado brasileiro. As prerrogativas substanciais, relativas à inexistência de efeitos da revelia ou proibição de transação, estão calcadas em falsa premissa, a de que a regra da indisponibilidade do bem público é direcionada também ao juiz, no exercício da sua jurisdição. A venda ou transação judicial é ato essencialmente público, no interesse público e não privado, no interesse da função jurisdicional. As prerrogativas de origem substancial, voltadas para a execução de sentenças contra a Fazenda Pública, serão indispensáveis apenas para preservar da expropriação forçada dos bens afetados a serviço público essencial à sociedade.

### Notas

<sup>1</sup> I Curso de Extensão Execução contra a Fazenda Pública, organizado pela Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Conselho da

Justiça Federal, em Brasília, no período de 20 a 24 de novembro de 2000.

<sup>2</sup> Seminário organizado pelo Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), quando de sua II Missão Científica, ocorrida no Rio de Janeiro e em Niterói, no mês de agosto de 2003.

<sup>3</sup> Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>4</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser constitucional o prazo diferenciado do art. 188 do Código de Processo Civil (STF-Pleno, RE 194.925-2-MG-SDcl-ED, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.3.99, um voto vencido).

<sup>5</sup> O preceito do Código de Processo Civil invocado é o art. 320, II, *in verbis*: “À revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo anterior (se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor): (...) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

<sup>6</sup> Além da Lei 8.437, prevêem restrições à concessão de liminares ou tutelas de urgência: Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, restringindo liminares em sede de mandado de segurança; Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, aplicando as restrições da Lei 8.437 às tutelas antecipadas prevista no Código de Processo Civil (art. 273), em face do Poder Público.

<sup>7</sup> Na Ação Direta de Constitucionalidade 4, proposta pelo Presidente da República em função da Lei 9494, que proibia antecipação de tutela (medidas de urgência) contra a Administração Pública, o STF acolheu a tese de que algumas liminares (medidas de urgência) estavam sendo deferidas e executadas sem observância ao regime tradicional e constitucional do precatório judicial.

<sup>8</sup> Não obstante, lembra o prof. Leonardo Greco que “conforme já decidiu o Tribunal Constitucional Alemão, o princípio do Estado de Direito exige respeito ao preceito da mais completa proteção jurídica possível, o que significa que o Judiciário deve fazer tudo aquilo que a Administração se recusa a fazer, desde que se apresente como necessário para o pleno gozo dos direitos dos particulares” (Execução de liminar em sede de mandado de segurança, 2003).

<sup>9</sup> A Emenda Constitucional 30, de setembro de 2000, dispensa do regime dos precatórios os créditos inferiores a 40 salários mínimos, o que representa 5.000 dólares americanos aproximadamente.

<sup>10</sup> Realizado na Faculdade de Direito, no dia 10 de outubro de 2003, sob coordenação do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), com a participação dos professores Leonardo Greco, Ministro Teori Zavascki, Ministro Athos Carneiro, Dr. Petrônio Calmon Filho, Wilson Madeira Filho, Ricardo Perlingeiro, além de mestrandos da UFF. Na obra “*ejecución de sentencias contra el Estado*”, Pedro Aberastury relaciona o direito da tutela efe-

tiva ao direito de execução de sentenças contra a Administração Pública”.

<sup>11</sup> A profa. Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 30), aplicando o princípio da proporcionalidade, afirma que “a prerrogativa não deve superar o estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio”.

<sup>12</sup> Proposição de Willis Santiago Guerra (1996, p. 70, 91) no excelente trabalho “princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública”. Willis Guerra (1971, p. 316) classifica essas normas como adequadas porém não exigíveis, a partir da distinção entre norma adequada e exigível formulada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

## Referências

ABERASTURY, Pedro. El presupuesto público en la ejecución de sentencias contra el Estado. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ejecución de sentencias contra el Estado: consolidación de deudas del Estado nacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

\_\_\_\_\_. Execução judicial de sentenças contra o Estado. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

BLANKE, Hermann-Josef. O dinheiro como bem público penhorável no direito alemão. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Igualdade processual e os benefícios da fazenda pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 13/15, p. 421-435, dez. 1978.

GRECO, Leonardo. Execução de liminar em sede de mandado de segurança. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

\_\_\_\_\_. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: 1975.

GUERRA FILHO, Willis. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 70-91, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *BverfGE*, [S.l.], n. 30, 1971.

MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 123, p. 113-127, jul./set. 1994.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução contra a fazenda Pública: razões políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/Serie%20Pesquisas8.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2003.

\_\_\_\_\_. *La reforma del poder judicial brasileño*. Trabalho apresentado à Sociedade Científica Argentina. 2003. Digitado.

\_\_\_\_\_. *Precatórios e requisições de pequeno valor: RPV*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível: <[http://www.cjf.gov.br/manuais/man\\_procedimentos.asp](http://www.cjf.gov.br/manuais/man_procedimentos.asp)>. Acesso em: 14 out. 2003.

\_\_\_\_\_. *Reforma do poder judiciário*. Buenos Aires: [s.n.], 2004.

\_\_\_\_\_. (Org.). Anteprojeto de lei execução contra a Fazenda Pública. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 3., 2003. Niterói: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 10 out. 2003. Digitado.

\_\_\_\_\_. (Org.). Execução de pequeno valor contra a Fazenda Pública. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 5., 2003. Niterói: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 22 out. 2003. Digitado.

\_\_\_\_\_. (Org.). Prerrogativas processuais da administração pública no direito alemão. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 1., 2003. Niterói: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 27 ago. 2003. Digitado.

SOMMERMANN, Karl-Peter. A execução forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemão. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a fazenda pública*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

# A família nas Constituições

Dilvanir José da Costa

## Sumário

1. A Constituição do Império e o casamento apenas religioso. 2. A Constituição republicana de 1891 e o casamento apenas civil. 3. A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis. 4. A Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946 e o efeito civil imediato e *a posteriori* do casamento religioso. 6. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969. 7. A Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e o fim do casamento indissolúvel. 8. As grandes inovações da Constituição de 1988. 9. A *união estável* como entidade familiar: conceito, forma, prova, efeitos e distinção do casamento e do concubinato. 10. Conclusões.

### 1. A Constituição do Império e o casamento apenas religioso

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, assim dispunha em seu artigo 5º:

“A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.”

Por isso o grande civilista e Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 38-39), em obra publicada em 1869, afirmou:

“Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para

julgar da validade do ato. Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes (lei 1.144, de 11 de setembro de 1861) consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento.”

O casamento católico era regulado pelas normas do Concílio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Bahia.

A Constituição imperial tratou dos cidadãos brasileiros, seus direitos e garantias, mas nada de especial sobre a família e o casamento, salvo sobre a família imperial e sua sucessão no poder.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado e, portanto, a necessidade de regular o casamento, o que se fez pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que só considerou válidos os casamentos celebrados no Brasil se realizados de acordo com suas normas. Permitiu, porém, aos contratantes, celebrar, antes ou depois do casamento civil, o matrimônio segundo suas respectivas religiões. Ante a persistência da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido novo Decreto, nº 521, em 26 de junho de 1890, dispondo: “O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas.”

## *2. A Constituição republicana de 1891 e o casamento apenas civil*

Também a Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 não contém disciplina especial sobre a família. No título IV, dos

cidadãos brasileiros, seção II sobre declaração de direitos, o § 4º do artigo 72 veio dispor:

“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

O Código Civil de 1916, cujo projeto Bevilacqua (1955) fora de 1899, regulou exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos, inclusive a sua nulidade e anulação e a simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (arts. 180 e segts).

## *3.A Constituição de 1934 e o casamento religioso com efeitos civis*

A Constituição de 16 de julho de 1934, primeira a consagrar os direitos sociais, introduziu inovações, diante da reiteração do casamento apenas religioso pelo interior do país. Tratou da família no capítulo I do título V, onde se lê:

“Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

“Art. 146 – O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. (...) A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.”

Leis especiais, ao longo do tempo, vieram regulamentar o casamento religioso com efeitos civis (Lei 379/37, DL 3.200/41, Lei 1.110/50, Lei 6.015/73, arts. 71 a 75 e Código Civil de 2002, arts. 1515 e 1516), inclusive com efeitos a partir do ato religioso e, obviamente, independentemente da celebração civil.

#### 4. A Constituição de 1937

A Constituição de 10 de novembro de 1937 apenas reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (art. 124).

#### 5. A Constituição de 1946 e o efeito civil imediato e a posteriori do casamento religioso

A Constituição de 18 de setembro de 1946 foi explícita em consagrar: a) o casamento de vínculo indissolúvel; b) o casamento civil; c) o casamento religioso equivalente ao civil se, observadas as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou *qualquer interessado*, e inscrito o ato no registro público; d) o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, *a requerimento do casal*, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa (art. 163, §§ 1º e 2º).

#### 6. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969

A Constituição de 1967, no artigo 167 e §§, e a Emenda nº 1 de 1969, no artigo 175 e §§, mantiveram os conceitos supra do artigo 163 e §§ da Constituição de 1946.

#### 7. A Emenda Constitucional nº 9, de 1977 e o fim do casamento indissolúvel

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, pôs fim ao caráter indissolúvel do casamento civil e instituiu o divórcio em nosso país. O artigo 1º dessa Emenda deu a seguinte redação ao § 1º do artigo 175 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

E o artigo 2º da mesma Emenda nº 9 assim dispôs:

“A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

A chamada Lei do Divórcio – Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, hoje disciplinados nos artigos 1571 a 1590 do novo Código Civil, em tudo o que derogou a Lei do Divórcio.

#### 8. As grandes inovações da Constituição de 1988

Inovações de vulto na família e no casamento trouxe a Constituição de 1988 ou Constituição cidadã, assim chamada em razão da evolução que promoveu nos direitos da personalidade e da família, com destaque para a indenização do dano moral, o reconhecimento de novas entidades familiares, a igualdade dos cônjuges e dos filhos e a facilitação do divórcio. O seu artigo 226 veio dispor na linha das Constituições precedentes:

“ § 1º O casamento é civil.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

E o artigo 227:

“§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

### 9. A união estável como entidade familiar: conceito, forma, prova, efeitos e distinção do casamento e do concubinato

Merecem destaque especial, no texto supra da Constituição e seu regulamento no Código Civil, o conceito, os requisitos e efeitos da união estável e o seu confronto com o casamento e com a nova figura do concubinato.

Quanto à forma, o casamento é formal: além do consentimento manifestado perante o juiz, representante do Estado e da proclamação deste, é ele inscrito no registro público. A união estável admite todas as formas de constituição tendentes a demonstrar seus requisitos, desde fatos e circunstâncias até o contrato verbal ou escrito, particular ou público, inclusive o casamento religioso sem os efeitos civis.

Quanto à prova, a certidão do registro civil faz prova plena do casamento civil, do casamento religioso inscrito no registro civil e da união estável convertida em casamento e inscrita naquele registro. A união estável sem conversão, se contestada sua existência, dependerá de ação própria e sentença para prová-la, ainda que resulte de escritura pública. Essa a sua *capitis diminutio* formal e probatória, a exigir comprovação judicial quando posta em dúvida a sua existência e sobrevivência. Não obstante, o colendo STJ, por acórdão unânime de 17.02.04, de sua egrégia 4ª Turma, admitiu o pedido cautelar de alimentos provisionais independentemente da prévia e cabal prova da existência da união estável. “O *fumus boni juris*, no processo cautelar, pode ser apurado em instrução sumária, sem a qual não se poderá considerar inviável a caute-

lar de alimentos provisionais por ausência de prova da união estável. Admite-se o poder geral de cautela (art. 798 do CPC)” (BRASIL, 2004, p. 178).

Os requisitos da união estável são: a) a união entre o homem e a mulher – entre dois homens ou duas mulheres poderá existir contrato de trabalho, prestação de serviço, empreitada ou sociedade de fato ou de direito com efeitos obrigacionais apenas, sem direito a alimentos e herança, salvo por contrato ou testamento; b) convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família, independentemente de prazo definido ou limitado. Não o será se com objetivo outro, como trabalho subordinado, serviço autônomo ou sociedade civil ou comercial.

Na união estável, ocorrem os impedimentos do casamento, pelas mesmas razões éticas e eugênicas. Não obstante, embora casados, os separados de fato ou de direito podem constituir união estável. Isso demonstra que o próprio casamento pode decair de seu *status* legal, se lhe faltar o requisito fundamental da convivência ou estado de espírito de casado. Não se constitui união estável em concorrência com o casamento sem separação de fato ou de direito. Meras causas suspensivas (art. 1523) não impedirão a constituição de união estável.

Quanto aos efeitos, além do respeito e assistência moral, os companheiros estão sujeitos aos deveres máximos dos cônjuges no casamento, sobretudo a fidelidade e os alimentos. Pelo que a infração desses deveres abre ensejo às ações cabíveis, inclusive para a dissolução da união estável, por iniciativa do companheiro inocente. Quanto a herança, os companheiros estão sujeitos às restrições do vigente artigo 1790 do Código Civil, *in verbis*: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, nas condições seguintes: .....” (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

## 10. Conclusões

Os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável são, em regra, comuns, por efeito da sociedade de fato e em razão do próprio regime legal da comunhão parcial de bens entre os companheiros (art. 1725). Outro é o direito de herança que, segundo o texto supra do artigo 1790, incide sobre a meação do companheiro morto nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Tudo a depender ainda da existência de outro regime escrito de bens entre os companheiros. Pode até ocorrer que os bens adquiridos onerosamente durante a união estável sejam produto de sub-rogação de outros bens exclusivos de um dos companheiros, pelo que não incidiria o direito de herança do outro. Os companheiros podem contratar, por instrumento particular ou público, desde o regime da comunhão universal até a separação total de bens. Na falta de convenção, prevalece o regime legal da comunhão parcial (art. 1725).

A conversão da união estável em casamento depende de três requisitos: a) ausência de impedimentos; b) pedido dos companheiros ao juiz de casamentos; c) assento no registro civil. Assim surge o casamento formal, de prova plena e com todos os efeitos legais (art. 1726), inclusive o direito de herança inerente aos cônjuges. As Leis 8.971/94, 9.278/96 e os artigos 1723 a 1727 do novo Código Civil regularam o § 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, sobre união estável, mas não esclareceram a eficácia imediata ou retroativa da conversão, tal como o fez o Código Civil em relação ao casamento religioso (art. 1515).

As relações sexuais estáveis ou contínuas, ainda que exclusivas, entre o homem e a mulher impedidos de casar constituem concubinato (art. 1727). Logo, não caracterizam união estável. Só geram efeitos patrimoniais e obrigacionais, sem amparo do direito de família, tais como as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Direito a alimentos e de herança entre os mesmos dependem de convenção e testamento lícitos.

a) A Constituição de 25 de março de 1824 proclamou que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria como Religião do Império e, em consequência, o casamento católico. A Lei 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulou o casamento dos não católicos, a dispensa de impedimentos e a nulidade desses casamentos.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado. O Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, regulou o casamento civil e só considerou válidos no Brasil os casamentos celebrados de acordo com suas normas. O Decreto 521, de 26 de junho do mesmo ano, determinou que o casamento civil precedesse sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, sob cominação da pena de prisão por seis meses do ministro que celebrasse o ato religioso antes do civil

b) A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 declarou que “a República só reconhece o casamento civil”. O Código Civil de 1916 o regulou exhaustivamente.

c) A Constituição socializada de 16 de julho de 1934 dedicou título especial à família e atribuiu efeitos civis ao casamento religioso, desde que atendidos os requisitos do casamento civil e inscrito no registro público (art. 146). Foi a primeira abertura para ampliar as formas de casamento com eficácia civil. Leis especiais vieram regular o casamento religioso com efeitos civis (Lei 379, de 16.1.37; DL 3.200/41; Lei 1.110/50; Lei 6.015/73 e CC de 2002, arts 1515 e 1516). A Constituição de 10 de novembro de 1937 apenas reiterou o casamento civil indissolúvel, sem se referir ao religioso (art.124).

d) A Constituição de 18 de setembro de 1946 foi mais ampla e explícita em admitir o efeito civil do casamento religioso, distinguindo: I – o celebrado com observância dos requisitos legais e inscrito no registro civil *equivale* ao civil; II – o celebrado sem a prévia observância dos requisitos *terá efeitos ci-*

*vis se*, a requerimento do casal, vier a ser inscrito no registro civil posteriormente (art. 163, §§ 1º e 2º).

e) A Constituição de 1967 (art. 167 e §§) e a Emenda constitucional nº 1 de 1969 (art. 175 e §§) reiteraram os termos da Constituição de 1946, quanto à equivalência e à eficácia civil posterior do casamento religioso.

f) A Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, finalmente deu o grande passo para a flexibilização do casamento e sua adaptação à realidade familiar: instituiu o divórcio e permitiu o fim dos casamentos frustrados e inoperantes, ensejando sua renovação. A chamada “Lei do Divórcio” – Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, complementada hoje pelo novo Código Civil (arts. 1571 a 1590).

g) A vigente Constituição federal trouxe o maior avanço nos direitos da personalidade e da família, donde a sua fama de “Constituição cidadã”. Consagrou não somente a socialização como a personalização dos direitos subjetivos privados, com repercussão no novo Código Civil e nos microsistemas de proteção ao cidadão, à família, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao consumidor e a outros vulneráveis.

O casamento civil é a regra para instituição da família em caráter formal e para todos os efeitos de direito. O casamento religioso com efeitos civis imediatos ou por transformação posterior adquire o mesmo *status* formal e os mesmos efeitos, desde que inscrito no registro civil, retroagindo esses efeitos à data da celebração e dispensando a celebração civil. Eram essas as formas de casamento formal e de prova plena mediante simples certidão do registro público. A Constituição de 1988 instituiu mais uma, ou seja, a *união estável* convertida em casamento e inscrita no registro civil. Tudo o mais, desde o casamento religioso sem efeitos civis e outras uniões livremente pactuadas, verbais ou por escrito, ainda que por escritura pública, constituem, no máximo, *uniões estáveis*, que, embora reconhecidas

como entidades familiares, *não se equiparam* ao casamento, tanto que o texto constitucional manda a lei ordinária “facilitar sua conversão em casamento.” E tanto mais que o Código Civil exige, para a conversão, o pedido de ambos os companheiros ao juiz e o assento no registro civil (art. 1726). E tudo ao pressuposto de que a união estável seja entre o homem e a mulher, com os requisitos e sem os impedimentos legais. As uniões estáveis não convertidas, se contestadas, dependem, para constituírem entidades familiares protegidas, de serem comprovadas por todos os meios de prova, com os requisitos legais e ausência de impedimentos, o que exige procedimento nas vias ordinárias e sentença judicial. Nem mesmo a escritura pública constituirá prova plena e imediata de sua existência. Essa a razão de uma típica união estável, não convertida em casamento, quando contestada, depender dessa prova judicial prévia, ainda que em instrução sumária cautelar, para gozar do direito a alimentos. E mais: a união estável sem conversão em casamento e assento no registro civil, mesmo comprovada judicialmente, não tem os mesmos direitos sucessórios do casamento, *ex vi* do artigo 1790 do Código Civil, segundo o qual o companheiro só tem direito de herança “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Daí a diferença, de forma e de fundo, entre a união estável sem conversão e a convertida em casamento. Donde a razão da discriminação sucessória: o legislador quis estimular a conversão, dando proteção maior ao casamento. Napoleão já dissera, a propósito do Código Civil francês: “os concubinos (companheiros) driblam a lei, não se casando. Por isso o Código os ignora.” O nosso Código discrimina, mas não ignora, visando atraí-los para melhor situação.

Diante dos requisitos da união estável, o novo Código conceituou ainda o concubinato como “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (art. 1727), as quais não podem constituir união

estável. O mesmo ocorre com a união entre dois homens ou duas mulheres, com os mesmos efeitos apenas obrigacionais e patrimoniais (sociedade de fato), fora da proteção do Direito de Família e das Sucessões, por mais que a defendam correntes doutrinárias e jurisprudenciais minoritárias, com fundamento em analogia. Essa prática ainda não foi assimilada pela sociedade, encontrando melhor suporte no artigo 17, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil (costume restrito que ainda choca e é tratado jocosamente). Além disso, os conceitos de “entidade familiar” e de “união estável”, por serem de ordem pública, não comportam aplicação analógica. “As prescrições de ordem pública, quando ordenadoras ou vedantes, visam a proteger o interesse da coletividade, motivo por que se sujeitam à interpretação estrita, impossibilitada, assim, a extensiva e o aplicar da analogia.” (BRASIL, 2002b). As exceções constitucionais ao casamento civil não comportam aplicação analógica. A “união estável” deve ser entre o homem e a mulher, para constituir “entidade familiar” (art. 226, § 3º da CF). Como dissera Miguel Reale, em exposição sobre o Projeto do Código na Faculdade de Direito da UFMG: “a família não deve ter por horizonte o concubinato”. *E muito menos a união homossexual.*

## Referências

- BARRETO, Carlos Eduardo. *Constituição federais*. São Paulo: M. Limonad, 1954.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código civil comentado*. São Paulo: F. Alves, 1955.
- BRASIL. *Novo código civil (2002)*. Brasília: Senado, 2002a.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 186.013, 4ª turma, São Paulo, 17 fev. 2004. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 825, p. 178, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandato de Segurança n. 14697. Relator: Ministro Paulo Medina. São Paulo, [200-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 dez. 2002b.
- CAHALI, Yussef Said. *Código civil, código de processo civil e constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. 2. ed. Rio: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Sistema de direito civil à luz do novo código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956.



# A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes

Angela Cristina Pelicioli

## Sumário

1. Introdução. 2. A evolução da separação dos poderes. 2.1. A separação dos poderes em Aristóteles. 2.2. A separação dos poderes em John Locke. 2.3. A separação dos poderes em Montesquieu. 2.4. A separação dos poderes na atualidade. 3. Conclusões.

## 1. Introdução

É certo que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional. Utiliza-se o termo separação dos poderes, mas sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível.<sup>1</sup> Em verdade, esse poder<sup>2</sup> é exercido por vários órgãos, que possuem funções distintas.

Como consequência dessa teoria, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes políticos.<sup>3</sup> No entanto, como cada homem em si é “a-político”<sup>4</sup>, uma vez que a política surge “no *entre-os-homens*, portanto, totalmente fora dos homens”<sup>5</sup> e é essa mesma política que “organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade *relativa* e em contrapartida às diferenças *relativas*,”<sup>6</sup> deve-se constatar que o poder do Estado somente deve existir para cumprir e manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade.

Transcorrido o tempo, os poderes políticos transformaram-se e o Poder Judiciário passou a ter uma função de maior destaque, qual seja, a de estabelecer o equilíbrio entre

Angela Cristina Pelicioli é Procuradora do Estado de Santa Catarina; Mestre em Ciências Jurídicas (Processo Civil) pela Universidade Clássica de Lisboa; Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

os Poderes Executivo e o Legislativo, redefinindo, assim, o papel do juiz.

A separação dos poderes, que, em última instância, objetiva manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade, evitando a arbitrariedade e o autoritarismo, pode estar, nos dias atuais, em cheque, caso não se esclareçam, com a maior precisão possível, as legítimas esferas de atuação de cada Poder.

Para tanto, é necessário examinar a evolução histórica da separação dos poderes desde Aristóteles até hoje, para situar os valores que nutrem cada povo em cada época, no tocante aos seus Poderes e em razão das suas necessidades históricas e culturais, pois, como ensina Nicolai Hartmann (1986, p. 23), “a cambiante validade de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança de preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores.”

## 2. A evolução da separação dos poderes

### 2.1. A separação dos poderes em Aristóteles

Aristóteles, filósofo grego que nasceu em 384 a.C. e morreu em 322 a.C., escreveu sobre muitos assuntos, das ciências à lógica. Tornou-se, no entanto, célebre por suas obras filosóficas, como a *Metafísica*, a *Física*, a *Ética a Nicômaco*, a *Política*, *Da alma*, *Da Geração e da Corrupção* e a *Poética*.<sup>7</sup> A obra “*Constituições*”<sup>8</sup> de Aristóteles teve como objeto um estudo histórico e político de todas as formas de governo e de poder existentes na época. Esse trabalho foi a base para Aristóteles elaborar a sua obra mais completa, “*A Política*”.

Na “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles (2001, p. 18) define a política como sendo aquela que estrutura as ações e as produções humanas e ensina “que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos.”

A ética e a política estão intrinsecamente unidas na obra de Aristóteles (1999), tanto que a “*Ética a Nicômacos*” insere um plano que se idealiza na obra “*A Política*.” A ética está subordinada à política, ciência prática arquitetônica que tem por fim o bem propriamente humano.<sup>9</sup>

“*A Política*”, que estuda não apenas os poderes políticos, mas também a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias, atesta que os elementos do Estado são: a população, o território e a autoridade política.

Inicia seu estudo definindo o homem como um animal cívico, “mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos” (ARISTÓTELES, 1991, p. 4). O homem civilizado é o melhor de todos os animais, entretanto, aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos (ARISTÓTELES, 1991, p. 5). Esse homem se reúne para formar uma sociedade, pois de outro modo não poderia satisfazer suas necessidades físicas e intelectuais. O respeito ao direito forma a base da vida em sociedade e os juizes são os seus primeiros órgãos.

A finalidade do Estado é facilitar a consecução do bem-comum, conseqüentemente, o próprio bem-comum. Para Aristóteles, as Constituições possíveis são justas e injustas, sendo as primeiras as que servem ao bem-comum do povo e não só aos governantes e as segundas as que servem ao bem dos governantes e não ao bem-comum. Nesse segundo caso, está-se tratando do perecimento do Estado e da corrupção do regime político.<sup>10</sup> As Constituições justas são as divididas em: monarquia, que é o governo de um só que cuida do bem de todos; aristocracia, que é o governo dos virtuosos que cuidam do bem de todos, sem atribuir-se privilégios; república, que é o governo popular que cuida do bem de toda a cidade. E as Constituições injustas dividem-se em: tirania, que consiste no governo de um só que procura o interesse próprio; oligarquia, definida como governo dos ricos que procuram unicamente o bem econômico próprio;

e democracia, que consiste no comando da massa popular em diminuir toda a diferença social.<sup>11</sup>

Para Aristóteles (1991, p. 93) “o governo é o exercício do poder supremo do Estado” tendo todo governo três Poderes. No Livro III, Capítulo X, da obra “A Política”, define quais são os Poderes, a sua estrutura e as suas funções, cabendo ao legislador prudente acomodá-los, da forma mais conveniente, e quando essas três partes estiverem acomodadas é que o governo será bem-sucedido. O cidadão será o homem adulto livre nascido no território da cidade ou do Estado e, também, aquele que participar e votar diretamente nos assuntos políticos dos três Poderes. Portanto, ser cidadão é ter Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (CHAUI, 2002, p. 467).

Assim, para Aristóteles, o primeiro Poder é o deliberativo, ou seja, aquele que delibera sobre os negócios do Estado. Esse Poder corresponde ao Legislativo, e a Assembléia tem a competência sobre a paz e a guerra, realizar alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados.<sup>12</sup>

O segundo Poder compreende “todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las” (ARISTÓTELES, 1991, p. 113). Este Poder corresponde ao Poder Executivo, e é exercido por magistrados governamentais, mas somente os que participassem do poder público é que deveriam assim ser chamados. Ensina que as magistraturas devem ser criadas para se formar um Estado. Quais são absolutamente necessárias para que um Estado possa existir? Quais as que foram criadas para a “boa ordem e para o bem-estar, sem as quais a vida civil não seria muito agradável?” (ARISTÓTELES, 1991, p. 117). As funções essenciais para Aristóteles são as seguintes: a) encarregado de abastecimento de alimentos nos mercados; b) administrador dos edifícios públicos e priva-

dos, das construções, da conservação das ruas, dos limítrofes das propriedades, pelo ofício da polícia urbana; c) a dos agrônomos ou guardas-florestais; d) encarregado das rendas públicas; e) funcionário para receber contratos privados, escrever os julgamentos dos tribunais e redigir petições e citações em justiça; f) executor das sentenças de condenação, pregoeiro de bens apreendidos e o de guarda das prisões; g) comandos de praças e outros oficiais militares; h) auditor ou inspetor de contas ou grande procurador. Afirma que a diversidade das formas de governo acarreta alguma diferença entre as funções das magistraturas. Aponta as três questões principais para escolha dos magistrados: A quem cabe nomear os magistrados? De onde devem ser tirados? E como proceder? Responde às indagações ensinando que as nomeações serão realizadas por todos cidadãos ou apenas alguns entre eles; a elegibilidade é de todos ou apenas aqueles pertencentes a uma classe determinada, quer pela renda, quer pelo nascimento, quer pelo mérito, quer por alguma outra razão e a designação se dará ou por eleição ou por sorteio. O tempo de duração do exercício destas também é discutido e declara que “alguns o pretendem semestral, outros, mais curtos, outros, anual, outros, mais longo. Resta também saber se deve haver exercícios perpétuos ou mesmo de longa duração, ou, nem um nem outro; se é preferível, ou que não assumam duas vezes o cargo, mas apenas uma. Quanto à escolha dos magistrados, convém considerar a sua origem, por quem e como devem ser escolhidos, de quantas maneiras isto pode ser feito e qual a que mais convém a cada forma de governo.” (ARISTÓTELES, 1991, p. 116).

O terceiro Poder abrange os cargos de jurisdição. O estudo mostra oito espécies de tribunais e de juizes, quais sejam, os tribunais para: a) a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados; b) as malversações financeiras; c) os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição; d) as multas contra as pessoas, quer públi-

cas, quer privadas; e) os contratos de alguma importância entre particulares; f) os assassínios ou tribunal criminal; g) negócios dos estrangeiros; e h) os juizes para os casos mínimos. A forma de nomeação pode ser por eleição ou por sorteio (ARISTÓTELES, 1991, p. 125-127).

Aristóteles (2001, p. 123), na “*Ética a Nicômacos*”, afirma que julgamento acertado ocorre quando uma pessoa julga “segundo a verdade.” Esse conceito é tratado em termos de julgamento pessoal, mas que pode ser inserido no contexto de quem julga, pois como o próprio Aristóteles (2001, p. 18) definiu “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo, e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral.”

Para o filósofo, é nas Constituições que estão distribuídos ou ordenados os Poderes que existem num Estado, isto é, “a maneira como são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 132).

Aristóteles (2001, p. 146) afirma que “o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa *Ética*, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais.”

## 2.2. *A separação dos poderes em John Locke*

John Locke, expoente da filosofia inglesa do século XVII, nasceu em Wrington, na Inglaterra, em 1632. Suas obras principais são o Primeiro tratado sobre o governo civil, o Segundo tratado sobre o governo civil, Ensaio sobre o intelecto humano e Cartas sobre a tolerância religiosa (MONDIM, 1982, p. 102).

A política foi estudada por Locke em seus dois tratados. O Primeiro, sobre o governo civil, atacou aquilo que apontou como

“falsos princípios” contidos no Patriarcha de Sir Robert Filmer, sob o fundamento de que o direito divino da monarquia absoluta era baseado na descendência hereditária de Adão e dos patriarcas.

No Segundo tratado, sobre o governo civil e outros escritos, Locke (1994, p. 83) define o estado de natureza como uma condição em que os homens são livres e iguais, uma “condição natural dos homens, ou seja, um Estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.”

Não significa que Locke (1994, p. 84) advogasse a permissividade, pois defendia que “o ‘estado de natureza’ é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, em sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém.”

Assegura que, no estado de natureza, cada um tem “o poder executivo da lei da natureza” e cada homem é juiz em causa própria. Isso produz confusão e desordem, e a solução para esse impasse é o governo civil (LOCKE, 1994, p. 89).

Diferentemente da clássica teoria da separação dos poderes, que divide o poder do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, no capítulo XII, do Segundo tratado sobre o governo civil, Locke garante que há três poderes que se convertem em dois<sup>13</sup>: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Competência do Poder Federativo é a de administrar a segurança e

o interesse público externo e competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas (LOCKE, 1994, p. 171). No entanto, mais adiante, afirma que esses dois Poderes estão “quase sempre unidos”. E embora os Poderes Executivo e Federativo sejam distintos em si, “dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, pois “submeter a força pública a comandos diferentes” resultaria em “desordem e ruína” (LOCKE, 1994, p. 171-172).

Locke (1994, p. 162) apresenta o Poder Legislativo como poder supremo em toda comunidade civil, sendo a primeira atribuição da sociedade política criá-lo. Tem como a sua “primeira lei natural a própria preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram.” “O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens...” (LOCKE, 1994, p. 165).

Segundo Locke (1994, p. 169), os limites que se impõem ao Poder Legislativo são quatro, quais sejam:

1º) as leis devem ser estabelecidas para todos igualmente, e não devem ser modificadas em benefício próprio;

2º) as leis “só devem ter uma finalidade: o bem do povo”;

3º) não deve haver imposição “de impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes”;

4º) a competência para legislar não pode ser transferida para outras mãos que não aquelas a quem o povo confiou.

Traça a separação entre os Poderes Legislativo e Executivo quando afirma que “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis,

pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.” (LOCKE, 1994, p. 170).

Verifica-se que Locke não trata o Poder Judiciário como “poder genuíno” (BOBBIO, 1997, p. 232). Cita algumas situações de litígio, mas não assinala o Poder Judiciário como apaziguador dessas situações, por exemplo, quando trata da hipótese de o Poder Executivo estar sendo utilizado de forma ilegítima e questiona: quem julgará este governante? Locke assegura em sua resposta o direito fundamental da revolução do povo. “Entre um Poder Executivo constituído, detentor desta prerrogativa, e um Legislativo que depende da vontade daquele para se reunir, não pode haver juiz na terra... Como não pode existir ninguém entre o Legislativo e o povo, quando o Executivo ou o Legislativo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizá-lo ou a destruí-lo. Nesse caso, assim como em todos os outros casos em que não houver juiz na terra, o povo não teria outro remédio senão apelar para o céus; assim, quando os governantes exercem um poder que o povo jamais lhes confiou, pois nunca pensou em consentir que alguém pudesse governá-lo visando o seu mal, agem sem direito.” Contrariamente a Hobbes, que entendeu que o afastamento da autoridade soberana provocaria a destruição do Estado e o retorno ao caos do estado de natureza, Locke (1994, p. 186) distingue entre a dissolução da sociedade e a dissolução do governo, pois um governo pode ser dissolvido internamente, e um novo governo ser estabelecido. Quando houver litígio entre o governante e um particular, referente a questões não previstas em lei ou de interpretação duvidosa, a solução deve advir de um árbitro do povo, caso contrário, a solução se dará, também, pelo direito fundamental de revolta desse mesmo povo (LOCKE, 1994, p. 234).

Para Locke, não há uma diferença essencial entre o Legislativo e o Judiciário, portanto este último está incluído no primeiro; isso porque “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos” (BOBBIO, p. 233).

Para Bobbio (1997), a teoria de Locke nada tem a ver com a teoria da separação e do equilíbrio entre os poderes, mas de separação e de subordinação. É o que se depreende da afirmação de que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e de que as “ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política” serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Legislativo.

### 2.3. A separação dos poderes em Montesquieu

O Barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, nasceu em Bordéus, no dia 18 de janeiro de 1689. Foi magistrado<sup>14</sup> durante 12 anos entre os anos de 1714 a 1726. Em 24 de janeiro de 1728, entrou para a Academia Francesa. Entre suas obras estão as “Lettres Persanes”, “Le Temple de Gnide”, “Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência” e o “Espírito das Leis”, esta última de 1748 (MONTESQUIEU, 1997, p. 5-13).

“O Espírito das Leis” de Montesquieu (1999) representa “um manual de Política e Direito Constitucional” em que é estudado o governo<sup>15</sup> e a política cientificamente. O governo foi classificado em: governo republicano, em que o poder soberano é de todo o povo (democracia) ou somente de uma parcela do povo (aristocracia); governo monárquico, em que somente um governa, por leis fixas e estabelecidas (leis fundamentais); e governo despótico em que somente um governa, mas sem lei e sem regra, satisfazendo a sua vontade e seus caprichos (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26). Aponta o motor de agir da política que movimenta

cada governo traduzindo-se em princípios<sup>16</sup>, pois a natureza do governo é o que o faz ser como é, e seu princípio o que o faz agir (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26). O princípio do agir<sup>17</sup> no governo republicano (democrático e aristocrático) será a virtude, pois “aquele que faz executar as leis sente que está a elas submetido e que suportará o seu peso” (MONTESQUIEU, 2000, p. 32); no governo monárquico, será a honra, que pode levar ao objetivo do governo e “o preconceito de cada pessoa e de cada condição toma o lugar da virtude política” (MONTESQUIEU, 2000, p. 36); e, no governo despótico, o temor, que acaba “com todas as coragens e apaga o menor sentimento de ambição” (MONTESQUIEU, 2000, p. 38).

Fala-se muito sobre a separação dos poderes<sup>18</sup> ensinada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, mas foram esquecidos ou perdidos pelo tempo o real conceito e a forma como a separação de poderes se configurava. O Poder é único e indivisível e para seu exercício era conveniente estabelecer uma divisão de competências entre os três órgãos diferentes do Estado. Montesquieu acentuou mais o equilíbrio do que a separação dos poderes.<sup>19</sup>

Para Montesquieu, o Estado é subdividido em três poderes: o Poder Legislativo; o Poder Executivo das coisas, que se traduz no poder Executivo propriamente dito; e o Poder Executivo dependente do direito civil, que é o poder de julgar. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas atribuições divididas, para que cada poder limite e impeça o abuso uns dos outros. Montesquieu (2000, p. 168) leciona que: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

O Poder Legislativo é o verdadeiro representante do povo e para isso firma a du-

alidade das câmaras do legislativo: uma confiada aos nobres e a segunda confiada aos escolhidos para representar o povo (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

O Poder Executivo “deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

O Poder Judiciário deve ser nulo e invisível, o que nos leva a negativa da tripartição dos poderes (VASCONCELOS, 1998, p. 31). Isso porque “o poder de julgar tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados (MONTESQUIEU, 2000, p. 169). Assevera, de fato, que: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172). No entanto, percebe-se que Montesquieu (2000, p. 170) diferencia os tribunais dos julgamentos, sendo que os primeiros não deverão ser permanentes, enquanto que os segundos devem sê-lo, pois são o “texto preciso da lei”, devendo-se rodear o poder de julgar<sup>20</sup> das maiores cautelas, uma vez que “os juízes da nação são (...) seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1997, p. 175).

Os poderes políticos, para o pensador francês, são o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Estes vivem em uma balança, procurando o equilíbrio, por meio de duas faculdades: a de impedir, que define como o direito de tornar nula ou anular uma resolução tomada por quem quer que seja; e a de estatuir, que atribui a um órgão constitucional controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro órgão (PIÇARRA, 1989, p. 111).

#### 2.4. A separação dos poderes na atualidade

Os ensinamentos de Montesquieu reproduziram-se por toda Europa continental e, nos Estados Unidos da América, foi criado o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais democraticamente eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano, ficando estabelecida assim a separação dos poderes. A prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1989, p. 184).

A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a abstenção do Estado, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade perante o Estado.

Surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu a que a tripartição se convertesse numa teoria das funções estatais e que cada poder corresponderia a uma função estadual materialmente definida. A função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 248). Essa classificação baseia-se na condição de que o Estado e o Direito se identificam.

No entanto, Kelsen (1992, p. 263) reafirmou essa classificação, definindo que o conceito de separação de poderes “designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções.” Constata, mais adiante, que não são três, mas duas as funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito e que “é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, 1992, p. 264).

Nessa perspectiva, não se pode distinguir material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estadual da outra. Dessa forma, Kelsen desestabilizou a teoria da separação dos poderes, como teoria da diferenciação material das funções do Estado (PIÇARRA, 1989, p. 250).

### 3. Conclusões

A idéia de controle, de fiscalização e de coordenação recíprocos tornou-se o foco na separação dos poderes. Os controles jurisdicionais da legalidade da administração e da constitucionalidade da legislação evidenciam o avanço da atuação do Poder Judiciário contrariando os ensinamentos de Montesquieu que lecionava ser a jurisdição um poder nulo.

Não há dúvida de que o controle jurisdicional constituiu o núcleo central da separação dos poderes no Estado constitucional contemporâneo. Exemplos dessa situação está nas democracias brasileira, estadunidense, alemã e italiana<sup>21</sup>, em que toda lei aprovada pode ser cassada por um órgão do Poder Judiciário. Não obstante, na terra natal de Montesquieu, o exame da constitucionalidade somente se dá antes da entrada em vigor da lei, ainda na esfera dos seus projetos, por um Conselho Constitucional de natureza política.

Nos dias atuais, a separação dos poderes caracteriza a idéia de Estado constitucional democrático e não existe país democrático que não possua essa regra em sua Constituição. De há muito ensina Duguit ser a separação absoluta de poderes uma ilusão “que desde o ponto de vista lógico não pode conceber-se; isto porque qualquer manifestação de vontade do Estado exige o concurso de todos os órgãos que constituem a pessoa Estado.”<sup>22</sup> Por tal razão, a separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, modificando-se, como tudo “no entre-os-homens”, de acordo com as condições históricas de cada povo.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. DALLARI, 1995, p. 181, 15.

<sup>2</sup> O Estado, como é uma sociedade, não pode existir sem um Poder e para a maioria dos autores o “poder é um elemento essencial ou uma nota característica do Estado” (DALLARI, 1995 p. 93).

<sup>3</sup> Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 94.

<sup>4</sup> Cf. ARENDT, 1998, p. 23.

<sup>5</sup> Cf. ARENDT, 1998, p. 24.

<sup>6</sup> Cf. ARENDT, 1998, p. 24.

<sup>7</sup> Cf. MONDIN, 1981, p. 82.

<sup>8</sup> Tal obra desapareceu, restando um único fragmento, que foi publicado em 1891 por Sir Frederico Kenyon.

<sup>9</sup> Cf. NOVAES, 1992, p. 35.

<sup>10</sup> “Cada forma política tem uma causa própria para sua corrupção. A realeza degenera em tirania porque o rei começa a acumular riquezas e poderes, a ter um exército próprio, acreditando que pode tudo quanto queira. (...) A aristocracia degenera em oligarquia quando os aristocratas se tornam demagogos para obter para si os favores populares e quando formam facções rivais que se combatem, enfraquecendo o poder. (...) o regime constitucional ou popular degenera em democracia porque os dirigentes se transformam em demagogos, querendo os favores populares e permitindo que os ricos se aliam contra o governo; os ricos, por sua vez, distribuem riquezas e promessas ao povo para obter seus favores e se aliam aos pobres (a quem fazem favores) para que estes, cujo número é o maior do que o restante, derrubem os governantes” (CHAUI, 2002, p. 472).

<sup>11</sup> Cf. MONDIN, 1982, p. 103-104.

<sup>12</sup> Para Aristóteles, todos os participantes dos três Poderes eram chamados de magistrados.

<sup>13</sup> Os dois Poderes típicos do Estado, em Locke, são o Legislativo e o Executivo, pois, quando o homem ingressa na sociedade civil, renuncia aos poderes naturais de fazer leis e de punir aqueles que se rebelam (BOBBIO, 1997, p. 232).

<sup>14</sup> Montesquieu, em 1716, herdou de seu tio o cargo de membro do Parlement de Bourdeaux, que era um órgão judiciário coletivo. Exerceu a função até 1726 quando vendeu o cargo, pois necessitava de dinheiro e, também, porque não sentia interesse em realizar aquele tipo de atividade. Raymond Carré de Malberg (apud DALLARI, 1995, p. 5-13) ensina que, na França do século XVII e XVIII, “o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação, jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesma alugada a alguém quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para futura entrega a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva.”

<sup>15</sup> O estudo feito por Montesquieu sobre a classificação das formas de governo “não desterrou da ciência política o genial esboço de Aristóteles, que com uma ou outra emenda perdura há mais de dois mil anos. Das formas de governo, resta o juízo certo que Montesquieu fez acerca do papel dos grupos intermediários, enquanto técnica auxiliar de conservação da liberdade, consoante as fórmulas e os conceitos do Estado liberal” (BONAVIDES, 1999, p. 156).

<sup>16</sup> “Pode-se incluir, sem dificuldades, a glória nesses princípios, tal como conhecemos no mundo homérico, ou a liberdade, tal como a encontramos em Atenas do tempo clássico, ou a justiça, mas também a igualdade se entendemos entre eles a convicção da dignidade original de tudo que tem rosto humano” (ARENDRT, 1998, p. 128).

<sup>17</sup> Hannah Arendt (1998, p. 127) entende que todo agir político, além do princípio do agir criado por Montesquieu, possui mais três elementos: o objetivo que persegue, que só começa a aparecer na realidade quando a atividade que o produziu chegou a seu fim; a meta, que produz os parâmetros pelos quais deva ser julgado tudo que é feito; e o sentido de uma atividade que só pode existir enquanto durar essa atividade.

<sup>18</sup> Livro Décimo Primeiro, “Das Leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição”, Capítulo IV, “Da Constituição da Inglaterra” (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-178).

<sup>19</sup> Cf. DROMI, 1982, p. 36; “Quem liga aos conceitos “divisão” e “separação” conteúdos diferentes e porventura contraditórios encontra-se, com isso, em consonância com a linguagem comum (...). Uma divisão, seja ideal ou real, pressupõe uma unidade e não exclui que uma parte fique, de algum modo, relacionada com a outra, enquanto que uma separação exige pelo menos duas unidades a separar uma da outra e conduz a que estas unidades subsistam completamente independentes uma da outra”. Cf. LANGE apud PIÇARRA, 1989, p. 105.

<sup>20</sup> O pensamento de Montesquieu a respeito dos juízes implementou-se na Constituição Francesa de 1791, que fixou a eletividade e a temporariedade dos juízes, no entanto, a Constituição de 1814 estabeleceu serem os juízes nomeados pelo rei. Com o sistema republicano de 1848, foi mantida a designação dos juízes por nomeação, com a indicação feita pelo Presidente da República, tendo garantido aos juízes de primeira instância e dos tribunais a vitaliciedade. A atual Constituição Francesa trata de “autoridade judiciária” e não de “Poder Judiciário”.

<sup>21</sup> A Corte Constitucional italiana se manifesta como sendo um órgão legislativo que profere “decisões com as quais não só se eliminam normas, mas se criam de novo ou se transformam aquelas existentes; adverte ao legislador que proceda de um determinado modo, com a ameaça subentendida de anular a lei eventualmente disforme; e controla o bom senso da lei, que pode transformar-se em um refazimento integral da escolha operada em sede legislativa” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 513).

<sup>22</sup> Cf. BONNARD, R. Leon Duguit. *Sés oeuvres*. Sa doctrine. *Revue de Droit Public et de la science politique en France et á l'étranger* apud DUGUIT, 1998.

## Referências

ARENDRT, Hannah. *O que é política?*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. (Fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz).

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-Socráticos a Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. I.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DUGUIT, L. *La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios, 1998.
- DROMI, José Roberto. *El poder judicial*. Argentina: Unsta, 1982.
- HARTMANN, Nicolai. *Ontologia*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986. v. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. São Paulo: Paulus, 1982. v. 1.
- MONTESQUIEU. *Vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Os pensadores.
- \_\_\_\_\_. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O espírito das leis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura, 1992.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. *Cadernos democráticos n. 3, Fundação Mário Soares*. Lisboa: Gradiva, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La giurisdizione costituzionale. In: AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. *Manuale di diritto pubblico, II, L'organizzazione costituzionale*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1997.

# Soberania: poder limitado (parte I)

Ronaldo Guimarães Gallo

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Conceito e características. 4. Soberania e o titular do seu exercício. 5. Soberania e poder constituinte originário. 5.1. Poder Constituinte - conceito e natureza. 5.2 Atributos do Poder Constituinte.

## 1. Introdução

A proposta deste trabalho é analisar os limites da soberania, ou melhor, perquirir se há limites a serem impostos ao fenômeno. Pautados nesse propósito, inúmeros institutos deverão ser desvendados, propiciando que se trilhe uma base sólida sob a qual poder-se-ão desenvolver as idéias que (des)constituirão o cerne da questão.

Fica consignado que nosso compromisso não reflete uma análise perfunctória dos temas adjacentes que circundam a soberania, sob pena de, em vez de subsidiarmos a evolução do trabalho, inviabilizá-la por completo.

Tendo como foco as elucidações traçadas, daremos início ao trabalho analisando a evolução histórica do instituto, salientando as diferentes feições que o mesmo incorpora, dependendo das necessidades apresentadas pelo momento histórico. Observaremos que a soberania é tingida com a forte coloração dos interesses, é dizer, seu conteúdo e sua força gravitam de acordo com as contingências de um determinado período.

Da evolução histórica, adentraremos ao estudo do conceito da soberania, bem como

Ronaldo Guimarães Gallo é Procurador Federal (SP) e especialista em direito constitucional.

apresentaremos suas principais características e atributos, tópicos intransponíveis para a compreensão do tema. De forma complementar, porém não menos importante, avaliaremos quem é o titular do seu exercício, ponderando acerca das teorias que intentam desvendar o questionamento.

Feito isso, observaremos que existe uma interessante ligação entre o instituto da soberania e o Poder Constituinte, sendo certo que referido liame em muito nos interessa para os propósitos deste trabalho. Portanto, faremos uma breve incursão na matéria *Poder Constituinte*, com o fito de apresentar um esboço consistente do fenômeno.

Essa análise implicará alinharmos um mínimo de informação para o entendimento do Poder Constituinte, logo, de forma impreterível, deveremos analisar seu conceito, principais características e atributos.

Quando estivermos desvendando as premissas básicas do *fenômeno constituinte*, constataremos que elas não são suficientes para a elaboração de um resultado convincente que importe num fechamento adequado ao presente estudo. Denotaremos que suas bases desembocam num terreno por demais nebuloso, cuja dubiedade é a marca mais significativa.

Nesse ponto nos deteremos, o que não implica o esgotamento do tema, nem a conclusão do nosso intento. Ao contrário, apresentaremos numa segunda parte do trabalho, a ser publicada na próxima edição, a evolução do Poder Constituinte e sua interessante relação com o instituto do *jus cogens*, que, por sua vez, merecerá toda nossa atenção e análise; análise essa que imbricará num embate entre os institutos da soberania e do *jus cogens*, propiciando novos entendimentos acerca dos temas e, finalmente, a nossa conclusão acerca da limitação, ou não, da soberania.

É este o estudo que nos propusemos desenvolver e que passamos a apresentar, por ora, com ênfase na soberania e no poder constituinte.

## 2. Evolução histórica

Para o pretendido neste trabalho, entendemos ser essencial, *ab initio*, a análise do desenvolvimento histórico da soberania. Com base nesse procedimento, poderemos delinear a gênese do fenômeno jurídico, fatos que culminaram por agregar determinadas características ao mesmo, ou então findaram por enrijecer crenças que não mais se coadunam com o momento político-histórico atual.

Diferente do que normalmente ocorre com outros temas, quando então a relevância do desenvolvimento histórico é adjacente, com o fenômeno da soberania tal não se dá. A síntese histórica lança informações importantes, que voltarão a ser lembradas quando do avançar do tema, emergindo, por vezes, como fundamento para intrigantes confrontos.

De se ver, portanto, a atenção que merece o presente tópico, cujo início já se faz tarde.

Na Antiguidade, a nota fundamental que caracteriza o Estado, apartando-o das demais comunidades humanas, é o que Aristóteles denomina *autarquia*. Esta, por sua vez, implica a auto-suficiência do Estado que, mediante os esforços da comunidade que o compõe, finda por suprir todas as suas necessidades, não dependendo de qualquer auxílio externo.

Não obstante a *autarquia* ser, na Antiguidade, adjetivo essencial do Estado, não tem qualquer ligação com o moderno conceito de soberania, aliás, muito mais se assemelha ao que se entende por autodeterminação. A somar com o entendimento esposado, tem-se o fato de que a *autarquia* não perfaz uma categoria jurídica, mas sim ética, ao primar pela realização da “vida perfeita” como condição fundamental a ser alcançada pelo Estado.

Em consonância, ressalta Jellinek (1970, p. 328) que “la antigua *polis* posee la posibilidad moral de aislarse del resto del mundo, porque lo tiene todo em sí misma, no sólo lo que puede ser necesario a la vida, sino tam-

bién lo que da a los hombres um valor. La polis no necesita del mundo bárbaro, ni tampoco de sus hermanas las ciudades griegas, para cumplir su fin. El concepto de la autarquia no nos enseña nada acerca de la libre determinación del Estado em su conducta, sobre su derecho y administración, sobre su política interior y exterior”.

Assim, tem-se que “o Estado antigo na concepção grega era uma comunidade social perfeita, a única organização política, aquela que abrangia o homem em toda a exteriorização e largueza de sua vida social, caracterizando-se, segundo Aristóteles, como autarquia, noção inteiramente diversa da moderna soberania e que permitia distinguir o Estado das demais formas de sociedade” (BONAVIDES, 1986, p. 131).

Sem prejuízo da distância existente entre a *autarquia* e o fenômeno jurídico da soberania, pode-se constatar naquela a gênese desta, principalmente no que diz respeito à supremacia do poder estatal, conferida pelo instituto jurídico hodiernamente.

A característica atual da soberania (alinhavada por alguns), de independência extremada, de poder incontestável, é utilizada pelos Estados como alicerce para os mais diversos desmandos, remetendo às condições encampadas na *polis* com a sutil, porém mui relevante, diferença da falta de auto-suficiência a lhes permitir ignorar os demais poderes que com eles coabitam o mundo globalizado. Algumas das condições especiais que decorriam do ser *autarquia* ainda permeiam o centro de poder de alguns Estados sob os eflúvios da concepção equivocada da soberania. Desses traços é que apanhamos a autarquia como a gênese, incipiente é certo, do que hoje se entende por soberania (não obstante, como já ressaltado, a total falta de parentesco entre o instituto ético-político e o fenômeno jurídico).

Entretanto, vale anotar que do raciocínio acima desenvolvido discorda o Professor Mário Lúcio Quintão Soares (2002, p. 544), ainda que destacando as mesmas importantes distinções por nós também apon-

tadas. Vale a transcrição do entendimento: “O conceito aristotélico de ‘autarquia’, definida como nota característica do Estado, que o diferencia das demais comunidades humanas, distingue-se radicalmente da concepção moderna de soberania. Ou seja, do conceito de autarquia não se deduz nenhuma consequência relativa às condições mútuas dos Estados empíricos, nem a respeito da amplitude do poder de dominação que lhe corresponde em seu interior”.

Na verdade, o mundo antigo restou impossibilitado de desenvolver um conceito, ainda que assemelhado, de soberania, fato que se justifica pelo próprio ambiente histórico de então: não existia oposição ao poder estatal, principalmente perante outros poderes.

A concepção das *autarquias*, subsistentes por si próprias, em todos os sentidos, bem está a demonstrar a incoerência do confronto de poderes estatais, dificultando que se desenvolvesse um conceito de soberania, pois que sem qualquer utilidade<sup>1</sup>.

O Estado Moderno, diferentemente do que se passou com o antigo – capturado pelos delineamentos acima sublevados –, teve que afirmar sua existência ultrapassando árduos conflitos que, por fim, forjaram suas características. Três foram os poderes que se entrechocaram para, medindo forças, apresentarem a substância do ente estatal, que lhes parecia consentânea com seus propósitos. São eles: a igreja, que tentou colocar o Estado a seu serviço; após, o império romano, que conferia aos Estados o poder equivalente ao observado às suas províncias; finalmente, os grandes senhores e corporações, que entendiam ser um poder independente dentro do próprio Estado.

Como resultado da luta entre esses três poderes, nasceu a idéia de soberania. Sendo assim, verificaremos, rapidamente, o desenrolar dos embates que propiciarão uma melhor noção do instituto foco do presente estudo.

Na luta entre o Estado e a Igreja, três eram os pontos de vista que sobressaíam: a Igreja

se sobrepõe ao Estado; os dois se equivalem; o ente estatal deve ter supremacia perante o religioso. Inúmeras foram as teorias que amparavam todos os pontos mencionados, porém, foi na França do século VII que nasceu a idéia da supremacia estatal ante a igreja.

A segunda força, na Idade Média, que lutou contra a teoria do estado independente foi o império. Preponderava na época a idéia de que os Estados (cristãos) eram submetidos ao poder imperial, somente a este cabendo a feitura de leis, a integridade do poder monárquico, enfim, a *plenitudo potestatis* (JELLINEK, 1970, p. 332). O poder imperial provia de entendimentos, como os de Bartolo (JELLINEK, 1970, p. 332), que professava a heresia daquele que afirmasse não ser o imperador senhor e monarca de toda a orbe; ou então do papa Pio II (JELLINEK, 1970, p. 333), que escreve a Frederico III que todos os povos estão submetidos a ele de direito.

Com a derrocada dos Hohenstaufen, essa doutrina oficial passa a ser contraditada. França e Inglaterra passam a negar a superioridade do Império, bem como importantes cidades italianas (Florença e Pisa) deixam de reconhecer a supremacia imperial.

Entretanto, a concepção de direito privado reinante à época professava a independência do Império como decorrência de um privilégio provindo da prescrição e posse imemorial do Imperador, não se considerando, pois, tal poder como decorrente da natureza do Estado, sob pena de essa doutrina implodir utilizando como munição sua própria retórica. Por isso, os reis que conseguiam afastar-se da superioridade imperial, não obstante, permaneciam nas cercanias do império, mesmo porque o Imperador era o único que tinha em mãos o direito de conceder o título de rei. O que havia, portanto, eram reis que exerciam “poderes imperiais” nas terras do Império por concessão do Imperador.

Todavia, novamente na França, eclodia o inconformismo à superioridade imperial,

sob os eflúvios da propalada independência do Estado perante a Igreja. O fundamento era fincado no argumento de que o rei não reconhece nenhum senhor superior acima de si. Desenvolveu-se uma teoria imperfeita de Estado, afastada dos ideais aristotélicos, mas que se mostrou diferente e propiciou o desenvolvimento de um novo pensamento acerca da natureza estatal, o elemento independência.

Contra essa nova doutrina acerca do Estado não se contrapunham apenas a Igreja e o Império, eis que o feudalismo também engrossava essas fileiras, desenvolvendo relações com a população que findavam por negar por completo a natureza estatal que se desenhava.

Os senhores feudais, dotados de poderes análogos aos provindos do Estado, o qual lhes servia como se fosse uma possessão privada, desenvolvem instituições com características inerentes às de caráter público e que não se submetiam a um regramento superior, findando por atender a população diretamente interessada, é dizer, aqueles que se encontravam estabelecidos na circunscrição territorial atendida pelo feudo.

Como decorrência desse cenário, o rei via-se impedido de ter um contato direto com a população, ainda mais porque, normalmente, ao ceder um feudo, aquele que o recebia ficava subordinado diretamente a um barão, afastando-se ainda mais do poder real. Fazia-se necessária, portanto, a quebra da barreira que distanciava o rei dos seus súditos, o afastamento dos que se encontravam como intermediários do poder estatal. E assim procederam Inglaterra e França, aquela reconhecendo e criando poderes submetidos diretamente à coroa e que findaram por integrar o próprio Estado; e esta por meio da aniquilação de todos os elementos políticos que se contrapunham ao rei.

Narra Jellinek (1970, p. 337) que o movimento de fortalecimento do poder do rei e, conseqüentemente, do Estado começou “*en Francia a principios del siglo XII con Luis VI;*

proceso que mediante Felipe Augusto alcanza una significación permanente en la Historia. En el año 1202 había treinta y ocho distritos judiciales reales (prévôtés), y al final del gobierno de aquel rey (1223) existían noventa y cuatro. Con el aumento del dominio real aumenta también la fuerza del rey frente a los barones. El rey adquiere el poder supremo de justicia, y asume igualmente en sí el poder legislativo y el de policía. Al final del siglo XIII aparece por vez primera el principio de que el rey era *sovrains de todo el reino sobre los barones, a quienes igualmente se les llamaba soberanos*. Como signos de esta soberanía señala Beaumanoirs el derecho del rey a juzgar como órgano supremo de justicia y le général garde de son royaume, y de donde deduce el jurista, anticipándose a su tiempo, el derecho libre del rey a legislar por le porfit du royaume. Los legistas exaltan más tarde la doctrina absolutista del Bajo Império acerca de él, y deducen de ella el poder ilimitado del rey de Francia, mediante la cual llegan a la negación de que haya un poder substantivo frente al del rey. Estos legistas son los que forman a la vanguardia en la lucha por la unidad del Estado, y atacan de un modo decisivo al Estado feudal por su falta de punto de unión, el cual, más que un Estado, es un conglomerado de una diversidad de señoríos. De este modo se transforma el concepto de la soberanía del rey, que en un comienzo era concepto relativo, comparativo, en un concepto absoluto. De superior que era *advieniē supremus*".

A nova doutrina que nascia trazia o rei acima do direito positivo (embora submetido ao direito natural), passando os Estados a possuírem fundamento na autoridade do monarca e não na autoridade do direito. Essa concepção de soberania somente viria a declinar com a Revolução Francesa.

Na época de transição para o Estado moderno, restou evidenciada a necessidade da concentração do poder nas mãos do príncipe, quer para implementar a união do Estado, quer para dizimar forças regionalistas que atuavam de forma a imprimir desmembramentos no ente estatal. A concentração do poder, unificando o Estado, foi possível graças ao aparecimento das monar-

quias absolutas (séculos XV a XVIII), firmando-se o poder soberano do rei e do Estado dentro do seu território contra quaisquer outros organismos que intentassem a repartição do domínio.

O instituto da soberania passa a ter como característica a "não limitação", conforme nos explica Machado Paupério (1958, p. 45)

"O conceito de soberania, pode-se dizer, evoluiu com o conceito de Estado. Mas, no limiar do mundo moderno, quando começou a ser vulgarizado, compreendia, além da completa independência em relação a todo e qualquer país estrangeiro e do máximo poder interno, um caráter de ilimitação, que se encontra, como vamos ver, nas várias definições dos teóricos do Estado, da época. As limitações que porventura surgem ao poder do Estado são de ordem casuística ou moral, nunca de ordem jurídica".

Com o movimento humanista, a doutrina que unia o poder em torno da Igreja e do Império desaba. A Reforma iniciada por Lutero propicia o avanço do poder temporal ante o espiritual, saindo vencedor aquele, consubstanciando a *divindade* do Estado. A doutrina luterana, pela via transversa, finda por angariar um aumento do poder estatal.

Lutero pretendia, com sua nova doutrina, imprimir profundas modificações na Igreja, que esta não podia permitir. Sendo assim, aliou-se o Mestre do trabalhismo inglês ao Império, para que este, com seu poder, fosse-lhe útil para impor força às novas teorias que desenhava. Mas o Imperador mostrou-se vacilante diante das propostas de Lutero, voltando-se este, por sua vez, aos príncipes.

Percebendo-se que para a derrocada da Igreja seria necessária a contraposição de outro poder, também considerado divino, Lutero passa a reafirmar a divindade do poder dos príncipes, culminando por esboçar o Estado nacional que se desenharia. O Estado passa a encerrar-se no príncipe e a

doutrina da superioridade do Império é aniquilada.

No final do século XVI, o rei da França passa a ser considerado “como o mais elevado da terra” (PAUPÉRIO, 1958, p. 45), o primeiro rei do mundo, não encontrando poder superior em qualquer fundamento fático ou jurídico. O reinado cresce com tamanha força que o rei passa a ter direitos sobre a própria Igreja, chegando a impor-lhe o pagamento de *impostos*, independentemente de qualquer audiência com o Papa.

Do que restou alinhavado, até o momento, abstrai-se três significações distintas para o conceito de soberania (PAUPÉRIO, 1958, p. 48):

“1. A princípio, a soberania apresenta apenas uma superioridade relativa ao domínio em que se exercita.

2. Paulatinamente, de comparativo passa a soberania a ter caráter superlativo, considerando ora o Rei como órgão de uma autoridade que pertence ao Estado, ora como o proprietário de todo o poder.

3. Finalmente a soberania, excedendo-se, vai compreender o conjunto dos poderes próprios do Estado, tendendo à supremacia definitiva e absoluta”.

### 3. Conceito e características

O termo soberania traz consigo a adjetivação de poder incontestável, acima do qual não existe qualquer outro; é o poder “de decisão em última instância de todos os seus assuntos, internos ou externos, não dependendo de ninguém e a ninguém precisando consultar”<sup>2</sup> (AZEVEDO, [19-?], p. 20-21).

Segundo Paulo Dourado de Gusmão (1992, p. 367), “pode-se definir soberania como o poder supremo e originário de governar e organizar juridicamente a vida de um povo, em um território sem a ingerência de outro poder, ou de outro Estado ou de outra ordem jurídica. É, assim, poder originário, que não provém de ordem jurídica

alguma ou de outro poder. (...) Assim, é o poder originário de impor a um povo em um território uma ordem jurídica e um governo”.

No mesmo sentido, mas com acabamento diferente, Hermann Heller (1965, p. 197) salienta que “la soberania es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberania es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate”.

O Professor Paulo Bonavides (1986, p. 129), por sua vez, informa que a soberania é apresentada, por inúmeros publicistas, como um conceito histórico e relativo. “Histórico, porquanto a Antiguidade o desconheceu em suas formas de organização política. Haja vista o exemplo da *polis* grega, do Estado-cidade na Grécia clássica<sup>3</sup>. A soberania surge apenas com o advento do Estado moderno, sem que nada por outra parte lhe assegure, de futuro, a continuidade”.

“Relativo, uma vez que tomado de início por elemento essencial do Estado – conforme sucedeu ainda entre juristas do século XIX – raro o autor hoje que após os trabalhos exaustivos de Jellinek ainda se ocupa da soberania sob o prisma do direito internacional, como de um dado essencial constitutivo do Estado. Há Estados soberanos e Estados não soberanos. Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar”.

Tendo em vista o enfoque *suso* apresentado, o mesmo doutrinador salienta que, “do ponto de vista interno, porém, a soberania, como conceito jurídico e social, se apresenta menos controversa, visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam

subordinados. A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de domínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais. Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana – a *suprema potestas* – que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade. Estado ou poder estatal e soberania assim concebidos, debaixo desse pressuposto, coincidem amplamente. Onde houver Estado haverá pois soberania” (BO-NAVIDES, 1986, p. 130).

No mesmo sentido, Márcio Monteiro Reis (2000, p. 197) descreve a soberania como “poder originário, incondicionado, exclusivo e coativo. O poder soberano nasce no mesmo momento em que nasce o Estado, daí dizer-se originário, além disso não depende de outros para justificar sua existência. Só pode ser possuído pelos Estados, embora nem todo o Estado o possua, portanto é uma característica exclusiva de Estados. Outra característica importante a ser destacada é a coatividade. Só o poder soberano é autorizado a empregar a força material, através de elementos de coação, que possam obrigar os indivíduos ao cumprimento da ordem jurídica”.

Se nem todo Estado possui soberania, consoante ecoa nas conceituações alinhavadas, cabe perquirir, antes de se dar prosseguimento, se o atributo da soberania é essencial à definição de Estado, eis que, positiva a resposta, os delineamentos sob ênfase não nos ajudarão no desenlace dos obstáculos que virão; contrariamente, sendo negativa, importante apontar os delineamentos que propiciarão uma explicação a contento.

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1986-1987, p. 14), também perscrutando se, entre as notas essenciais do conceito de Estado, está a soberania, aponta que este instituto revela um atributo, um predicado que acompanha e caracteriza o Estado. Referido “atributo” pode ser constatado

na posição de supremacia, de inexistência de poder superior.

Segundo Víctor Flores Olea (1975, p. 92), “*la soberanía del Estado no es, en consecuencia, el poder del Estado; ni siquiera uno de los atributos de su poder, sino la cualidad de supremacia y universalidad propia de la estructura estatal, considerada como un todo*”<sup>4</sup>.

No entanto, não se pode olvidar que a soberania é uma noção traçada pela Ciência Jurídica, o que não equivale dizer que perfaz um aspecto do direito positivo. O instituto é elaborado pela Ciência Jurídica, mas não como forma de imprimir determinada qualidade ao direito positivo, pois este não tem a capacidade de centrar em si a qualidade de supremacia máxima, própria da soberania (BARACHO, 1986-1987, p. 14-15).

Nessa linha de raciocínio, a soberania estaria conectada ao *poder* e à *autoridade*, logo, “se a Soberania acompanha por forma necessária o Poder ou Autoridade, e, por seu turno, o Poder ou Autoridade acompanham necessariamente a noção de sociedade, deriva em linha reta do originário por nós encontrado, temos que assentar no seguinte: a Soberania está numa relação direta e sem interrupção com o originário” (BARACHO, 1986-1987, p. 15), concluindo-se que o poder/autoridade ligados à soberania não derivam de outro poder, ao contrário, são a gênese, a fonte que ingressa regulamentando e construindo.

Com a ligação detectada entre a soberania e o poder, o que se tem, portanto, é aquela atuando como uma qualidade deste. “A Soberania, tida como superioridade, reclama imediatamente para sua compreensão plena o conceito de Poder”.

“A autêntica superioridade e domínio residem na conjugação das entidades entre si que se dispõem numa hierarquia, não em nenhuma dessas entidades mesmas. As noções de supremacia que se resumem na conceituação de Soberania ligam-se às noções de Poder e Sociedade. A Soberania, para alguns, não é concebida sem o Poder. Esta afirmativa não é suficiente para acreditar-

se legitimamente que a Soberania se define como atributo ou qualidade do Poder. A Soberania como atributo ou qualidade do Poder não se confunde com ele, por inteiro. A distinção entre Poder e Soberania não é completa. Como qualidade ou atributo do Poder, reconhece-se que entre ambos existe a conexão e condicionamentos recíprocos de relação” (BARACHO, 1986-1987, p. 17).

Nessa seara, pontuando e complementando, estabelecendo a dependência e a diferenciação, os posicionamentos são os mais variados e, talvez bem por isso, muito interessantes. Vale a observação do seguinte trecho: “Reparemos que, se a soberania inclui o Poder, o Poder, conforme vimos no parágrafo anterior, também em si a noção de Soberania e, portanto, nenhum destes conceitos pode ser mais extenso do que o outro. São, pois, de extensão igual. Mas como é que duas noções de igual extensão estão incluídas uma dentro da outra? De uma única maneira: coincidindo plena e perfeitamente. Partindo da hipótese de um Poder e de uma Soberania separados, temos de chegar à conclusão que a Soberania e o Poder são círculos coincidentes, isto é, uma realidade só. Soberania e Poder convertem-se um no outro. A Soberania é soberania, ou seja, é supremacia radical, ausência de superior, etc., porque é Poder, Autoridade, unidade que reduz todo o resto (toda a pluralidade) a si; e por sua vez o Poder, ou seja vínculo unificador do plural e do particular, porque é Soberania, porque é supremo, último, sem nada acima de si. Por conseqüência, Poder e Soberania constituem uma mesma coisa e esta última, em lugar de ser uma qualidade ou atributo daquele, confunde-se com ele, quando corretamente apreendida na sua substância. A Soberania é o Poder expresso numa noção certa e verídica ou, se quisermos, a Soberania é a verdade do Poder e vice-versa” (BRITO, [198-?], p. 457 apud BARACHO, 1986-1987, p. 17).

Ultrapassado os rápidos comentários a respeito do conceito e natureza do instituto em comento, vale traçar a classificação adu-

zida pela grande maioria dos doutrinadores, que, por sua vez, imputam à Soberania a qualidade de una, indivisível, imprescritível e inalienável<sup>5</sup>. “Una, por não ser possível a convivência simultânea de dois poderes soberanos. Soberano é aquele poder que se situa acima de todos os demais, não estando submetido a nenhum outro. Não é compatível a convivência de mais de um poder soberano no mesmo âmbito. *Indivisível*, por conclusão lógica ante a sua unidade. No entanto, a indivisibilidade da soberania não impede a divisão do seu exercício. A teoria da divisão de poderes importa, na verdade, em uma divisão de funções. Não se deve confundir isto com a divisão da própria soberania. *Imprescritível e inalienável*, pois encarna o poder supremo, insuscetível de lesão e indisponível. Na verdade, a inalienabilidade não é uma característica da soberania. O que ocorre é que a renúncia do poder soberano equivale a sua própria morte. O poder soberano que renuncia deixa de ser soberano” (REIS, 2000, p. 922).

O Professor A. de Sampaio Dória (1953, p. 55-57 apud AZEVEDO, (19- -?), p. 30-31), quando examinando o fenômeno da soberania, imputa-lhe três atributos essenciais: supremacia, exclusividade e autodeterminação. Assim, “a supremacia indica que, ao contrário de algumas formas sociais de coação subalternas como o pátrio poder do senhor sobre o escravo na época do escravismo, as quais dependem da lei, a coação exercida pela soberania é suprema e exclusiva, isto é, acima dela não existe qualquer outro poder. A exclusividade significa que a coação não pode ser exercida por qualquer particular ou organização, mas apenas pelo próprio Estado, cujo poder necessita ser invocado por qualquer pessoa, singular ou coletiva, que haja de exigir de outrem o cumprimento de obrigação ou encargo que assumiu. Por fim, a autodeterminação assinala que o Estado é o árbitro último de sua própria competência, podendo agir em última instância, sem necessidade de consultar a quem quer que seja”.

Haja vista o conteúdo assinalado a respeito dos principais delineamentos da soberania, fez-se concreta a base que nos propiciará prosseguir com o objetivo deste trabalho. Entretanto, antes de avançarmos, é de bom alvitre apontar a conexão existente entre a soberania (principalmente no que tange ao ordenamento jurídico interno) e o Poder Constituinte Originário, eis que este também, segundo a doutrina majoritária, não encontra limites às suas proposições, não deriva de outro poder ou condicionamento normativo e finda por constituir um novo ordenamento jurídico. A ligação que se intenta deixar clara é a força incontestável advinda da soberania e do Poder Constituinte Originário, mas os desdobramentos, conseqüências e efeitos dessa ilação serão oportunamente acentuados.

#### 4. Soberania e o titular do seu exercício

Como já verificado no presente trabalho, a soberania apresentou-se, num primeiro momento, como forma de confrontar o Império e a Igreja, afastando sua ingerência e concretizando o “poder estatal” nas mãos do rei. Ocorre que, com tal manobra, o instituto passou também a designar aquele que detinha o *poder* – soberano –, personificando o poder estatal. O verbete passou a apresentar verdadeira confusão do seu significado, o que era muito proveitoso ao rei.

Entretanto, com o surgimento do pensamento democrático e com a revolução burguesa, a coincidência acima sublinhada começou a ser desfeita, distinguindo-se a “soberania do Estado” da “soberania no Estado”.

“A soberania do Estado diz respeito por conseqüência à questão dos elementos e características do poder estatal que o distinguem (...) dos demais poderes e instituições sociais. A soberania no Estado formaria ao revés outra categoria de problemas de relevante importância, concentrados sumariamente na determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação

hierárquica dos órgãos governativos da comunidade política e sobretudo na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo” (BONAVIDES, 1986, p. 135).

Facilmente se constata que o objeto deste trabalho condiz com a análise da soberania enquanto “poder estatal”, porém, já que tangenciado o assunto, prosseguiremos na análise das teorias que tentam desvendar quem é o sujeito de direito de soberania no Estado.

Destacam-se, nessa seara, duas doutrinas: a que sustenta o poder divino do rei como legitimador da titularidade e a que assenta no povo a sede da soberania. As teses que se amoldam à primeira facção são conhecidas como “doutrinas teocráticas”, e as que encontram fundamento na segunda são denominadas “doutrinas democráticas”.

Entre as “doutrinas teocráticas”, a mais exagerada é denominada “doutrina da natureza divina dos governantes”, que tem como fundamento alçar os governantes ao patamar de deuses vivos, e nesta condição são legitimados ao exercício do poder<sup>6</sup>.

Outra vertente é a “doutrina da investidura divina”; menos extremada, não considera seus governantes divindades, ao contrário, são pessoas intituladas como delegados diretos e imediatos de Deus, que lhes investe na condição de governantes com origem divina.

“Essa variante do pensamento teocrático não somente entende o poder como instituído por Deus para conservação da sociedade, senão que faz da escolha deste ou daquele governante, neste ou naquele país, um ato da vontade divina. Designadas por Deus para o exercício da autoridade, as dinastias revestem caráter sagrado” (BONAVIDES, 1986, p. 137).

Como última variável da teoria teocrática de legitimação da titularidade do exercício da soberania tem-se a “doutrina da investidura providencial”, que tem como marca apenas a origem divina do poder, o que implica dizer que os atos praticados pelo

governante são humanos, advindos do interesse e vontade dos mesmos (segundo essa doutrina, os governantes devem observar de forma escrupulosa o bem comum na utilização do poder). Com essa proposição, passou a surgir, de forma incipiente, entendimento no sentido da possibilidade de os governados escolherem seus governantes, eis que tais não necessitavam de qualquer qualidade divina para o exercício do poder.

Com relação às “doutrinas democráticas”, denota-se o desenvolvimento da “doutrina da soberania popular”, que consagra o povo como detentor de direito da soberania. Mais especificamente, soberania popular seria “tão-somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes” (BONAVIDES, 1986, p. 140).

A outra teoria que integra a vertente democrática é a “doutrina da soberania nacional”, que detém como grande diferencial da anterior o fato de a titularidade da soberania residir na nação e não em cada membro do povo, de forma fracionada. “A doutrina democrática da soberania que os poderes da Revolução (francesa) fundaram e fizeram prevalecer na Assembléia Constituinte foi a doutrina da soberania nacional. A nação surge nessa concepção como depositária única e exclusiva da autoridade soberana. Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, cede lugar à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, apresenta-se nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes”.

## 5. Soberania e Poder Constituinte Originário

Tendo em vista os contornos traçados sobre o instituto da “soberania”, compete dizer que a sua *materialização* incide na atuação do Poder Constituinte, em especial o *originário*<sup>7</sup>. “Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico” (MIRANDA, 2000, p. 77-78).

Logo, já que a soberania toma corpo com a atuação do poder constituinte, vale uma rápida análise do instituto com o pertinente traço das suas principais características.

### 5.1. Poder Constituinte – conceito e natureza

Do Poder Constituinte pode-se começar dizendo, com Luís Roberto Barroso (1996, p. 104), que é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência. A primeira característica decorre da atuação de o instituto implicar um total rompimento com o ordenamento jurídico anterior (ou as regras em que se encontra estabelecido o ente estatal – adiante melhor explicitado) e a segunda por perfazer a expressão da vontade do poder político de uma determinada comunidade<sup>8</sup>.

Para o Professor José Afonso da Silva (2000, p. 67), “*poder constituinte* é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela *energia* capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.

Prossegue o eminente doutrinador ressaltando que Fischbach (apud SILVA, 2000, p. 68) “define o poder constituinte como a “genuína e original expressão da soberania do povo. É o poder supremo que o povo tem de dar-se uma constituição e de reformar a vigente”. Aí, ele inclui também o poder de reforma constitucional, que, em geral, é de

competência do Poder Legislativo ordinário. Segue, assim, a doutrina que concebe dois tipos de poder constituinte: o *poder constituinte originário*, que serve de fundamento à criação de uma constituição nova, e o *poder constituinte derivado* (ou poder de emenda ou de reforma da constituição), que não é propriamente poder constituinte, mas competência para modificar a constituição existente – ou seja, poder constituinte derivado é simples competência constituinte (...)

Trazendo novos contornos ao tema, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 19) esclarece que “o reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição, é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a estas, uma exigência lógica. A superioridade daquelas, que se impõe aos próprios órgãos do Estado, deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência: Poder Constituinte.

Deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes deste (os quais são, por esse motivo, ditos constituídos). Esse Poder Constituinte é que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social”.

Os delineamentos fornecidos a respeito do instituto propiciam a visualização do mesmo e sua compreensão, em linhas gerais. No entanto, tal não se faz suficiente para a estreita ligação que ora se pretende com a soberania, o que nos impele a uma observação mais detida, imediatamente transmutada em questionamento: o Poder Constituinte (*originário!*)<sup>9</sup> encontra-se abarcado pela ciência do direito ou, poder polí-

tico que é (?), fica relegado seu estudo à sociologia?

Podemos iniciar respondendo ao questionamento amparados em duas correntes doutrinárias – a dos jusnaturalistas e a dos juspositivistas – que nos trazem diferentes fundamentos para a solução da controvérsia. De súbito, ressaltamos que aqueles entendem o poder constituinte como sendo jurídico, enquanto estes o compreendem como metajurídico, social. Ressaltamos, entretanto, que, não obstante a divergência das teorias quanto à natureza do poder constituinte, constata-se que há uniformidade de entendimento quanto ao fato de ser este o fenômeno que *provê* a Constituição e, conseqüentemente, é desta *Carta* que se abstrai a organização estatal e o ordenamento jurídico. Analisemos as teorias.

A escola jusnaturalista carrega como mérito a façanha de alçar à categoria de ciência autônoma, desvinculada da teologia e do direito canônico, o Direito e o Estado. Com o Estado Moderno e o início do constitucionalismo (século XVIII, mais especificamente com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 e a Constituição Francesa de 1791<sup>10</sup>), passou-se ao questionamento acerca da existência de um poder anterior que deflagrasse a constituição de regras que subsumiriam à condição organizacional jurídica do Estado.

Como precursor da idéia de que o poder que *constitui*, que *cria* a Carta Política tem natureza diferente da mesma, com ela não se confundindo, o padre, político e jurista Emmanuel Joseph Sieyès (1997), em sua obra “Que é o Terceiro Estado?”, forjou a denominação *Poder Constituinte*.

Afora o caráter político inerente à obra do abade, pré-revolucionário (início de 1789) e com fulcro na tentativa de arquitetar uma organização estatal para a França, a descoberta do *poder constituinte* despertou o interesse para o fenômeno, importante para a elaboração da Constituição, mas que a precede e não a integra. A *descoberta* culminou em uma teoria que tentou desvendar e

esquematar o instituto, denominada “Teoria Racional Ideal”.

A referida *teoria* vem embasada na liberdade individual do Homem, anterior ao advento do próprio Estado, logo, prevalecendo sobre o mesmo, bem como na liberdade de auto-organização, cujo direito seria inerente à nação e não ao povo<sup>11</sup>. Então o que se tem é o Homem livre e que deve se organizar segundo a vontade da nação (depositária e detentora da liberdade dos Homens).

Não se pode olvidar, deparando-se com as considerações iniciais sobre a Teoria de Sieyès, que as mesmas são pautadas sob forte influência da teoria jusnaturalista (na verdade “contratualista-jusnaturalista”<sup>12</sup>). De qualquer forma, aquelas premissas deveriam ser utilizadas como fundamento para a elaboração de uma Constituição escrita.

A obra de Sieyès (1997) atinge seu ápice exatamente neste ponto, quando o cura percebe que anterior à Constituição existia um poder que a concebia. Mais importante, denotou o sábio jurista que se tratava de poderes distintos e inconfundíveis, ou seja, a Constituição era o resultado provindo de um *poder especial*, qual seja, o *Poder Constituinte*.

Arremata o mestre ressaltando que o *poder especial* está fundado na vontade da nação, detentora da liberdade da comunidade. Evidentemente que, não possuindo meios instrumentais para a manifestação da *comunidade*, Sieyès elaborou um sistema de representação, segundo o qual a nação se expressaria por meio de mandatários por ela designados.

Portanto, ante os aspectos enunciados, tem-se como elementos identificadores da “Teoria Racional Ideal”: “a) princípio da liberdade, sob o qual se estrutura a nação; b) a nação, como ente de direito natural; c) o sistema de representação-imputação, como sistema procedimental para o exercício do Poder Constituinte; d) a criação do Poder Constituinte como poder estabelecido da Constituição” (SANTOS, 1980, p. 23).

Novamente ressaltamos que, segundo a doutrina de Sieyès (1997), a nação soberana,

fundada no direito natural, tudo pode, exceto contrariar os princípios do jusnaturalismo. E, sendo *ela* a legítima detentora do poder de criar a Constituição, logo, do Poder Constituinte, conclui-se que, para a “Teoria Racional Ideal”, esse instituto não é estranho ao mundo jurídico, pois que se concretiza em poder do Direito Natural.

Lançamos o entendimento de Sieyès (1997) sobre a natureza social ou política do Poder Constituinte, eis que somente com os estudos do abade se vislumbrou a diferença entre a força que cria uma Constituição e as regras inerentes à própria.

No entanto, como passaremos a notar, a conclusão do mestre francês acerca da natureza jurídica do instituto não destoia do resultado encontrado pelos estudiosos vinculados à corrente jusnaturalista, mesmo porque Sieyès (1997) também nela ancora seus estudos para exprimir sua tese. De qualquer maneira, entendemos importante a referência à descoberta do cura, pois que gênese do fenômeno ora focado. Passo adiante, averigüemos as considerações dos jusnaturalistas sobre o Poder Constituinte.

Entre as inúmeras Escolas do Direito Natural, daremos maior destaque, pela proeminência, às que expressaram os pensamentos de Santo Tomás de Aquino (apud SANTOS, 1980) e Hugo Grócio (apud SANTOS, 1980), sem embargo das importantes contribuições conferidas por Emmanuel Kant (apud SANTOS, 1980), merecedoras da nossa atenção.

Como principal destaque da doutrina de Santo Tomás (apud SANTOS, 1980), tem-se a razão e a inclinação do Homem em se socializar.

Quanto à razão, explica, parte dela é revelada pela Igreja e a outra parcela é descoberta pelo próprio Homem por meio *do uso da razão*. Os dois elementos compõem um todo – Lei Eterna provinda da razão de Deus – cuja parcela que cabe ao Homem desvendar perfaz a Lei Natural.

A maior contribuição dessa vertente teórica do jusnaturalismo condiz com a instin-

tiva necessidade de associação dos Homens, decorrente de uma força inata provinda de Deus, que legitima a criação dos Estados.

Tal poder (de criação dos Estados) reside no povo (por outorga de Deus), consequentemente operando-se uma distinção entre o poder espiritual e o poder temporal.

Igual consideração merece a Escola do Direito Natural e das Gentes, surgida em 1625 com a publicação do primeiro livro de Direito Natural, *De Jure Belli ac Pacis*, da lavra de Hugo Grócio (Cf. SANTOS, 1980, p. 28).

A obra de Grócio (apud SANTOS) tem como importante marco o estudo científico do direito de forma autônoma, desvinculada da Teologia, bem como conferiu fundamento terreno ao Estado, apartando-o de alicerces doutrinários religiosos. No desenvolvimento das suas teses, o jurista concebeu o *princípio da Justiça* como fundamento eterno do direito, alertando que a regra é observada como cerne das ciências jurídicas independentemente da vontade divina.

De forma concatenada, Grócio (apud SANTOS, 1980, p. 29), “repetindo Aristóteles, proclamou a natureza social do homem e a inclinação inata deste à vida em sociedade. Sua concepção de uma sociedade justa conduziu seu pensamento a edificá-la de molde a assegurar os direitos fundamentais do homem. No seu dizer, não basta ao homem viver, pois carece ele de viver bem, e para isso a sociedade deve se firmar sob a égide do Direito e se estabelecer sob o império de uma ordem justa. Só a ordem justa é legítima, por sua adequação à racionalidade”.

Alinhavadas as principais correntes jusnaturalistas, faz-se de bom alvitre a observância do pensamento de Emmanuel Kant (apud SANTOS, 1980), a quem se atribui a sistematização do Direito Natural. A sua doutrina contratualista-jusnaturalista tem como base as excelências e virtudes do Homem em seu estado de natureza, é dizer, ser livre e de boa índole, dotado de inclinação social, concluindo o filósofo que a própria *razão* impinge aos Homens a associação para o alcance de seus objetivos.

A teoria elaborada por Kant (apud SANTOS, 1980, p. 30) encontra-se fundamentada em dois pressupostos: “pelo primeiro (razão pura) estabelece que o homem reconhece ser a causa necessária e livre de suas ações; pelo segundo (imperativo categórico) estabelece que o homem deve obediência às normas prefixadas pela razão prática”.

Portanto, sobressaem na teoria de Kant (apud SANTOS, 1980) o Direito e o Estado como garantia da indispensável *liberdade* do Homem, princípio esse em que aqueles elementos obrigatoriamente encontram-se assentados.

O que se pode abstrair, ante os elementos essenciais pinçados dos fundamentos encontrados nas principais Escolas do Direito Natural, de forma a conferir alicerce comum à corrente científica, é a idéia de *liberdade*, a *inclinação social* do Homem e o poder de *auto-organização política* da comunidade.

Como característica marcante da corrente jusnaturalista, tem-se a distinção, evidente, entre o Direito Natural e o Positivo, sendo que o direito posto somente é detentor de validade quando devidamente fundamentado nos princípios que dão suporte e sustentação ao direito natural.

Voltando ao laço que une os jusnaturalistas e o Poder Constituinte, ressaltamos que aquela doutrina, desde sempre, confere ao povo o poder de se auto-organizar. Ocorre que, com o movimento constitucionalista do século XVIII, tal capacidade inseriu-se no poder de criar uma Constituição, daí denotando-se a importância do Poder Constituinte para a ciência do Direito Natural.

Para o jusnaturalismo, o Poder Constituinte é caracterizado por ser um poder inicial e incondicionado, porém limitado. Os limites balizadores desse poder são os próprios princípios que fundamentam o direito natural, em especial o princípio da liberdade.

Dessa forma, a conclusão a que se chega quanto à natureza do Poder Constituinte, para a corrente jusnaturalista, é de verdadeiro poder jurídico, advindo de uma ordem jurídica natural que o contempla.

No que tange à corrente juspositivista, que tem em Hans Kelsen (1998) e sua obra “Teoria Pura do Direito” a retórica mais proeminente, faz-se necessário uma realocação de *habitat* doutrinário para o devido enquadramento do Poder Constituinte, bem como sua natureza, segundo a corrente que ora se empresta atenção.

Contrariamente ao que se passa com a doutrina jusnaturalista, para os juspositivistas não se admite a intromissão filosófica, social ou metajurídica, como elementos integrantes (ou de sustentação) do direito. O positivismo jurídico circunscreve o direito às regras que compõem o *direito posto*.

Dessa feita, “o positivismo, ao sustentar que o direito é um sistema de normas, explícita, por consequência, que a positividade constitui, em verdade, a forma de manifestação e de realização do Direito. Decorre disso que, para o positivismo jurídico, tanto a Constituição<sup>13</sup> como o poder que a cria nada de *jurídico* significam” (SANTOS, 1980, p. 34).

Como Hans Kelsen (1998) expurgou do conceito de Direito qualquer elemento não-jurídico, a conclusão a que se chega, com relação ao Poder Constituinte, é no sentido de que, não obstante, *poder*, que expressa a gênese do Direito e do Estado, não é *poder de direito*, é dizer, não tem natureza jurídica.

A norma, para o positivismo kelseniano, é válida porque obedece a uma forma determinada e atende a um procedimento específico, desembocando no chamado *direito posto*, que se insere num sistema gradual de normas que alcança sua unidade<sup>14</sup> na *norma hipotética fundamental*<sup>15</sup>.

Como essa teoria não admite, como já referido, a intrusão de elementos não jurídicos a compô-la, no ápice do sistema, a validá-la, encontra-se a *norma hipotética fundamental*, propiciando, assim, ao autor alemão explicar juridicamente a obrigatoriedade da Constituição sem reconhecer a existência, na sua origem, de um fenômeno *não* jurídico.

Explica, com propriedade, o Professor Aricê Moacyr Amaral Santos (1980, p. 36) que, “como para o positivismo jurídico o Di-

reito se resume no Direito posto pelo Estado, a Constituição, como estabelecadora do Estado e da ordem jurídica, não passa de um fato.

À vista dessa colocação positivista, não cogita igualmente o positivismo do Poder Constituinte, por entender dita corrente que esse poder constitui mera força social, uma força metajurídica, a ser estudada pela Sociologia e por outras ciências, mas, nunca, pela Ciência do Direito”.

Como resultado das elucubrações acima formuladas, temos que, para a corrente encabeçada pelos jusnaturalistas, o Poder Constituinte transverte-se em conteúdo jurídico; para os positivistas, o mesmo *poder* não passa de fato social, desprovido de qualquer fundamento de Direito. Finalmente, trazemos à colação o entendimento do Professor Aricê Amaral Santos (1980, p. 84), que, em excelente trabalho acerca da natureza do Poder Constituinte e não se submetendo às idéias preconcebidas provindas das inúmeras correntes doutrinárias que analisou, assim concluiu: “Essa idéia de Direito, que não se pode qualificar como de um Direito *sui generis*, caracteriza-se, por seus atributos, como força jurígena ou pára-jurídica. Conclui-se, assim, que o Poder Constituinte é força jurígena ou pára-jurídica (sociológica-política quanto à origem e natureza, jurídica quanto aos seus efeitos)”.

A discussão que ora se empreendeu no presente tópico não foi em vão, ela servirá de substrato para as discussões subseqüentes e de fundamento para a análise de determinados atributos do Poder Constituinte, em especial aqueles intitulados desprovidos de limites. Sendo assim, passemos à análise dos *atributos* do Poder Constituinte.

## 5.2. Atributos do Poder Constituinte

São citados como atributos do Poder Constituinte a *anterioridade*, a *ausência de vinculação*, a *inalienabilidade*, a *permanência* e a *superioridade*. O Professor José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 212-215) confe-

re o seguinte conteúdo aos atributos mencionados:

a) *Anterioridade*. O Poder Constituinte é um poder originário, anterior a qualquer outro poder, expressão primeira da soberania nacional. Daí seu caráter *transcendental, metaconstitucional*. É nesse sentido que Hauriou (...) o denomina 'fundador' e Burdeau, 'primário'. Ele constitui, realmente, a primeira e suprema oportunidade de manifestação da soberania, e Sieyès já o comparava ao *Fiat* da Criação. Criando as normas jurídicas fundamentais (produção originária das normas jurídicas), é o Poder Constituinte, realmente, anterior a qualquer outro poder.

b) *Ausência de vinculação*. A atividade, as diretrizes, as decisões fundamentais do Poder Constituinte não podem, por definição e essência, achar-se juridicamente vinculadas, pois, segundo vimos, na *situação constituinte não existe normatividade nem ordenamento jurídico definitivos, nem poderes constituídos. Não podem existir, nem são imagináveis, portanto, vinculações prévias, preceitos jurídicos a observar, limitações ou restrições positivas de nenhum gênero ao Poder Constituinte, nenhuma ligação, em sua atividade criadora, a normas ou procedimentos jurídicos prévios*. É a isso que Friedrich denomina 'potencialidades' revolucionárias do Poder Constituinte, pois este acha-se, realmente, em condições de modificar totalmente a estrutura política e o ordenamento jurídico vigentes.

c) *Superioridade*. Decorre da anterioridade e da ausência de vinculação. O Poder Constituinte estabelece os demais poderes constituídos, traça-lhes as normas fundamentais de ação, expressas na Constituição. É-lhes, portanto, não só anterior como também superior.

d) *Inalienabilidade*. A Nação pode delegar o exercício do Poder Constituinte a representantes, como geralmente ocorre. A tarefa constituinte é realizada, então, por Assembleias Constituintes, compostas de representantes da Nação, eleitos especialmente para elaborarem a Constituição.

e) *Permanência*. É uma consequência da *inalienabilidade*. Significa que a modificação

da Constituição, isto é, da organização político-jurídica fundamental da Nação, é sempre possível, porque, sendo inalienável, o Poder Constituinte *permanece no povo*, perdurando através e acima da ordem jurídica constituída. Daí dizer Schmitt que *'o povo, a Nação, seguem sendo a base de toda a evolução política, a fonte de toda a força, que se manifesta em formas sempre novas, que tira sempre de si mesma novas formas e organizações, não subordinando nunca, entretanto, sua existência política a uma formulação definitiva'*. Isto significa, em última análise, que não existe constituição, nem formas de Estado, ou de governo, *irrevogáveis ou irreformáveis*, em face do Poder Constituinte".

Denota-se das explicações lançadas acerca de cada um dos atributos do Poder Constituinte que a característica condizente com a *ausência de vinculação* é a que mais nos interessa, isso porque, como posta, propicia o entendimento de que o fenômeno é desprovido de limites. Ora, em não havendo *vinculação, preceitos jurídicos ou limites a observar*, a reta conclusão a que se desemboca concerne à qualidade de ausência de limites para o poder criador/fundador da Constituição.

Entretanto, talvez com o intuito de evitar o resultado acima antecipado, o próprio Professor Meirelles Teixeira (1991, p. 212-215) alerta que a *ausência de vinculação* "não significa (...), e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. *Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão*".

Nova luz e perspectiva é posta ao tema e o foco agora insinua a limitação do poder constituinte (por consequência, da soberania) por meio de amarras advindas dos princípios norteadores do direito natural. Sendo assim, o que se tem é a caracterização do poder constituinte/soberania como poder limitado, desde que o intérprete adote como

premissa os fundamentos do direito natural, não ocorrendo a mesma conclusão caso o mesmo hermeneuta tenha como ponto de partida, *exempli gratia*, a doutrina positivista.

Com fundamento no positivismo, o que se tem é o poder constituinte como não jurídico, perfazendo uma força social; conseqüentemente, as limitações (ou não) acerca da força do fenômeno serão estipuladas pela própria comunidade (ou melhor, seus representantes), o que se traduz, indubitavelmente, numa força ilimitada.

A caracterização do poder constituinte como poder ilimitado ou limitado, então, depende da doutrina que alicerça o preceito? Se é assim, qualquer dos resultados é correto, apenas dependendo a evolução do entendimento da vocação do intérprete (jusnaturalista ou juspositivista)?

É o que iniciaremos a perseguir na segunda parte do nosso estudo, a ser publicada na próxima edição.

### Notas

<sup>1</sup> “Si el Estado autárquico es la forma suprema de los fenómenos de la vida política, entonces es posible para el Estado formado de esta suerte mantenerse extraño a los demás; pero no es posible concebir entre él y las otras comunidades estatistas unas relaciones de cambio, permanentes y amistosas, encaminadas al desenvolvimiento de la cultura. Todo cambio descansa por necesidad psicológica en las necesidades económicas y espirituales, mediante las cuales se completan los hombres unos a otros, necesidades que, según consideraba la antigua doctrina, hallaban su satisfacción absoluta dentro del propio Estado.” (JELLINEK, 1970, p. 329-330).

<sup>2</sup> O mesmo autor salienta, no que tange à origem do termo, ser o mesmo proveniente do latim, “segundo alguns do latim medieval, de *super omnia* ou de *superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus). Provavelmente, derivou-se o termo soberania de *superanus*, vocábulo do baixo latim equivalente a superior. De valor comparativo, de início, passou depois ao de superlativo absoluto, ao significado de *supremitas*’ (Cf. SOVRANITÁ, 1972). Embora haja uma certa divergência etimológica quanto à palavra soberania, entende-se que venha de *superanus*, que, por sua vez, teria originado com a alteração do prefixo, ao termo *suserano* (nome dado ao senhor de um

domínio cujo feudo ou senhorio dependia somente do rei, tendo, contudo, outros feudos que lhe rendiam vassalagem ou lhe pagavam tributo). Entretanto, é certo que a referida palavra nos chegou através da formação francesa *souveraineté*, do direito gaulês (MEYER; REHM, [19 - -?] apud CARRÉ DE MALBERG, 1948). Gerber (apud CARRÉ DE MALBERG, 1948) definiu a soberania como um poder de dominação – *Herrschergevalt* – de império”.

<sup>3</sup> Vide capítulo I deste trabalho.

<sup>4</sup> Ainda segundo Víctor Flores Olea (1975, p. 101-102): “(...) la comunidad, en cuanto se unifica políticamente, es decir, en cuanto llega a constituir una estructura social organizada para la realización de ciertos fines y para la ejecución de determinadas funciones, constituye el Estado. Esa estructura social, cuyos fines y funciones pueden tomar realidad, únicamente, porque forma, a través de órganos, una unidad de decisión y acción, tiene la *calidad* de ser soberana, es decir, *suprema y universal* en el radio de actividad dentro del cual la estructura actúa. Esos peculiares fines y funciones del Estado, también hemos dicho, son solo posibles porque el Estado *es soberano*, esto es, porque sobre la estructura estatal no hay ninguna instancia de voluntad que determine, por una parte, el *ser y forma* de la estructura, y, por outro, el contenido de cada decisión que, para el logro de sus metas, ha de tomar, ante cada nueva situación a la que se enfrenta, la unidad de decisión y acción que forma la misma estructura. (...) La estructura estatal es soberana porque se da, a sí misma, *forma* concreta de existencia política y porque, al decidir, no sólo sobre el *modo y forma* de su ser, sino también, sobre cualquier exigencia que plantee el cumplimiento de sus fines y funciones, no está sujeta a ninguna instancia de voluntad que se imponga. El Estado es soberano porque es una organización supraordenada en relación con las demás organizaciones y unidades de voluntad existentes dentro de los límites de su competencia”.

<sup>5</sup> A Constituição Francesa de 1791, no seu artigo 1º, título terceiro, já conferia à soberania as qualidades assinaladas – nota do autor.

<sup>6</sup> “A história anda cheia de exemplos de reis que fielmente professavam essa doutrina e se reputavam divindades, como os faraós do Egito, os imperadores romanos, os príncipes orientais e até mesmo o Imperador do Japão até o fim da Segunda Guerra Mundial” (BONAVIDES, 1986, p. 137).

<sup>7</sup> “(...) as constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados nacionais dotados de um território – elemento objetivo, e de um povo – elemento subjetivo, sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade” (MORAIS, 2002, p. 530-531).

<sup>8</sup> Observe-se que nos referimos à comunidade e não ao Estado, isso porque o poder político é anterior ao próprio Estado, é a força que funda o Estado, conferindo-lhe uma Constituição, organizando-o, impondo-lhe limites e dispozo sobre fins a serem alcançados – nota do autor.

<sup>9</sup> Sempre que nos referirmos ao Poder Constituinte, deste momento em diante, assim o faremos com foco no *poder constituinte originário*, pela implicação que estamos a desenvolver com relação à soberania. Quando a referência for ao *poder constituinte derivado*, enunciaremos expressamente – nota do autor.

<sup>10</sup> Segundo Carlos Sanchez Viamante (1957, p. 240), “A Sieyès se le debe la verdadera y definitiva consagración doctrinaria del Estado de derecho, concebido com alguma claridad por Francisco Suárez en el siglo XVII, y realizado prácticamente por los Estados Unidos, a partir de la Declaración de los derechos del hombre, del Estado de Virginia, em 1776”.

<sup>11</sup> No que pertine a essa distinção conceitual (nação – povo), vale a transcrição do entendimento abalizado do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1974, p. 27 apud SANTOS, 1980, p. 25): “Povo para ele (Sieyès) é o conjunto de indivíduos, é um coletivo, uma reunião de indivíduos sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isso, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado momento”.

<sup>12</sup> A doutrina *contratualista* a que se faz referência diz com a doutrina de Rousseau, utilizada pelo abade juntamente com os preceitos jusnaturalistas. No entanto, novamente nos valendo dos traços do Professor Argentino Carlos Sanchez Viamante (1957, p. 242), “aquí está lo fundamental de la doctrina: lo que no se le ocurrió a Rousseau, por no haber admitido tampoco la existencia de um poder legislativo ordinario, que actúase como cuerpo, por delegación y representación del pueblo, y por no haber diferenciado la Constitución de la ley ordinaria. Es verdad que Rousseau supone, sin discriminación alguna, que toda ley es expresión de la voluntad general soberana y, por consiguiente, sólo tiene valor cuando es el pueblo reunido quien la dicta. Pero también es verdad que él reconocía las dificultades del sistema democrático, y hasta llegó a decir que era imposible su aplicación (...). No sería justo pasar por alto la circunstancia de haber escrito Rousseau su obra cuando aun no existía ninguna verdadera Constitución, lo que daba a su doctrina el carácter de una construcción utópica o, por lo menos, puramente teórica”.

<sup>13</sup> Neste ponto ousamos discordar do ilustre professor, eis que entendemos ser a Constituição

expressão do direito positivo. Segundo Hans Kelsen (1998, p. 247): “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição ‘escrita’, para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo, e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita”.

<sup>14</sup> “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade da pluralidade destas normas” (KELSEN, 1998, p. 228).

<sup>15</sup> “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedeçamos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais” (KELSEN, 1998, p. 226).



# A contratação de aprendizes pelos entes públicos

Uma aplicação dos princípios constitucionais de legalidade e moralidade

Bernardo Leôncio Moura Coelho

## Sumário

1. Introdução. 2. A aprendizagem profissional. 3. A admissão de aprendizes pelos entes públicos. 4. A proteção destinada às crianças e aos adolescentes. 5. A interpretação constitucional. 6. A decorrente improbidade administrativa. 7. Conclusões.

*“A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada” (artigo 12 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789).*

## 1. Introdução

Este estudo, ancorado nos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade, na normatização da aprendizagem profissional e interpretando a doutrina da proteção integral, pretende abordar a questão da obrigatoriedade ou não de os entes públicos contratarem adolescentes vinculados a um programa de aprendizagem para cumprimento da cota estabelecida no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O enfrentamento de tal questão, que se revela bastante delicada, decorre de nossa atuação profissional como Procurador do Trabalho e Coordenador do Núcleo de Combate ao Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho do Adolescente da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Não

Bernardo Leôncio Moura Coelho é Procurador do Trabalho – MPI/PRT 15ª Região, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG, Docente da Escola Superior do Ministério Público da União.

encontramos trabalhos doutrinários que analisem essa questão, nem mesmo decisões judiciais em que o tema tenha sido abordado, o que reforçou o nosso interesse pela questão.

O tema da proteção à criança, durante sua trajetória histórica, apresentou mudanças que determinaram novos rumos em sua orientação e interpretação. Até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, as crianças e os adolescentes eram considerados objetos de direito, passivos e sem consideração perante o Direito, que os orientava de acordo com os interesses e estipulações apenas dos adultos. O próprio Código de Menores, de 1979, consentâneo com essa orientação, adotava a doutrina da situação irregular, na qual as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos "quando se encontrem em estado de patologia social" (art. 2º do Código de Menores de 1979).

A partir da Constituição Federal de 1988 e do ECA, quando houve a adoção da doutrina da proteção integral, as crianças e adolescentes alcançaram o *status* pleno de sujeitos de direitos, em qualquer situação na qual se encontrem, devendo sempre ser considerado o papel por eles desempenhado, sua condição de pessoas em desenvolvimento e os direitos que lhes foram assegurados constitucionalmente.

O comando legal que determina o cumprimento de cota de contratação de aprendizes, contido no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho, assim se enuncia:

"Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional."

Iniciaremos nossa abordagem com uma análise histórica da evolução da aprendi-

zagem profissional, enfocando, brevemente, aspectos mais relevantes da nova legislação, que foi remodelada com a edição da Lei nº 10.097/2000.

A partir desse conhecimento prévio, chegaremos ao cerne da questão que se coloca: os entes públicos podem contratar aprendizes?

Nossa análise se foca na obrigação de contratação de aprendizes, decorrente de norma emanada do Direito do Trabalho, com interfaces no Direito Comercial, com a definição de estabelecimento e empresa dentro do novo Código Civil, e com o Direito Administrativo, dentro da organização legal dos servidores públicos, sempre capitaneados pelos princípios constitucionais que devem sempre reger essa interpretação.

Nossa principal proposição será elaborar as diretrizes norteadoras da atuação dos entes públicos quanto à aprendizagem, utilizando-se dos conceitos acima para classificar os entes públicos de acordo com a sua destinação legal e constitucional, sendo esse o objetivo do tópico que se segue.

Ao largo desta análise, pinçamos algumas noções acerca da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) em face da conduta de contratação adotada pelo dirigente público.

Ao final de nosso estudo, buscaremos demonstrar a impossibilidade de os entes públicos, vinculados à administração direta, cumprirem a cota de contratação de aprendizes, conforme determinação constante do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho.

## 2. A aprendizagem profissional

A aprendizagem profissional foi iniciada no Brasil com a criação dos primeiros integrantes do Sistema Nacional de Aprendizagem, mais conhecido como Sistema "S".

Com efeito, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) foi criado por meio do Decreto-lei nº 4.048, de 22.1.1942, competindo a ele organizar e administrar,

em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários (artigo 2º) e também, após sua organização como escolas de aprendizagem, ministrar ensino de aperfeiçoamento e especialização para trabalhadores industriários não sujeitos à aprendizagem (artigo 2º, parágrafo único).

Seguiu-se o Decreto-lei nº 4.481, de 16.7.1942, estipulando uma quota de aprendizes correspondente a 5% (cinco por cento), no mínimo, dos operários existentes em cada estabelecimento e cujos ofícios demandassem formação profissional (artigo 1º, letra “a”).

Mediante o Decreto-lei nº 8.621, de 10.1.1946, foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), com objetivo de organizar e administrar, no território nacional, as escolas de aprendizagem comercial (artigo 1º), determinando, ainda, a manutenção de cursos de continuação ou práticos e de especialização para os empregados adultos do comércio não sujeitos à aprendizagem (artigo 1º, parágrafo único).

Pelo Decreto-lei nº 8.622, também de 10.1.1946, determinou-se quota de admissão de aprendizes para os estabelecimentos comerciais com mais de 9 (nove) empregados, com limite máximo de 10% (dez por cento) do total de empregados de todas as categorias em serviço no estabelecimento (artigo 1º).

Posteriormente, foram criados o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) (Lei nº 8.315, de 23.12.1991), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural (artigo 1º); o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) (Lei nº 8.706, de 14.9.1993), como entidade de direito privado, tendo como objetivo gerenciar, desenvolver, executar e apoiar programas de aprendizagem (artigo 3º); e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) (por meio da Medida Provisória nº 1.715, de 3.9.1998), com a finalidade de incrementar a aprendizagem nos diversos setores da atividade econômica.

Inicialmente o SENAR havia sido criado pelo Decreto nº 77.354, de 31.3.76, no âmbito do Ministério do Trabalho, e tinha por objetivo organizar e administrar os programas de formação profissional rural, mas esse decreto foi revogado, sendo criado novamente com novas disposições.

Importante ressaltar que, apesar da denominação dada aos serviços nacionais, outras atividades econômicas encontravam-se abrangidas pela sua atuação, como, por exemplo, os setores de transportes, de comunicações e de pesca, que foram incluídos em sua obrigação de fornecer aprendizagem por meio do SENAI nos termos do Decreto-lei nº 4.936, de 7.11.1942.

Mediante a Portaria nº 127, de 18.12.1956, foi criada a Aprendizagem Metódica no Próprio Emprego (AMPE), consistente na “formação profissional metódica do ofício no emprego onde trabalha o menor aprendiz, correspondendo a um processo educacional, com o desdobramento do ofício, ou da ocupação, em operações ordenadas de conformidade com um programa, cuja execução se faça sob a direção de um responsável, em ambiente adequado à aprendizagem” (artigo 1º), mas sob a orientação do SENAI e SENAC, que ficaram encarregados de elaborar os programas de acordo com as empresas (artigo 2º, parágrafo único).

Como a aprendizagem poderia ser ministrada apenas pelo Sistema “S”, ocorria de não haver vagas ou cursos para atender toda a demanda existente. Nestas hipóteses, não existência de cursos ou falta de vagas, a empresa recebia um certificado dispensando-a do cumprimento da admissão de aprendizes em seu quadro de funcionários.

Tínhamos então o seguinte quadro: a aprendizagem era fornecida exclusivamente pelo Sistema Nacional de Aprendizagem (SNA) e, não havendo vagas ou cursos, a empresa ficava dispensada do cumprimento da quota para aprendizes, caso não optasse pela aplicação da aprendizagem metódica no próprio emprego.

Essa situação perdurou até a edição da Lei nº 10.097, sancionada em 19.12.2000, que teve o condão de trazer, para o âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, o disciplinamento da aprendizagem, que era feito apenas por decretos e portarias esparsos.

Verifica-se que a legislação, ao mesmo tempo em que disciplinou o trabalho permitido para os adolescentes, vinculou o trabalho à educação, que deve ser destinada prioritariamente às crianças e adolescentes.

Pela Lei nº 10.097, foram introduzidas modificações quanto ao instituto da aprendizagem, podendo-se apontar algumas delas:

1) uniformização das quotas de aprendizagem: agora temos aplicação uniforme de cota variável de 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem aprendizagem;

2) garantia do salário mínimo hora: revogando expressamente o artigo 80 da Consolidação das Leis do Trabalho, que previa o pagamento de meio salário mínimo durante a primeira metade do contrato e 2/3, pelo menos, no restante;

3) abertura na oferta de aprendizagem: a nova legislação manteve a primazia do Sistema Nacional de Aprendizagem para o fornecimento de aprendizagem, nos termos e condições estabelecidos. A mudança veio com a possibilidade de as Escolas Técnicas de Educação – ETE e de as entidades sem fins lucrativos oferecerem cursos de aprendizagem;

4) contratação: poderá ser efetivada pela empresa em que se realiza a aprendizagem ou pelas entidades sem fins lucrativos;

5) FGTS: redução da alíquota de 8% (oito por cento) para 2% (dois por cento).

Temos hoje, portanto, o seguinte quadro da legislação, quanto à questão do trabalho de crianças e adolescentes:

– Até a idade de dezesseis anos, é proibido o trabalho de qualquer espécie, permitindo-se, nas claras hipóteses descritas na

Lei nº 10.097, a contratação do adolescente, desde os quatorze anos, para assinatura de contrato de aprendizagem.

– A partir dos dezesseis anos, permite-se o trabalho do adolescente, com a ressalva de que o mesmo não pode ser desenvolvido em ambientes perigosos, insalubres ou penosos; permite-se a compensação de jornada, sendo o trabalho extraordinário tolerado apenas quando seja imprescindível ao funcionamento da empresa, entre outras regulamentações.

– Completados os dezoito anos, tem-se a plena capacidade para o trabalho, podendo ser contratado para o exercício em qualquer função ou horário, com o fim das restrições legais.

### *3. A admissão de aprendizes pelos entes públicos*

Essa questão revela-se de ampla aplicação na prática, posto que a maioria das entidades que tem por objetivo a proteção aos adolescentes, às vezes meramente intermediando mão-de-obra, coloca os adolescentes em entes públicos sob o rótulo de contrato de aprendizagem.

O instituto da aprendizagem profissional passou por uma ampla reformulação em nosso país com a edição da Lei nº 10.097/2000, que alterou os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho que orientavam a contratação dos aprendizes.

Para iniciarmos nosso trabalho, necessário trazermos a determinação legal que estipula o sistema de cotas nas empresas e que se encontra estampado no novo artigo 429:

“Artigo 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

a) revogada;

b) revogada;

§ 1º - A O limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional.

§ 1º As frações de unidade, no cálculo da percentagem de que trata o *caput*, darão lugar à admissão de um aprendiz.”

Ocorre que aos entes públicos, especialmente aqueles integrantes da Administração Pública direta, não foi imputada carga de contratação de aprendizes, posto que existe norma constitucional, prevista no artigo 37, que lhes impõe, entre outros regramentos, o ingresso apenas por concurso público.

“Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Determinando a Constituição Federal, em seu artigo 37, que o ingresso no serviço público deverá ser precedido de concurso público, constitui a colocação desses adolescentes burla aos princípios constitucionais, pois “os entes públicos não detêm legitimidade para promover dentro de seus

quadros a aprendizagem, posto que a finalidade da aprendizagem consiste em promover a inserção do adolescente no mercado de trabalho e qualificar mão-de-obra” (SANTOS, 2003, p. 20).

Importante ressaltar que, quanto à inserção do adolescente no mercado de trabalho, há um desdobramento para constituir-se o fim teleológico da aprendizagem: a possibilidade de contratação definitiva do adolescente pelo estabelecimento onde ocorre a aprendizagem. Esse fim da aprendizagem não será alcançado, posto que existe a barreira intransponível do concurso público para ingresso nos entes públicos.

Como bem salienta Santos (2003, p. 22):

“Esse é um dos motivos pelos quais a obrigação de contratar está relacionada com o número de empregados do estabelecimento cujas funções demandem aprendizagem.

O aproveitamento do adolescente no próprio estabelecimento em que ocorre a aprendizagem constitui uma finalidade da lei. Não se trata de uma finalidade que deva necessariamente ser alcançada, pois o empregador não está obrigado a contratar o adolescente ao final da aprendizagem. Trata-se de uma expectativa, uma consequência desejada, que inspirou o legislador – e é nesse sentido que constitui uma finalidade”.

A dicção do artigo 429, da Consolidação das Leis do Trabalho, é bem clara ao determinar que “os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional” (grifos acrescidos ao original).

O ente público, ou qualquer de seus órgãos, não se confunde com o estabelecimento, que é definido pelo Novo Código Civil

Brasileiro, que adotou novo conceito empresarial, em seu artigo 1.142, *verbis*:

“Artigo 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

Como bem salientado na Mensagem nº 160, de 10.6.1975, quando foi encaminhado ao Congresso Nacional o projeto do novo Código Civil Brasileiro, este tinha como uma de suas diretrizes fundamentais “a compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global, do Direito Privado*” (grifos acrescentados ao original).

Essa definição é coerente com o pensamento de famosos comercialistas, que estamparam as seguintes definições:

“Estabelecimento comercial é o complexo de meios materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio.” (MENDONÇA, 1934).

“Estabelecimento comercial é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para exploração de determinada atividade mercantil.” (BARRETO FILHO, 1988).

Insista-se, também, que ao conceito de estabelecimento mercantil corresponde o de *azienda* dos italianos, caracterizada pelo complexo orgânico dos meios materiais de produção – capitais, atividades em instrumento de trabalho – e dos meios imateriais – crédito, aviamento, reputação – com particular destinação à produção e à circulação de riqueza.

A partir dessas definições, ficam claros os elementos de um estabelecimento, conforme mencionado acima, que serão:

- complexo ou conjunto de bens;
- integrado por bens materiais (corpóreos) e imateriais (incorpóreos);
- reunidos, criados e organizados *por iniciativa e risco do empresário*;
- necessários ao *exercício da atividade empresarial*;

– com a finalidade de *gerar lucros para a remuneração do capital investido*.

Atualmente o conceito de estabelecimento comercial é mais amplo: é a empresa que produz bens e serviços para o mercado. Assim, o clássico conceito de mercancia, centrado nos critérios subjetivos (figura do comerciante) e objetivos (prática de atos de comércio), deu lugar à doutrina, finalmente consagrada no artigo 966 do Novo Código Civil, que classifica a sociedade como empresária pelo modo de exploração de seu objeto social.

Lembra Coelho (2003, p. 111, grifo nosso) que:

“Por critério de identificação da sociedade empresária, elegeu, pois, o direito o modo de exploração do objeto social. (...) *Assentadas essas premissas, a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações*”.

Nesse contexto, Pacheco (1997, p. 499) nos fornece o conceito de estabelecimento comercial ou industrial, que é “o complexo de meios idôneos, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico para o exercício do comércio”.

Ainda, segundo os termos da Mensagem nº 160, empresa é “a unidade econômica de produção, ou a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Verifica-se, portanto, que a legislação que determina a obrigação de contratar aprendizes dirige-se, apenas, às empresas, não se constituindo em norma aplicável aos entes públicos. O conceito de empresa como ente que visa ao lucro não abarca, e nem pode abarcar ou dirigir, as atividades do ente público que as realiza por outorga constitucional, indelegáveis, em sua maioria, ou indeclináveis, prevalecendo-se de regras específicas de interpretação em sua atuação.

O ente público visa, contrariamente à empresa, ao atendimento do interesse público, razão pela qual deve balizar sua atuação aos rígidos contornos constitucionais, sob pena de aplicação das normas de punição aos entes públicos e seus dirigentes.

Encontra-se inscrito, entre as normas constitucionais, o princípio da legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º e no *caput* do artigo 37, aplicável aos entes públicos.

Segundo Moraes (2002, p. 99, grifo nosso), o princípio da legalidade “aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o *administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei* nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, apesar do desprestígio da lei, o “princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil”.

O mesmo entendimento vem sendo estampado por Mello (1993, p. 48-49), ao trazer que:

“Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração ‘é a *longa manus* do legislador’ e que ‘a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais’”.

Verifica-se, pois, e com solar clareza, que a administração é atividade subalterna à lei; que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente.

Como nos lembra o saudoso Meirelles (1993, p. 82-83, grifo nosso), “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

Trilhando o mesmo posicionamento, Mello (1993, p. 52) leciona que:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover os interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis”.

Os órgãos públicos, totalmente vinculados ao princípio da legalidade, têm quadro de pessoal organizado, escalonado em cargos e funções, que são ocupadas pelos servidores públicos concursados ou aqueles contratados em comissão, nos termos preconizados pela Constituição Federal.

Com efeito, as entidades estatais são livres para organizar o seu pessoal visando ao atendimento do interesse público, razão de sua existência, mas subordinam-se a regras fundamentais para tal. Interessa-nos

aquela atinente à observação de normas constitucionais pertinentes.

Quando organiza seu funcionalismo, a Administração Municipal cria, entre outros, cargos e funções. Cargo público, na definição de Meirelles (1993, p. 359, grifo nosso) “é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, *atribuições específicas* e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular”, sendo função “a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.

Não existe, na estrutura organizacional do ente público, cargo sem função, ou seja, a todas as pessoas são cometidas funções que fazem parte da estrutura administrativa.

A inserção desses adolescentes em funções que não demandam aprendizagem e exercendo as funções típicas de um servidor público municipal configura, claramente, burla ao princípio do concurso público e da moralidade, pois que impede a contratação de novos servidores para gerenciar a máquina administrativa. Esses adolescentes encontram-se substituindo, de forma barata, eventuais servidores públicos.

As atividades a serem desempenhadas pelos adolescentes nos entes públicos são exercidas por outros servidores públicos. Veja-se, por exemplo, quando se encarrega os adolescentes aprendizes de “entrega e coleta de correspondência, papéis, documentos e processos”; caracteriza-se essa como atividade de mensageiro (*office-boy*), não passível de aprendizagem, como bem observa Oliveira (apud CURY, 1992, p. 183):

“vulgarmente, e às vezes por conveniência, qualifica-se como aprendiz o adolescente que começa a trabalhar exercendo qualquer atividade que não comporte profissionalização, como a de *office-boy*, estafeta, mensageiro, empurrador de carrinho ou ensacador de compra em supermercado”.

Outro problema, decorrente da colocação de adolescentes em contratos de aprendizagem nos entes públicos, vem a ser o pagamento de taxas de administração para as entidades que capacitam os adolescentes para o ingresso no mercado de trabalho.

A Instrução Normativa nº 01, de 15.1.1997, publicada no DOU de 31.1.1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências, veda expressamente tal pagamento, *verbis*:

“Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

I – realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;”

Essa previsão legislativa se aplica, como estabelecido no artigo 1º, à “execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, que envolva a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade, ou de eventos com duração certa, será efetivada mediante a celebração de convênios ou destinação por Portaria Ministerial”.

Tal situação não passa despercebida ao Tribunal de Contas da União, que, em diversos acórdãos, tem-se pronunciado pela ilegalidade de tal pagamento, como ressaltado no Acórdão nº 962/2004-Plenário, que determinou, *verbis*:

“[...] suspender os pagamentos a título de taxa de administração ou similar a qualquer entidade conveniente, por estarem em desacordo com o inciso I do art. 8º da IN/STN 01/97, sendo tal suspensão imediata para quaisquer convênios e alcançando inclusive eventuais taxas incidentes sobre os

desembolsos relativos aos valores res-  
sórios de contratos de trabalho dos  
menores.”

Cabe ressaltar, por final, que a inobser-  
vância dessas disposições, nos termos do  
estabelecido em seu artigo 40, “constitui  
omissão de dever funcional e será punida  
na forma prevista em lei”.

Tal orientação também consta do Decre-  
to Estadual nº 45.038, de 4.7.2000, que alte-  
rou o modelo-padrão de Convênio constan-  
te do Anexo integrante do Decreto Estadual  
nº 44.143, de 27.7.1999, em sua cláusula 5.3,  
*verbis*:

“5.3. É vedado ao (Nome da Institui-  
ção):

5.3.1. contratar pessoas para funções  
ou atividades que não estejam nas  
normas da IN 001/97, Resolução 194  
do CODEFAT e normas do MTE que  
vierem a ser editadas em substituição;

5.3.2. utilizar os recursos em finalida-  
des diversas das estabelecidas no Pla-  
no de Trabalho, ainda que em caráter  
de emergência;

5.3.3. realizar despesas a título de taxa  
de administração, de gerência ou si-  
milar;”

#### 4. A proteção destinada às crianças e aos adolescentes

A legislação tutelar, destinada a crian-  
ças e adolescentes, remonta ao século XVIII  
e encontra sua origem nos países industria-  
lizados, em que se buscou vedar seu traba-  
lho em locais perigosos, insalubres, dimi-  
nuir a jornada de trabalho, entre outras nor-  
mas protetivas.

A preocupação com a preservação dos  
direitos das crianças, em decorrência de sua  
imaturidade física e mental, já foi objeto de  
deliberação da Organização das Nações  
Unidas – ONU, por meio da Declaração dos  
Direitos da Criança, de 1924, e da Declara-  
ção Universal dos Direitos Humanos. Nos  
vários Estatutos das agências especializa-  
das e organizações internacionais interes-

sadas no bem-estar da criança, encontramos  
o estabelecimento de princípios protetivos.

A Constituição Federal foi a primeira  
constituição a albergar em seu seio os prin-  
cípios da proteção integral destinada às cri-  
anças e adolescentes, mesmo antes da ado-  
ção pela Organização das Nações Unidas  
da Convenção sobre os Direitos da Criança  
pela Assembléia Geral de novembro de 1989.  
Ela enfoca o compromisso do Estado com  
os direitos da criança e do adolescente, des-  
tacando-se o papel concernente à família e  
à sociedade.

O epicentro da proteção integral desti-  
nada às crianças e aos adolescentes está no  
artigo 227, incluído por emenda popular,  
prescrevendo a Constituição Federal que:

“É dever da família, da sociedade  
e do Estado assegurar à criança e ao  
adolescente, com absoluta prioridade,  
o direito à vida, à saúde, à alimenta-  
ção, à educação, ao lazer, à profissio-  
nalização, à cultura, à dignidade, ao  
respeito, à liberdade e à convivência  
familiar e comunitária, além de colo-  
cá-los a salvo de toda forma de negli-  
gência, discriminação, exploração,  
violência, crueldade e opressão”.

A partir da adoção da doutrina da pro-  
teção integral, a atuação na área da criança  
e do adolescente deixou de ser assistencia-  
lista, merecendo uma releitura por meio da  
Constituição Federal, do Estatuto da Crian-  
ça e do Adolescente e da Lei Orgânica da  
Assistência Social para verificar se o pro-  
grama desenvolvido encontra guarita na  
nova legislação.

Antes da vigência da nova ordem cons-  
titucional, as crianças e os adolescentes  
eram considerados objetos de direito, mere-  
cedores de políticas assistenciais que lhes  
destinavam, apenas a partir do momento em  
que se encontravam no estado de patologia  
definido pelo Código de Menores.

A mudança de paradigma constituicio-  
nal elevou as crianças e adolescentes ao *sta-  
tus* de sujeitos de direitos, ou seja, todas as  
ações devem ser pautadas nas consequên-

cias do ato para eles – não mais podem ser tratados como objetos passivos de controle. Não se admitem programas assistencialistas apenas para gerar renda para os adolescentes. Os programas necessitam de um *plus*, “uma pitada de cidadania” para se enquadrar no novo conceito de trabalho.

“A Constituição de 1988 apontou para uma mudança no caráter do padrão brasileiro de proteção social, apontando para a possibilidade de uma transição do modelo meritocrático-particularista para um mais próximo do institucional-redistributivo, ou seja, para um padrão de proteção social mais igualitária e universalista” (COSTA apud CARVALHO, 2002, p. 35).

Na esteira do texto Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, promulgado pela Lei nº 8.069, de 13.7.1990, regula muitas das conquistas consubstanciadas pela Carta Magna em favor da infância e da juventude. O Estatuto introduz inovações importantes no tratamento dessa questão, sintetizando mudanças, deslocando a tendência assistencialista, prevalente em programas destinados ao público infante-juvenil, para o âmbito sócio-educativo, de cunho emancipatório.

O ECA redefiniu o conteúdo, método e gestão das políticas de atendimento à criança e ao adolescente, definidos agora como sujeitos de direitos.

As atividades desenvolvidas pelos adolescentes junto aos entes públicos não se caracterizam como aprendizagem, pois apenas substituem mão-de-obra que deveria ser contratada por concurso público.

O trabalho infantil é um fenômeno complexo, principalmente quando consideradas as contingências culturais, econômicas e sociais predominantes atualmente em nosso país.

A idéia prevalecente, no âmbito de nossa sociedade, consiste em manter o adolescente inserido no mercado de trabalho, como

forma de contribuir para o aumento da renda familiar e evitar seu ingresso na marginalidade.

O que os entes públicos necessitam realizar, dentro de suas atividades legais, é dotar as crianças e adolescentes de políticas públicas que os insiram e os mantenham na escola, de qualidade, para colocá-los no mercado de trabalho apenas após o seu amadurecimento e com mais possibilidades de manutenção do emprego.

### 5. A interpretação constitucional

Verifica-se, a princípio, um aparente choque entre as normas constitucionais do artigo 227, que prevê a primazia do atendimento do adolescente, com o artigo 37, que prevê o ingresso no serviço público apenas mediante concurso público, enumerando as hipóteses de exceção à regra e determinando a obediência aos princípios da moralidade e da legalidade.

Toda e qualquer interpretação constitucional deverá ser feita no cotejamento de todo o *corpus* constitucional perante o choque de princípios.

A interpretação dos princípios constitucionais segue parâmetros definidos pela hermenêutica, sendo oportuno trazer a definição de Ráo (apud MORAES, 2002, p. 22):

“A hermenêutica tem por objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nela contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhe subordinam.”

Portanto, faz-se necessário o cotejamento das normas de proteção à criança e ao adolescente com as demais normas constitucionais, ressaltando-se a necessidade de uma interpretação constitucional, em especial com relação aos direitos humanos mais latentes da comunidade.

Analisando a Constituição Federal, o saudoso mestre da Casa de Afonso Penna, professor Horta (1995, p. 239-240), aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, dizendo que:

“É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador, motivo pelo qual classifica-se de *Constituição plástica*”.

O ilustre constitucionalista português Canotilho (apud MORAES, 2002) enumera diversos princípios interpretativos das normas constitucionais, podendo ser elencados os seguintes:

- da unidade da Constituição: a interpretação deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpreta-

ção da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

- da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros;

- da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Para Moraes (2002, p. 25), esses princípios são perfeitamente complementados por algumas regras propostas por Jorge Miranda, podendo-se ressaltar que “a contradição dos princípios deve ser superada ou mediante a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios”.

A legislação ordinária garantiu aos adolescentes o ingresso, por cota de preenchimento obrigatório, em todos os *estabelecimentos comerciais*, em sentido amplo, conforme explanado, e, também, nos casos previstos no artigo 173 da Constituição Federal.

Caso o ente público da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Autarquias) queira atuar na aprendizagem, essa atuação será efetivada, por exemplo, mediante a criação de escolas técnicas, subvencionando entidades que promovam cursos de aprendizagem, alocando verbas na educação e saúde, desestimulando, assim, o ingresso precoce no mercado de trabalho.

Não há conflito entre as normas, posto que o artigo 227 tratou da proteção integral que deve ser dispensada às crianças e aos adolescentes *quando inseridos dentro das hipóteses legais de admissão ao emprego*, concernente ao direito público subjetivo de profissionalização e não exploração, ou mesmo quando se negligenciam seus cuidados.

Também, analisando-se a questão sob o ângulo do bloco de constitucionalidade, teremos a mesma conclusão, pois que a Constituição deve ser analisada como um todo e todo choque de princípios deve ser afastado.

Como já tivemos a oportunidade de escrever, entendemos que o bloco de constitucionalidade tem sua origem “na teoria do *Überrecht*, ou superdireito, como traduzido para o português, mas trazida para o âmbito do direito público, em suas análises não só sobre regras de colisão, mas fundamentalmente sobre suas regras de interpretação” (COELHO, 1994, p. 263).

Também constitui Superdireito o método das fontes e interpretação das leis, porque determina a formação de regras e o alcance lógico-conceitual e proposicional, bem como aquele conjunto de regras que dizem qual o momento em que entram em vigor.

O bloco de constitucionalidade está inserido naquele posicionamento que considera o parâmetro constitucional mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global. O bloco de constitucionalidade excede a constituição escrita, buscando os valores maiores, que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas.

Ressalte-se, contudo, que não existe hierarquia entre os “princípios de valor constitucional” em função de sua origem e que, em caso de contradição entre eles, devem ser conciliados, não se excluindo uns aos outros.

Não se pode atender a direito individual ante princípios de ordem pública que reclamem, de toda a coletividade, obediência e observância, sob risco de termos uma entropia sistêmica, que abalará toda a ordem jurídica.

Os entes privados, vinculados ao lucro, devem fornecer a sua parcela de contribuição, tendo sido criada para essa finalidade a cota de aprendizes, não se podendo colo-

car sob a responsabilidade do ente público mais essa obrigação.

Quando analisamos sob o enfoque da doutrina da proteção integral, devemos nos lembrar que o artigo 227 da Constituição Federal, cerne de seu entendimento, proclama ser dever da família, da sociedade e do Estado a proteção às crianças e adolescentes.

Dessa forma, entendo que a conciliação entre esses princípios, considerando-se a primazia da proteção integral e os princípios constitucionais da moralidade e legalidade administrativa, passa pela não contratação de aprendizes pelo ente público.

## 6. A decorrente improbidade administrativa

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência.

A colocação de adolescentes trabalhando junto aos entes públicos caracteriza-se como ato de improbidade administrativa, posto que se trata de uma infração ao princípio da legalidade.

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura da ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92, para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

Prevê a Constituição Federal, em seu § 4º do artigo 37, que:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos di-

reitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Também, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, caracteriza-se como ato de improbidade administrativa:

“Artigo 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, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercado-ria, bem ou serviço.”

Nos termos do artigo 2º da citada lei:

“Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Os agentes públicos são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos. Atentar contra os princípios jurídicos é muito mais grave do que violar regras, pois significa agredir todo o sistema, causando-lhe uma entropia que deverá ser corrigida.

Como bem salienta Fazzio Júnior (2001, p. 174):

“Os princípios constitucionais da Administração são fontes do ordenamento jurídico positivo; traçam as feições da Constituição nesse aspecto. Esta nada mais é senão sua anfitriã instrumental que, simultaneamente, informa o programa de Estado neles proposto e enuncia sua operatividade. Estão nela para serem aplicados, constituem seu núcleo emulador de validade”.

No mesmo sentido Rocha (1994, p. 50):

“Postos para serem determinantes de comportamentos públicos e privados, não são eles arrolados como propostas ou sugestões: formam o Direito, veiculam-se por normas e prestam-se ao integral cumprimento. A sua inobservância vicia de mácula insanável o comportamento, pois significa a negativa dos efeitos a que se deve prestar. Quer-se dizer, os princípios constitucionais são positivados no sistema jurídico básico para produzir efeitos e devem produzi-los”.

Ao admitir a contratação de aprendizes, ao arrepio da legislação, o administrador público viola o princípio da legalidade, posto que não há autorização legal para tal ato.

Além do mais, ao contratar adolescentes aprendizes por meio de entidades sem fins lucrativos, conforme previsão legal contida no artigo 430 da Consolidação das Leis do Trabalho, pagando-lhes taxa de administração, viola outras disposições legais, constituindo “omissão de dever funcio-

nal”, que deverá ser punida na forma da Lei de Improbidade Administrativa.

Necessário será, para que se possa caracterizar a improbidade administrativa, que se apure o dolo do agente público. Esse dolo, a intenção de burlar a legislação, mostrar-se-á nos atos do administrador público se o mesmo, por exemplo, tiver sido devidamente orientado quanto à irregularidade, seja mediante comparecimento em audiências administrativas do Ministério Público do Trabalho, seja por expedição de notificação recomendatória, ou mesmo pela apuração de irregularidades da administração pública quanto à contratação irregular de servidores, que demonstrarão o *animus* de burla à legislação.

### 7. Conclusões

O histórico de nossa aprendizagem profissional sempre esteve vinculado ao preenchimento de cotas nas empresas privadas, tendo sido criado para essa finalidade o Sistema Nacional de Aprendizagem, mantido pelas associações patronais. A nova legislação não alterou esse quadro regulatório, não tendo conferido aos entes públicos a possibilidade de contratação de aprendizes.

O princípio da legalidade e da moralidade, sempre presentes em nossas Constituições, prevêm a contratação apenas por meio de regular concurso público, bem como a obediência às normas prescritivas autorizadas de sua atuação. Como bem observa a doutrina, “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, não havendo espaço para atuação discricionária do administrador público.

É necessário romper a tradição assistencialista dos antigos textos legais para que se possa aplicar, em toda a sua extensão, a doutrina da proteção integral. É preciso que os entes públicos façam políticas públicas concretas voltadas para a criança e o adolescente, não apenas o mero assistencialismo de colocá-los dentro do serviço público, furtando de outros cidadãos a possibilida-

de de ingresso mediante regular concurso público, bem como frustrando a principal finalidade da aprendizagem, que é a preparação de mão-de-obra especializada para a empresa.

O pagamento de taxa de administração, procedimento adotado quando se utiliza da previsão contida no artigo 430 da Consolidação das Leis do Trabalho, viola as disposições do inciso I do art. 8º da IN/STN 01/97, do artigo 48 do Decreto nº 93.872, de 23.12.1986, bem como do Decreto Estadual nº 45.038, de 4.7.2000.

Sob qualquer ângulo em que se faça a interpretação constitucional dos princípios em análise, ver-se-á que não se pode privilegiar a aplicação de direitos individuais em detrimento de direitos públicos, sob pena de termos uma entropia da ordem jurídica, balizamento de toda a sociedade.

A contratação dos aprendizes pelos entes públicos, em detrimento dos princípios legais e constitucionais, poderá ocasionar a perda do cargo público do agente público pela inobservância das regras constitucionais da moralidade e da legalidade.

Pelas razões expostas, entendemos, S.M.J., que aos entes públicos não se reservou lugar para a contratação dos aprendizes, guardando a ordem constitucional outro lugar para estes – na formulação de políticas públicas que se podem voltar ao fomento de contratação pelas entidades privadas, desiderato da legislação.

### Referências

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O bloco de constitucionalidade e a proteção às crianças. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994.

\_\_\_\_\_. As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a lei n. 10.097/2000. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 150, p. 211-223, abr./jun. 2001.

- COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. As mudanças na agenda das políticas públicas no Brasil e os desafios da inovação. In: CARVALHO, Alysson et al (Coord.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CURY, Munir et al (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANTOS, Caio Franco. *Contrato de trabalho do adolescente aprendiz: a aprendizagem de acordo com a lei n. 10.097/2000*. Curitiba: Juruá, 2003.



# A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar

## Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade

Eduardo Fortunato Bim

### Sumário

1. Introdução. 2. A perda do mandato parlamentar: cassação *vs.* extinção. 3. Entraves epistemológicos ao controle jurisdicional dos atos de cassação por quebra de decoro parlamentar em nossa jurisprudência. 4. A inexistência da doutrina da insindicabilidade dos atos políticos ou de governo (*political question doctrine*) na cassação de mandato de parlamentar. 4.1. A sindicabilidade jurisdicional dos atos *interna corporis* do legislativo na Suprema Corte norte-americana (*Powell vs. Mc Comarck* e *Bond vs. Floyd*). 5. A sindicabilidade jurisdicional dos atos de cassação de mandato parlamentar: existência de direitos subjetivos em jogo. 6. A evolução da concepção sobre o decoro parlamentar nas Constituições brasileiras. 6.1. O decoro parlamentar como um conceito indeterminado (CF/67 e de 1946). 6.2. O decoro parlamentar como um conceito não tão indeterminado (CF/69 e de 1988): tipicidade constitucional. 7. A possibilidade de controle sobre a definição regimental dos atos indecorosos: inexistência de atribuição de cheque em branco ao legislador regimental. 8. Os limites da sindicabilidade jurisdicional do processo de cassação de mandato no direito constitucional brasileiro: tipicidade e proporcionalidade. 8.1. O exame da tipicidade: existência dos fatos e correta qualificação normativa. 8.2. O controle da proporcionalidade do ato de expulsão. 9. O ato indecoroso e o crime: incisos II e VI do artigo 55 da CF/88. 9.1. A influência da esfera penal na parlamentar. 10. A *ratio essendi* da quebra de decoro parlamentar e a inexistência do princípio da contemporaneidade: atos pré-mandato e os praticados fora da função parlamentar (art. 56 da CF). 10.1. A revogação da Súmula 4 do STF e a possibilidade de se cassar o parlamentar afastado para o exercício de cargos executivos (CF, art. 56). 11.

Eduardo Fortunato Bim é Advogado em São Paulo, SP.

A vedação da renúncia como instrumento de salvação da cassação do mandato e da inelegibilidade. 12. Conclusão.

## 1. Introdução

Em várias legislaturas, membros do Legislativo têm o seu mandato cassado por quebra de decoro parlamentar, fazendo surgir diversas questões jurídicas em torno do tema. Essas questões são relevantes porque o parlamentar vencido na esfera política geralmente tenta a perpetuação de seu mandato no Judiciário, invocando razões jurídicas para obstar o julgamento político de seus pares.

O conceito de decoro parlamentar foi definido em nosso direito constitucional somente na CF/1969, que imprimiu um caráter menos indeterminado a esse conceito. Paralelamente, alguns atos tidos como indecorosos são anteriores à vida de parlamentar ou são da legislatura antecedente; alguns são praticados quando o parlamentar se afasta do parlamento para assumir funções executivas (ministérios, secretarias etc.) ou quando tira simples licenças (CF, art. 56). Discute-se se em tais casos há a possibilidade de cassação do mandato por quebra do decoro parlamentar, uma vez que tais atos não foram praticados pelo parlamentar enquanto tal.

Como questão prejudicial, tem-se o fato de o Judiciário considerar o ato de cassação um ato exclusivamente político, logo, insindicação jurisdicionalmente pela aplicação da *political question doctrine*.

O propósito deste estudo é responder a tais questões e algumas que gravitam em torno dela, tais como a renúncia para evitar a cassação.

## 2. A perda do mandato parlamentar: cassação vs. extinção

A perda do mandato dos parlamentares está prevista no artigo 55 da Constituição e

pode ocorrer por *extinção* ou *cassação* (MELLOFILHO, 1984, p. 124). Uadi Lammêgo Bulos (2003, p. 770) define a *cassação* como “o ato que decreta a perda do mandato pelo cometimento de uma falta funcional, tipificada em lei e sancionada por ela.” José Afonso da Silva (2005, p. 539-540, grifo do autor), por sua vez, explica que *extinção do mandato* “é o perecimento do mandato pela ocorrência de fato ou ato que torna automaticamente inexistente a investidura eletiva, tais como a morte, a renúncia, o não comparecimento a certo número de sessões expressamente fixado (desinteresse, que a Constituição eleva à condição de renúncia), perda ou suspensão dos direitos políticos”.

A utilidade e razão da distinção reside na necessidade ou não de votação da Câmara ou do Senado para a perda do mandato do parlamentar e, *ipso facto*, na existência (cassação) ou inexistência (extinção) de juízo político do parlamento.

Para os casos de *cassação* (incisos I, II e VI do art. 55 da CF), há necessidade de votação secreta<sup>1</sup> pela maioria absoluta dos membros da casa, mediante a provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa. Nos de *extinção do mandato* (CF, art. 55, incs. III, IV e V), haverá apenas a *declaração da Mesa*, não votação secreta por maioria absoluta.<sup>2</sup>

Na cassação, a decisão tem natureza constitutiva; na extinção, meramente declaratória. Em ambos os casos, a Constituição assegura a ampla defesa ao parlamentar, o que não significa a admissão de advogado na tribuna, ficando tal matéria à disposição regimental.<sup>3</sup>

Na cassação de mandato, o parlamento move-se em duplo e cumulativo juízo: um objetivo (existência e enquadramento nas situações previstas nos incisos I, II e VI) e outro subjetivo (aprovação por maioria absoluta – típica questão política). Sem a existência de qualquer um deles, não há que se falar em cassação de mandato parlamentar.

Por último, ressalte-se o fato de que a Constituição vê ambas as formas de perda do mandato (cassação e extinção) em uma visão procedimentalista, uma vez que cita “processo que vise ou possa levar à perda” (CF, art. 55, § 4º). Essa visão procedimentalista também é usada na Constituição Finlandesa (seção 28, 3 e 4), uma vez que essa reconhece que a cassação do mandato por negligência essencial e reiterada dos deveres de parlamentar e por fato grave que demonstre a ausência de confiança e respeito necessários às funções inerentes ao cargo tem que ser previamente aprovada pelo *Comitê de Direito Constitucional* antes de ser votada por dois terços. No Brasil, a matéria é reservada ao regimento interno da casa legislativa, assim como nos EUA, no qual a Casa dos Representantes submete a resolução de expulsão à *House Committee on Standards of Official Conduct*.

### 3. Entraves epistemológicos ao controle jurisdicional dos atos de cassação por quebra de decoro parlamentar em nossa jurisprudência

Questão prejudicial ao tema deste artigo reside na possibilidade do controle jurisdicional dos atos de cassação; caso contrário, pouco adiantará qualquer especulação jurídica sobre a quebra de decoro parlamentar, porque não haverá nenhuma instância para controlar esse ato da casa legislativa, tornando-o incontestável.

Para avaliar a sindicabilidade do processo e do ato de cassação de mandato, faz-se necessário auscultar a doutrina da insindicabilidade das questões políticas. Os precedentes do Supremo que inadmitem a sindicabilidade do ato de cassação sob o prisma da ocorrência ou não da quebra de decoro parlamentar baseiam-se na impossibilidade de se controlar os atos *interna corporis* do Legislativo, por pertencerem unicamente à esfera de decisão do parlamento, sendo questões exclusivamente políticas.

Nos antigos Recursos em Mandado de Segurança nºs 8.893/SC (BRASIL, 1961, p. 72) e 10.141/CE (BRASIL, 1964, p. 4432) e nos recentes Mandados de Segurança nºs 21.861<sup>4</sup>, 23.529<sup>5</sup> e 23.388<sup>6</sup>, o Supremo entendeu que a cassação do mandato é uma questão política (*political question doctrine*) por caber exclusivamente ao parlamento, impossibilitando ao Judiciário conhecer sobre o mérito da cassação, ou seja, se houve ou não quebra de decoro parlamentar.

No pronunciamento mais recente de que se tem notícia (17 de agosto de 2005), o STF – pela decisão monocrática do Ministro Cezar Peluso no RE 382.344/SP (agravo regimental pendente) – manteve sua posição de somente analisar os aspectos formais do processo de cassação, confirmando a eluciativa decisão do STJ (BRASIL, 2002c, p. 112):

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEPUTADO ESTADUAL. PERDA DO MANDATO. MÉRITO. ATO INTERNA CORPORIS. REPRESENTAÇÃO. VALIDADE.

– No tocante ao aspecto meritório da penalidade aplicada, à valoração e ao acerto da decisão daquela Casa Legislativa, se efetivamente o recorrente é autor de procedimentos contrários à Ética e ao Decoro Parlamentar, na gradação suficiente para a medida disciplinar adotada, tenho que esta questão é de natureza unicamente política, *interna corporis*, sendo vedado ao Judiciário apreciar o recurso em tal direção. Resta, tão-somente, a esta Corte considerar o aspecto formal do processo de cassação, com a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

– A representação instaurada pela Assembléia Legislativa do Estado com a indicação de perda de mandato não precisa, obrigatoriamente, obedecer aos parâmetros do art. 41, do CPP, ou mesmo o art. 161, da Lei 8.112/90,

devido ater-se aos preceitos e regramentos insculpidos no diploma legal específico da Assembléia Legislativa, *in casu*, a Resolução nº 766, de 16 de dezembro de 1994.”

Alexandre de Moraes (2005, p. 416) entende da mesma maneira, aduzindo que, por tratar-se de ato disciplinar do parlamento, não compete ao Judiciário analisar a tipicidade da conduta nas previsões regimentais ou sob o acerto da decisão, “pois tal atitude consistiria em indevida ingerência em competência exclusiva de órgão do Poder Legislativo, atribuída diretamente pela Constituição Federal (CF, art. 55, §§ 1º e 2º), *sem prejuízo de qualquer recurso de mérito*”.

Registre-se, em um primeiro momento, não se tratar de jurisprudência restritiva por estar em causa a interpretação do regimento interno das casas legislativas, uma vez que a quebra de decoro está expressamente prevista na Constituição, sendo função do regimento simplesmente esclarecer o sentido constitucional.

Torna-se, portanto, imprescindível analisar a *political question doctrine* para entender a fundamentação das decisões do Supremo em relação à insindicabilidade dos atos de cassação de mandato.

#### 4. A inexistência da doutrina da insindicabilidade dos atos políticos ou de governo (political question doctrine) na cassação de mandato de parlamentar

Decorrente da teoria da separação de poderes, a *political question doctrine*, que poderia ser traduzida como da insindicabilidade jurisdicional das questões políticas, foi fruto da evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e constava nas Constituições de 1934 (art. 68) e de 1937 (art. 94) com idêntica redação: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

*Entende-se por questões políticas aquelas decorrentes dos atos políticos ou de governo.* Na classificação, que pressupõe a distinção

entre função política ou de governo da executiva, existem os atos políticos ou de governo ao lado dos atos administrativos. Ressalte-se que os atos políticos não são privilégios do Executivo, podendo ser editados pelos outros Poderes da República, embora nesses sejam menos frequentes.

Os atos políticos são aqueles mais diretamente ligados à condução política do Estado. Nos primórdios do desenvolvimento da doutrina dos atos de governos, dizia-se que estes eram insindicáveis pelo Judiciário *lato sensu* (o que inclui o contencioso administrativo para os países que o adotam). Aliás, essa foi a razão de sua criação. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 416), “a criação dessa categoria de atos objetivou justamente excluir uma série de atos, de caráter político, do controle da Justiça”. Régis Fernandes de Oliveira (1992, p. 35) também aduz que a criação dos atos políticos “objetivou excluir determinadas atitudes estatais, de caráter político, da apreciação pelo Poder Judiciário”. A tese separa os atos de administração dos políticos; estes extraem seu fundamento direto da Constituição, aqueles das leis infraconstitucionais; a discricionariedade destes é maior do que daqueles, uma vez que a Constituição é mais aberta.

Eduardo García de Enterría (1995, p. 56), em sua clássica obra *A Luta Contra as Imunidades do Poder no Direito Administrativo*, rechaça a tese da insindicabilidade dos atos de governo, *in verbis*: “Ao se insistir sobre a diferença qualitativa entre Política e Administração se está dizendo algo óbvio, mas é uma petição de princípio pretender arrancar desta diferença material uma diferença de regime jurídico.” Por isso, também John P. Roche, citado por Herman Pritchett (1968, p. 177), “atacou a doutrina das questões políticas taxando-a de ilógica, baseada em um raciocínio circular: ‘Questões políticas são problemas não solucionáveis pelo processo judicial; problemas não solucionáveis pelo processo judicial são questões políticas’”.

No Estado de direito, não podem existir círculos de poder imunes ao controle jurisdicional, uma vez que uma de suas características é a responsabilidade pelos atos estatais, corolário da República (ATALIBA, 1998); responsabilidade impossível sem o controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Prosegue Enterría (1995, p. 62) aduzindo que, excepcionalmente, os atos de relações internacionais estão isentos da apreciação judicial por serem autênticos atos políticos, como ocorre no direito inglês com os *acts of State*. Ele acredita, porém, que todos os demais pretendidos atos de governo, “sem exceção, são atos administrativos puros e simples, somente dotados de uma especial importância política (ordinariamente em sentido da luta política)”, alegando ser exatamente essa importância que justificaria a sua classificação, razão pela qual se exigiria a sua análise mais cuidadosa pela jurisdição, não havendo que se proclamar a sua isenção radical ante esta.

A configuração política de um ato não exclui seu caráter político, fazendo de seus defensores – coincidentemente os governantes cujos atos não querem que sejam examinados sob o acidental prisma da legalidade e constitucionalidade, principalmente quando causem dano ao direito individual dos cidadãos ou dos próprios entes da federação – autênticos sectários da doutrina da razão de Estado.

O que a doutrina da insindicabilidade dos atos políticos propugna é exatamente uma das formas de apologia das razões de Estado. Sob o pretexto de que o problema é político (argumento nunca bem compreendido), quer-se violar o direito ou a moral (argumentos sempre bem compreendidos nesses casos); e a melhor maneira de fazê-lo é excluindo o controle jurisdicional, deixando o poder sem controle.

Não por outro motivo – antes de relatar o desaparecimento da doutrina dos atos de governo do direito francês –, Eduardo García de Enterría (1995, p. 70) concluiu: “Se há

dito com justiça da doutrina dos atos políticos que ela constitui pura e simplesmente uma reminiscência da velha idéia da razão de Estado e do poder desta para subjugar em algum momento a justiça; este é justamente o título, *La survivance de la raison d’Etat*, do famoso livro de André Gros (Paris, 1932), e basta seu enunciado para condenar sua presença em um Estado de Direito que mereça esse nome”<sup>7</sup>.

No Brasil, fica clara a relação entre autoritarismo e razões de Estado vestidas sob o caráter da insindicabilidade das questões políticas quando no governo de Vargas – social, mas não tutelador das liberdades individuais – ambas as Constituições (CF/1934, art. 68, e CF/37, art. 94) vedavam ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

*Não se nega a existência, nos atos políticos (e também nos administrativos em sentido estrito), de uma zona de liberdade em que o Judiciário não pode substituir o órgão decisor (political question)*<sup>8</sup>; mas daí defender a insindicabilidade de maneira ampla e genérica é fazer apologia à doutrina da razão de Estado, inadmissível em um Estado de direito que faça jus a esse nome (Enterría), motivo pelo qual a doutrina nacional em peso rechaça a categoria dos atos políticos como atos insindicáveis.<sup>9</sup>

A seara da *political question doctrine* não é demarcada pela pura e simples insindicabilidade jurisdicional, sendo o círculo vicioso descrito por John P. Roche, mas pelas *questões que dizem respeito aos outros poderes (Legislativo e Executivo) ou ao eleitorado como um todo e que não tenham norma visivelmente aplicável ao caso* (CASTRO, 1999, p. 60; COELHO, 2004, p. 369; TRIBE, 2000, p. 367).

Não se pode entrar na discricionariedade do ato político, assim como também não se pode fazê-lo nos administrativos (embora essa discricionariedade possa ser controlada sob alguns aspectos). O que identificamos como razões de Estado não é a resistência contra a ingerência do Judiciário nessa

discrecionariedade – que nas questões políticas deu azo à genuína *political question doctrine* –, mas a tentativa de absolutizar essa zona de discrecionariedade do ato político, impossibilitando qualquer tentativa de controle jurisdicional. Afinal, ato político não pode ser confundido com ato arbitrário. Aceitar isso seria negar o Estado de direito porque este – nos dizeres de Jacques Chevallier (2003, p. 132) – implica que a liberdade dos órgãos estatais, em todos os níveis, enquadra-se na existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção judicial.

Rejeitando essa tentativa de alargamento das questões políticas, diversos autores norte-americanos criticaram-na, chegando uns, como os brasileiros, a propugnar a sua extinção pelo perigo que a sua existência encerra à liberdade. Bernard Schwartz (1966, p. 167) doutrinava: “‘Se admitirmos apenas uma exceção ao princípio da legalidade’, como um jurista francês [Duguit] acertadamente declarou, ‘não podemos saber aonde isto nos levará’... Admitir apenas uma exceção ao princípio da legalidade é dar o primeiro passo fatal na direção da doutrina alemã e dizer... com Jellinek: ‘O Estado está acima de toda e qualquer regra de lei.’” Louis Henkin (apud TRIBE, 2000) (*Is there a “political question” doctrine*), depõe Tribe (2000, p. 367), “como outros, tem criticado duramente a idéia de que existem partes da Constituição para as quais o judiciário deve ser cego”.

A *political question doctrine*, na sua feição absoluta, é muito bem explicada e refutada por Canotilho (2002, p. 1291, grifo do autor), em longo trecho que vale ser citado na íntegra:

“O princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas ‘questões políticas’, da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional. No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode

significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o *problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do ‘político’. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples ‘jurisdição política’, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição.”

Dizer que a cassação dos mandatos dos parlamentares é questão política, desautorizando o *judicial review*, ignora de forma cristalina o requisito negativo dessa doutrina: a ausência de norma diretamente aplicável ao processo de cassação (CF, art. 58, § 1º).

Reconhecer questão política no processo de cassação de mandatos ignora outros interesses vitais à democracia, como a liberdade de voto, pressuposto da soberania popular, e as eleições livres, que vão além da mera diplomação e posse. O poder de cassar o mandato deve ser controlado pelo Judiciário, porque não são apenas interesses do parlamento que estão em jogo, mas de toda a democracia, uma vez que expulsar parlamentares sem justa causa ameaça autorizar um poder sem controle sobre a vontade do eleitor e sobre a liberdade de eleição.

Inexiste motivo para que o Judiciário não julgue o ato de cassação do mandato, conclusão reforçada pela análise dos julgados da Suprema Corte norte-americana *Powell vs. Mc Comarck* e *Bond vs. Floyd*, como se verá.

4.1. *A sindicabilidade jurisdicional dos atos interna corporis do legislativo na Suprema Corte norte-americana (Powell vs. Mc Comarck e Bond vs. Floyd)*

A resolução de expulsão do parlamentar tem tratamento diverso de acordo com o sistema e a cultura constitucional vigente. Na Inglaterra, por exemplo, as cortes não analisam a legalidade da cassação do parlamentar, sustentando a doutrina daquele país que isso não é exatamente um problema, porque contra eventuais abusos do Parlamento existe a possibilidade de uma reeleição do parlamentar expulso, ou seja, não haveria inelegibilidade como resultado da expulsão (BRADLEY; EWING, 2003, p. 221).

Por outro lado, nos EUA, a possibilidade de análise judicial do processo de qualificação de seus membros foi expressamente admitida pela Suprema Corte. Exatamente a mesma corte que inaugurou a doutrina da insindicabilidade das questões políticas. A Constituição dos EUA admite que os parlamentares sejam julgados, em suas qualificações, pelos seus próprios membros. É o sistema de controle do processo eleitoral denominado *verificação de poderes*, praticado na França em 1588 como uma concessão do poder real e posteriormente consolidado na Inglaterra (GOMES, 1998, p. 24-25).

Nos Estados Unidos, distingue-se a expulsão da exclusão. A expulsão (*expulsion*) equivale ao ato incompatível por quebra de decoro parlamentar, ocorrendo por escrutínio de dois terços e por *disorderly behaviour*. Na exclusão (*exclusion*), corolário da verificação de poderes, nega-se ao eleito sua vaga no parlamento por votação majoritária (MASKELL, 2002, p. 3). Por causa da ausência de requisitos constitucionais do parlamentar-eleito para ocupar sua vaga no parlamento, a exclusão é hoje entendida como não sendo uma punição disciplinar (MASKELL, 2002, p. 4).

No caso *Powell vs. Mc Comarck* (1969), a Suprema Corte estadunidense decidiu que

o poder do Congresso de julgar os seus pares será limitado às qualificações previstas na Constituição, não havendo como ampliar o taxativo rol constitucional e nem que se falar em questão política. Muito embora, corretamente, o *Justice Douglas* tenha afirmado que o caso não se confunde com o da expulsão do membro por comportamento desregrado – *disorderly behaviour* (caso similar ao nosso decoro parlamentar) –, a conclusão que se extrai do caso é que esse ato *interna corporis* não é ilimitado e muito menos imune ao *judicial review* quando há previsão constitucional, ainda que vaga.

No caso *Bond vs. Floyd* (1966), a Suprema Corte norte-americana reconheceu-se apta a julgar caso de expulsão de parlamentar (Bond) da Casa de Representantes da Georgia por criticar a política do governo federal na Guerra do Vietnã. Ela declarou a expulsão inconstitucional por ofender a liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda à Constituição, que consistia em expressar-se contra a Guerra do Vietnã, não havendo que falar em incitação a condutas subversivas (lembrar que era o auge da Guerra Fria).

A diferença de regime do *judicial review* em relação aos atos políticos entre os EUA e a Inglaterra reside em uma série de fatores concatenados. Enquanto na Inglaterra tem-se a supremacia do Legislativo, nos EUA tem-se a supremacia da Constituição. Por tradição, a Inglaterra tem uma visão exacerbada da separação de poderes, fato incoerente nos EUA, no qual o Legislativo, como todos os poderes do Estado, submete-se ao império da Constituição. As semelhanças entre o sistema brasileiro e o norte-americano, mas não com o inglês, saltam aos olhos. Temos uma Constituição escrita e temos a supremacia da Constituição, que vincula todos os poderes do Estado<sup>10</sup>.

Não há que se falar em questão política ou em ato *interna corporis* para justificar a insindicabilidade jurisdicional do ato quando a Constituição dá as balizas para o jul-

gamento; como a brasileira fornece tal parâmetro no artigo 58, § 1º, a sindicabilidade é possível. No entanto, isso não significa dizer que o Judiciário pode substituir o parlamento, mas somente que, em princípio, a cassação é suscetível de controle jurisdicional.

##### 5. *A sindicabilidade jurisdicional dos atos de cassação de mandato parlamentar: existência de direitos subjetivos em jogo*

Como se viu, o problema da sindicabilidade do ato ou processo de cassação reside na existência da doutrina das questões políticas (*political question doctrine*), que não existe no caso não só por ter norma constitucional expressa, mas ainda por existirem direitos subjetivos lesados.

O Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 1998a, p. 209) realçou a possibilidade de os direitos dos parlamentares serem lesados enquanto tais:

“Há casos, entretanto, em que a violação de norma regimental pode, sim, a meu ver, violar direito subjetivo; não só de terceiros, de estranhos ao Congresso, mas, também, de membros do Congresso, que têm, como instrumentos do exercício do seu mandato, numerosos direitos-função que não lhes podem ser subtraídos, seja por violação de norma constitucional, legal ou regimental.”

No processo de cassação do mandato do parlamentar, estão em jogo seus direitos subjetivos; e quando existem direitos subjetivos em jogo, não há que se falar em *political question doctrine*. Por isso, a doutrina da insindicabilidade das questões políticas sofre críticas da doutrina e da jurisprudência de nossa Suprema Corte. Como entende o Supremo desde a década de 50:

“A tese de que as questões políticas escapam à apreciação judiciária tem de ser aceita em termos. Já na vigência das Constituições anteriores se

fixara o entendimento de que o que se exclui do conhecimento do Judiciário são os aspectos de conveniência e oportunidade do ato, *não os seus pressupostos constitucionais ou legais*. A Constituição vigente reforçou essa doutrina, ao dispor que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º).” (BRASIL, 1956, p. 3564, grifo nosso)

Recentemente, o STF voltou a se pronunciar sobre a questão, admitindo a sindicabilidade jurisdicional de questões aparentemente políticas quando em jogo direitos subjetivos (BRASIL, 1992b, p. 88; 1999a, p. 792; 1999b, p. 88). Carlos Velloso (BRASIL, 1999b, p. 51), no voto no MS 21.564/DF, é enfático quanto à inexistência de questão puramente política quando em jogo direitos subjetivos:

“Onde houver a alegação no sentido de que um direito subjetivo, público ou privado, está sendo violado, lá estará o juiz para curar a lesão. É certo que há atos de natureza puramente política, tanto do Congresso quanto do Executivo, que estão imunes ao controle jurisdicional. Todavia – a lição é velha, mas é atual, é a do maior constitucionalista brasileiro, é de Ruy –, ‘a violação de garantias individuais, perpetradas à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais.’”

Não discrepando desse entendimento, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1998a, p. 2001), ao votar no MS 22.494/DF, consignou:

“É da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos, não importando a origem da violação, aí sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional. A invocação do caráter *interna corporis* de determinados atos, cuja prática possa ofender direi-

tos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. Os círculos de imunidades de poder – inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo – não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulnerarem direitos públicos subjetivos.”<sup>11</sup>

Em nossa doutrina, não se passa diferente. Entende-se, desde Ruy Barbosa (1933), que não existe questão exclusivamente política quando se ferem direitos subjetivos de alguém. Depois de dizer que não existe nada mais artificial do que a distinção entre questões políticas e jurídicas, Ruy Barbosa (1933, p. 42) afirmou: “Quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com os interesses políticos de mais elevada monta.”<sup>12</sup> Mais recentemente, Pontes de Miranda (1960, p. 204), após listar algumas matérias que são consideradas como questões políticas, doutrinou com precisão:

“As espécies de que tratamos são as que comumente se apontam como excludentes do *judicial review*. Ora, não se podem enumerar casos, porque tais casos *ratione materiae* não existem. O que existe é a regra de competência. O que um Poder, Legislativo, Executivo ou Judiciário, faz – dentro de suas atribuições – vale, nos casos concretos; o que qualquer deles pratica fora das suas atribuições, ferindo direitos públicos e privados, a que correspondam ações ou exceções, é suscetível de ser considerado inconstitucional. Quando John Marshall dizia que as questões por sua natureza política nunca poderiam ser ventiladas na Corte Suprema, pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo. Onde a ‘questão política’ se liga a atos que violaram direitos, a

ação leva-a à Justiça e a Justiça pode dela conhecer. Já não é exclusividade política.”

Eduardo García de Enterría (1995, p. 62) afirma: “Proclamar a imunidade jurisdicional da Administração nessas matérias, assim genérica e imprecisamente chamadas políticas, implica nada mais nada menos do que consagrar que a Administração pode operá-las sem limite legal algum, inclusive atropelando os direitos mais elementares e mais óbvios dos cidadãos”. Por isso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 417), ao negar a sua existência sob a ausência de critérios científicos para a sua constatação, aduziu que, “no Estado de Direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.”

*Powell vs. Mc Comarck* (1969) é um típico exemplo de a negação da diplomação ou posse ao parlamentar ser questão sindicável pelo Judiciário porque há direitos subjetivos envolvidos, como nos casos de expulsão do parlamentar por quebra de decoro. Constata-se o mesmo em *Bond vs. Floyd* (1966), quando a Suprema Corte reconheceu sua jurisdição para declarar inconstitucionalidade da exclusão de Bond da Casa de Representantes da Geórgia por criticar a política do governo federal na Guerra do Vietnã.

Embora se referisse ao *impeachment*, a lição do Ministro Sepúlveda Pertence é aplicável ao processo de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar, uma vez que esse também se submete a uma *tipologia constitucional* mínima<sup>13</sup>, ou seja, a uma definição mínima dos atos indecorosos por parte da Constituição, conforme veremos no próximo item. Disse o Ministro do STF:

“(…) não excludo, por exemplo, que caiba ao Poder Judiciário a verificação da existência, em tese, da imputação de um crime de responsabilidade, dada a exigência constitucional, que é peculiar ao nosso sistema, de sua tipificação em lei, ainda que não ex-

clua a ampla discricionariedade e a exclusividade do juízo do Senado na concretização dos conceitos indeterminados da definição legal típica dos crimes de responsabilidade.” (BRASIL, 1999b, p. 58)

Posta a possibilidade do *judicial review* do processo de cassação de mandato por quebra de decoro, uma vez que há (i) direta disposição constitucional e também (ii) direitos subjetivos em jogo (os do parlamentar cassado ou em vias de sê-lo), atraindo a cláusula do artigo 5º, XXXV, da CF com toda a sua força normativa (princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais), vejamos a concepção de decoro parlamentar nas Constituições brasileiras.

#### 6. *A evolução da concepção sobre o decoro parlamentar nas Constituições brasileiras*

O parlamento tem o direito de punir e até expulsar os seus membros por conduta incompatível com o decoro parlamentar. Esse poder deriva da “compreensão de que, no universo da honra, a conduta desonrada não se esgota no indivíduo que a cometeu, mas compromete todo o coletivo a que ele pertence. Pois se um membro partilha da honra de seu grupo, e com este se identifica predominantemente, a sua desonra se reflete sobre a honra de todos. Havia, assim, uma honra coletiva a ser preservada, que encontrou expressão na noção de decoro parlamentar.” (TEIXEIRA, 1996, p. 112).

O decoro parlamentar serve para extirpar a maçã podre do parlamento, que compromete a imagem e abala a segurança e estabilidade das instituições, uma vez que a simples existência do Estado não é suficiente para acabar com a guerra de todos contra todos; somente a crença e o respeito nas instituições são capazes de fazê-lo. Nele reside uma defesa da instituição parlamentar. Miguel Reale (1969, p. 89), de maneira acertada, expõe a função de defesa do deco-

ro parlamentar, advertindo: “No fundo, falta de decoro parlamentar é a falta de decência no comportamento pessoal, capaz de desmerecer a Casa dos Representantes (incontinência de conduta, embriaguez, etc.) e falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente.”

O poder de legislar seria de pouca valia se não houvesse o poder de punir os membros por quebra de decoro ou desobediência às regras da casa (que precisam estar previstas no regimento para dar azo à cassação do mandato – CF, art. 58, § 1º). Quando um membro perde de tal maneira o senso de dignidade e dever do cargo de parlamentar, o parlamento cai na desgraça pela indecorosa conduta, sendo indispensável o poder de expulsão pela grave conduta ofensiva ao decoro; poder esse que é excepcional, constituindo o último dique de contenção da dignidade da instituição parlamentar. Na Inglaterra, Bradley e Ewing (2003, p. 220, tradução nossa) aduzem que “a expulsão é a última sanção disciplinar que a Casa pode exercer sobre seus membros”. Logo, esse poder punitivo tem natureza político-disciplinar (CAVALCANTI, 1952, p. 59; MORAES, 2005, p. 416).

Essa natureza disciplinar do processo de cassação tem uma importante consequência prática: o seu impulsionamento de ofício, salvo regra legal ou regimental em sentido contrário. Não pode o denunciante encerrar o processo sob o fundamento de querer retirar a sua denúncia. O processo disciplinar é indisponível, sendo apenas o impulso inicial exclusivo das pessoas arroladas no regimento do parlamento. A melhor analogia é com a ação penal pública e com a ação direta de inconstitucionalidade.

O poder de expulsar um membro não está reduzido a ofensas cometidas durante a sessão parlamentar (ou durante a legislatura)<sup>14</sup>, mas se estende a todos os casos nos quais a ofensa é tamanha que, a juízo da casa legislativa, desapropria-o de seus deveres parla-

mentares<sup>15</sup>. A imposição de decoro parlamentar é uma defesa do parlamento, razão pela qual a condição de parlamentar é a que importa, não a temporariedade ou qualidade do ato tido como indecoroso.

Tal poder não é uma exclusividade brasileira. Com maior ou menor diferença, outras Constituições também o prevêm. Por exemplo, na Constituição norte-americana (art. I, seção 5, cláusula 2), o comportamento incompatível com o decoro parlamentar é chamado de comportamento desregrado – *disorderly behaviour*; na Constituição argentina (1994), o artigo 66 fala em *desorden de conducta*; a Constituição Finlandesa (seção 28) preceitua negligência essencial e reiterada (*essentially and repeatedly neglects*) de seus deveres como parlamentar ou por acusação que demonstre a ausência de confiança e respeito necessários às funções inerentes ao cargo (“If the offence is such that the accused does not command the trust and respect necessary for the office of a Representative”).

O decoro parlamentar, em uma acepção não normativa, pode ser entendido como prática de atos que ferem a imagem do Parlamento, como violação de regras e mentira. Segundo os léxicos, decoro significa correção moral, compostura, decência, dignidade, nobreza, honradez, brio (DECORO, 1999, p. 611; DECORO, 2001, p. 922).

No entanto, essa concepção léxica do conceito de decoro não serve bem à Constituição, porque *houve uma alteração normativa na fisionomia do decoro parlamentar*. Conforme se verá, era um conceito indeterminado nas Constituições brasileiras até a Constituição de 1967. A partir da CF/69, foi alterada a sua natureza para imprimir-lhe o caráter de puro conceito legal, deixando-o menos indeterminado, muito embora tenha que se balizar ao limite semântico da expressão, ou seja, não se admite que qualquer ato seja tido por indecoroso, mas tão-somente aqueles que demonstrem um conteúdo mínimo de desonra ou descompostura.

### 6.1. O decoro parlamentar como um conceito indeterminado (CF/67 e de 1946)

As Constituições de 1946 e de 1967 dispunham sobre a perda do mandato por conduta incompatível com o decoro parlamentar de maneira genérica. Dizia o artigo 48, § 2º, da CF/46: “Perderá, igualmente, o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento seja reputado, pelo voto de dois terços dos membros de sua Câmara, incompatível com o decoro parlamentar.” Por sua vez, o artigo 37, II, da CF/67: “Perde o mandato o Deputado ou Senador: (...) II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;”.

Ambas não definiram o que se entenderia por decoro parlamentar, deixando uma ampla margem de discricção ao Legislativo sobre a extensão da expressão. Como os vocábulos da Constituição têm conteúdo semântico mínimo, o que se tinha – e ainda se tem, embora com o *plus* da tipicidade – era uma definição de decoro parlamentar como exposta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 330): “Entende-se por atentatório ao decoro parlamentar a conduta que fira os padrões elevados da moralidade, necessários ao prestígio do mandato, à dignidade do Parlamento.” Celso Bastos (1999, p. 243), por sua vez, doutrina: “O parlamentar deve ter conduta impecável, condizente com o prestígio da função que desempenha. O comportamento incompatível do congressista com os padrões éticos exigidos pela dignidade do Parlamento é causa bastante para a perda do mandato.”

Nesse quadro normativo, pode até parecer razoável que o STF se esquive de analisar a ocorrência ou não do decoro parlamentar por dizer que isso é uma questão política. Quem teria que dizer o que se entende por decoro seria a própria casa legislativa ofendida, não outro poder. Embora tal concepção infirmasse a força normativa da Constituição e ignorasse a doutrina da sindicabilidade dos atos políticos quando em jogo direitos subjetivos, ela não agredia

tão diretamente a Constituição quanto a sua aplicação agride hoje.

De qualquer maneira, frise-se que, se por um lado os conceitos indeterminados têm um núcleo mínimo de significado que não pode ser desprezado, por outro não se está perante uma *political question* quando se tem texto constitucional expresso que a resolução e a decisão não pertençam ao eleitorado como um todo ou exclusivamente aos poderes executivo ou legislativo (CASTRO, 1999, p. 60; COELHO, 2004, p. 369; TRIBE, 2000, p. 367).

6.2. *O decoro parlamentar como um conceito não tão indeterminado (CF/69 e de 1988): tipicidade constitucional*

Com o advento da EC 1/69, a situação normativa do decoro parlamentar foi modificada. Dispunha o artigo 35 da CF/69:

“Perderá o mandato o deputado ou senador:

(...) II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes; (...)

§ 1º Além de outros casos definidos no Regimento Interno, considerar-se-á incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas aos congressistas ou a percepção, no exercício do mandato, de vantagens ilícitas ou imorais.”

Cristalino é o fato de que a previsão constitucional (de 1969) dos atos incompatíveis com o decoro parlamentar era tipificada. Havia previsões de três tipos - expressão emprestada do direito penal - para os atos atentatórios ao decoro parlamentar.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1972, p. 230) afirmava que a CF/69 “restringiu o âmbito do decoro parlamentar. De fato, à luz deste parágrafo [§ 1º do art. 35], cumpre afirmar que não há infração ao decoro parlamentar apta a ensejar a perda do mandato, senão quando configurar ação ou omissão descrita como tal, na Constituição ou no regimento interno. Adotou-se, pois,

aqui, o rígido princípio da legalidade criminal”.

Na Constituição de 1988, manteve-se a tipificação constitucional do decoro parlamentar. Em seu artigo 55, § 1º, preceitua ser incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas<sup>16</sup>.

Percebe-se que existem três hipóteses constitucionais de quebra de decoro parlamentar:

(i) os casos previstos no regimento (a mais ampla de todas);

(ii) o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores; e

(iii) percepção de vantagens indevidas.

Quando a acusação do comportamento incompatível com o decoro parlamentar, seja no Senado, seja na Câmara dos Deputados, for formalizada, é preciso que ela, sob pena de ofensa à Constituição, descreva conduta prescrita em uma daquelas três hipóteses constitucionais. A maior amplitude acusatória certamente residirá nos regimentos internos e nos seus respectivos códigos de ética e decoro parlamentar (como no caso da Câmara dos Deputados, que instituiu o Código de Ética e Decoro Parlamentar como uma extensão do seu regimento interno)<sup>17</sup>.

Embora a Constituição exija uma tipificação dos atos indecorosos nos regimentos internos, o decoro parlamentar continua relativamente indeterminado em face da carga axiológica que ainda se pode nele inserir e da descrição aberta do tipo previsto no regimento. Carla Costa Teixeira (1996, p. 124) explica a razão da maior indeterminação do decoro: “O decoro parlamentar, como um código de honra, precisa se referir aos valores de uma época e de um grupo. Vem daí sua necessária imprecisão, sua natureza avessa à plena tradução em atos especificados juridicamente.”

O abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional seria o equivalente a abusar das imunidades outorgadas ao parlamentar para o bom e independente desempenho de seu cargo (BASTOS, 1999, p. 243). Ressalve-se que o exercício das imunidades não pertence tão subjetivamente ao próprio parlamento, podendo ser controlado se o parlamento não extrapolou na qualificação de indecoroso do regular exercício das imunidades.

Precisa a advertência de Miguel Reale (1969, p. 88): “Grave risco cercearia o regime democrático se ‘faltar ao decoro parlamentar’ viesse a significar, também, pretensos excessos praticados pelo parlamentar no exercício de seu dever de crítica e de fiscalização dos negócios públicos, a começar pelos da própria Casa a que pertence.” Não há que se falar em ato *interna corporis*, sendo perfeitamente admitido o controle judicial sobre o eventual abuso, como admitiram o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>18</sup> e a Suprema Corte norte-americana, que, no julgamento *Bond vs. Floyd* (1966), decidiu que a cassação do parlamentar por criticar a política do governo federal em relação à Guerra do Vietnã era inconstitucional por violar a liberdade de expressão, prevista na primeira emenda à Constituição norte-americana<sup>19</sup>.

A percepção de vantagens indevidas pode ser definida como qualquer benefício que o parlamentar receba, seja de particulares, seja do próprio Estado por meio de seus órgãos, sem título legítimo. A legitimidade da vantagem deverá ser aferida formal e substancialmente, sendo possível provar tal ilegitimidade pela via indiciária (desde que seja um feixe de indícios convergentes). Não se exige mais a contemporaneidade da percepção da vantagem indevida com o mandato, como ocorria com o regime constitucional de 1969. Vantagens indevidas auferidas antes do mandato ou fora dele são capazes de violar o decoro parlamentar, autorizando a cassação do mandato.

### 6.2.1. A questão do quórum de cassação como corolário da menor indeterminação do conceito de decoro parlamentar

Reforça a tese de que houve uma consciente tipificação constitucional dos atos tidos como incompatíveis com o decoro parlamentar a questão do quórum de cassação do mandato.

Na Constituição dos EUA, a inserção do quórum de 2/3 dos votos dos parlamentares ocorreu porque havia um receio de que as paixões políticas levassem grupos majoritários a cassarem colegas também eleitos pelo povo por motivos outros que não fosse o comportamento desregrado. Por isso, inspirados no sistema estadunidense (MAXIMILIANO, 1954, p. 75; REALE, 1969, p. 90-91), copiamos o seu quórum e o caráter aberto do conceito de decoro (“decoro parlamentar” aqui e “comportamento desregrado” lá) nas Cartas de 1946 e de 1967.

Quanto maior a indeterminação do conceito que autoriza a perda do mandato, mais elevado é o quórum para proteger a representação cristalizada no mandato dos caprichos da maioria. Isso não ocorre apenas na Constituição dos EUA, está presente na Magna Carta Finlandesa também. Nesta Constituição, na seção 28, há duas previsões abertas: a primeira consistente na negligência essencial e reiterada dos deveres de parlamentar (3), a segunda na acusação por fato que demonstre a ausência de confiança e respeito necessários às funções inerentes ao cargo (4). Em ambos os casos, o quórum de cassação é de maioria qualificada (2/3).

Com a *tipificação constitucional dos atos indecorosos* promovida pela Constituição de 1969 e seguida pela de 1988, a possibilidade de que paixões políticas no processo de cassação influenciassem em sua condução diminuiu sensivelmente, uma vez que as chances de arbítrio são remotas com um conceito de decoro parlamentar tipificado. Conseqüentemente houve uma redução do quó-

rum de cassação, que passou de 2/3 (CF/46 e 1967) para maioria absoluta (CF/69 e 1988).

Em suma, defender que há incontrolável âmbito de atuação e qualificação dos atos indecorosos aos parlamentares é *interpretação retrospectiva*, uma vez que “procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove em nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 2003, p. 71)<sup>20</sup>”. No atual sistema normativo (desde a Carta de 1969), os atos indecorosos são constitucionalmente tipificados, diminuindo o poder do parlamento para cassar o mandato baseado no inciso II do artigo 55 da CF.

### 7. A possibilidade de controle sobre a definição regimental dos atos indecorosos: inexistência de atribuição de cheque em branco ao legislador regimental

Definidos os atos tidos como atentados ao decoro parlamentar pelo regimento interno da casa legislativa, poderiam esses ser controlados pelo Judiciário? A questão é relevante porque esse é o único caso em que a Magna Carta delega a tarefa de definir os procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar ao regimento, de modo que, pela amplitude de tal delegação, a casa legislativa facilmente pode extrapolar seu poder delegado e prever atos manifestamente não-indecorosos como ofensivos ao decoro parlamentar.

As palavras da Constituição têm que ter um significado mínimo, sob pena de menosprezo a sua força normativa. Quando a CF/88 fala em decoro parlamentar, ainda que remeta a sua definição ao regimento, não o faz de forma ilimitada, *não passa um cheque em branco ao legislador regimental*. Ainda que haja amplitude na definição dos atos incompatíveis com o decoro parlamentar, não há como ignorar o conteúdo mínimo da expressão como algo que minimamente fira a dignidade, a imagem, a respeitabilidade do parlamento, sob pena de transformar-se a cas-

sação pela quebra de decoro em uma desculpa para revogar mandatos legitimamente conferidos pelo povo.

A teoria do cheque em branco ignora a força normativa dos vocábulos constitucionais, uma vez que o decoro parlamentar não pode ser encarado como uma desculpa qualquer para cassar o mandato parlamentar pela maioria; tal proceder compactua com a onipotência da maioria e com o arbítrio, violando diversos corolários do princípio democrático: proteção das minorias contra a maioria (TOCQUEVILLE, 1998, p. 289-305), contenção do arbítrio estatal<sup>21</sup> e preservação da representação, cristalizada no mandato outorgado pelo povo.

O mandato dado pelo povo não pode ser usurpado pela maioria parlamentar sem que estejam presentes as hipóteses constitucionais, o que não significa que o parlamento deva se intimidar com a gravidade da pena a ser aplicada. Por isso, faz-se necessário delimitar o conceito de decoro para que o regimento interno não preveja atos indecorosos que manifestamente não o são.

Celso Bastos (1999, p. 236) aduz que o conceito de decoro parlamentar não é tão amplo que abarque qualquer forma de imoralidade, mas tão-somente aquela que atente contra o prestígio do parlamento. São suas as palavras:

“O que parece certo é que o constituinte não quis encampar toda e qualquer forma de moralidade, mas apenas aquela cuja lesão possa depor contra o decoro parlamentar, ou seja, contra a nobreza, a dignidade, cuja degradação possa influir no próprio conceito do Parlamento. Por isso, Nelson de Souza Sampaio refere-se ao decoro como uma moralidade exterior ou expressão externa da honradez ou auto-respeito. Não se trata de coisas que se passam no foro íntimo de cada um, mas de comportamentos, de atitudes que, pelo seu caráter incompatível com o bom proceder de um

parlamentar, acabam por depor contra a própria reputação da instituição.”<sup>22</sup>

Rubem Nogueira (1993, p. 354) tem entendimento semelhante ao dizer que não é qualquer ato contrário à moral (ou ética) que autoriza a cassação do mandato parlamentar, mas o declarado incompatível com o decoro parlamentar.

Esse entendimento fica bem evidente em antigo pronunciamento do STF (RMS 2.319), da lavra do Min. Nelson Hungria (BRASIL, 1954, grifo nosso), que, após realçar a sindicabilidade judicial da cassação por quebra de decoro parlamentar, negando seu caráter puramente discricionário<sup>23</sup>, expôs:

“Não é exato que o reconhecimento dessa incompatibilidade atende a critério meramente subjetivo. Admitilo valeria por admitir, obliquamente, o arbítrio que a Constituição e a lei ordinária repelem.

*Não fica ao puro capricho da Câmara Legislativa esse reconhecimento, pois, de outro modo, qualquer atitude de um de seus membros, por mais alheia ao decoro parlamentar, poderia ser considerada ofensiva deste, com a mais intolerável desgarantia à função de representante do povo.*

O critério de apreciação há de ser, necessariamente, objetivo, isto é, tendo por base ‘id quod plerumque accidit’.

*A ofensa ao decoro parlamentar há de ser reconhecível segundo a opinião geral.”* (BRASIL, 1954, p. 891, grifo nosso).

Se essas afirmações deram-se em face da CF/46, quando o conceito de decoro era indeterminado, com tanto mais razão e de maneira mais rigorosa deve ser aplicável ao conceito de decoro parlamentar da CF/88, que agora é determinado, tipificado pela Magna Carta.

Deduz-se, dessa forma, que o ato indecoroso tem que ser imoral e ofender a digni-

dade do parlamento. Em regra, ninguém melhor do que o próprio Parlamento para saber quais os atos imorais que ofendem o seu decoro; por isso a delegação ao regimento interno. No entanto, tal poder tem limites no conteúdo semântico mínimo da expressão *decoro parlamentar*. Se a previsão regimental estiver em desacordo com o significado mínimo do decoro, ou seja, o ato manifestamente não for indecoroso, o Judiciário pode anular o processo de cassação, controlando a constitucionalidade do regimento interno de forma incidental (que não impossibilita, antes recomenda, o controle concentrado).

## 8. Os limites da sindicabilidade jurisdicional do processo de cassação de mandato no direito constitucional brasileiro: tipicidade e proporcionalidade

### 8.1. O exame da tipicidade: existência dos fatos e correta qualificação normativa

Em regra, o Judiciário não pode dizer se tal ato é ou não ofensivo ao decoro parlamentar, exceto e excepcionalmente se o ato não estiver enquadrado em uma das três hipóteses constitucionais ou ele estiver fora do conteúdo semântico mínimo da expressão constitucional *decoro parlamentar*. Estar fora do conteúdo semântico mínimo da expressão também é uma afronta à tipicidade porque pune ato que a Constituição não autoriza, já que ela não passou um cheque em branco ao parlamento na interpretação das duas condutas constitucionais que caracterizam os atos incompatíveis com o decoro parlamentar ou na previsão de outras no regimento.

A tipicidade dos atos indecorosos exige que, mais do que o enquadramento em alguma das hipóteses constitucionais, ela efetivamente deva ocorrer no mundo dos fatos. Não estão imunes ao controle os atos de cassação fundados em motivos inexistentes ou os que, embora fundados em motivos existentes, foram erroneamente qualificados.

Pensar diferente poderia levar à cassação de mandato não somente por atos in-existentes como por atos que não se enquadram em nenhuma das hipóteses constitucionais (acusação de um fato e qualificação por outro), o que se revela arbitrário, negando a essência do Estado de direito e abalando exatamente o fundamento das instituições que o parlamento alega defender ao proceder a cassação de mandato por quebra de decoro.

O parlamento não é tão senhor de si assim; não pode escolher quem permanece e quem vai ser cassado. Admitir isso seria negar o poder investido ao parlamentar pelos votos populares e ser conivente com perseguições políticas às minorias ou a desafetos da maioria parlamentar.

Não há como negar que o primeiro requisito para a instauração de um processo de cassação de mandato por quebra de decoro “é a existência de um ato que, por sua natureza, possa configurar, objetivamente, uma infração a um dever político determinado: quando não há qualquer correspondência lógica entre o *supedâneo fático* (para empregarmos expressões de Pontes de Miranda) e a norma constitucional invocada, o que surge, sob a aparência de um processo, é o abuso ou desvio de poder, como decorrência do puro querer da maioria.” (REALE, 1969, p. 91)

#### 8.2. O controle da proporcionalidade do ato de expulsão

Quanto à proporcionalidade da punição, o tema é mais delicado. Poderia o Judiciário medir a graduação da pena disciplinar imposta ao parlamentar? Em outras palavras, poderia entender o Judiciário que a pena de expulsão já imposta ou a ser imposta é desproporcional à conduta do parlamentar e anulá-la, ou o processo, ou mesmo substituí-la?

O controle da proporcionalidade é, em regra, vedado ao Judiciário. Embora a nossa Suprema Corte admita o controle da proporcionalidade das punições disciplinares

dos servidores públicos (BRASIL, 2005b, p. 13), a punição na esfera parlamentar é um pouco mais delicada. Os padrões punitivos de reprovabilidade são carregados de intensa paixão e sensibilidade política, contendo grande carga axiológica, constituindo área em que o Judiciário normalmente não tem a sensibilidade necessária para dosar a pena. Somente em casos excepcionais deve o Judiciário se ingerir na correção da intensidade da punição parlamentar.

Nessas hipóteses excepcionalíssimas, o Judiciário não deve substituir a pena aplicada pelo parlamento, mas declará-la desproporcional, determinando que a autoridade competente aplique outra que seja menos grave (BRASIL, 2000c, p. 293).

#### 9. O ato indecoroso e o crime: incisos II e VI do artigo 55 da CF/88

O fato indecoroso não precisa constituir crime, mas o sendo, não há óbice ao processo de cassação, ainda que tal fato seja objeto de investigação ou processo judicial, revestindo, por assim dizer, uma dupla tipicidade<sup>24</sup>.

Ives Gandra da Silva Martins (1994, p. 267) – em opinião legal, frise-se – deixou-se seduzir pelo argumento de que o fato de o ato tido como indecoroso ser capitulado como crime inibiria a cassação de mandato pelo inciso II do artigo 55 da CF/88, restando somente a possibilidade de cassação pelo inciso VI do mesmo artigo. Entendeu o jurista: “Se todo o ato considerado criminoso fosse também tido como atentatório ao decoro parlamentar, à evidência, o n. VI nunca poderia ser utilizado, na medida em que a sanção pretendida viria com a singela aplicação do n. II.”

Não faria sentido suprimir o poder disciplinar da casa legislativa exatamente nos casos mais graves, como são os crimes. O voto do Ministro Octavio Gallotti (BRASIL, 1992b, p. 794), no MS 21.443 foi categórico a esse respeito:

“Nem seria compreensível que, nas hipóteses presumivelmente mais graves de quebra de decoro (as coincidentes com tipos delituosos), a ação de disciplina da Câmara ficasse tolhida pela dependência e a espera não só da deliberação do Poder Judiciário, como da própria iniciativa do órgão do Ministério Público, em se tratando de crime de ação pública.”

Aceitar que a existência do crime – por ser causa autônoma de perda do mandato – impede a cassação por quebra de decoro alija o poder disciplinar do parlamento, confundindo a esfera político-disciplinar do parlamento com a judicial. Atos indecorosos podem ter descrição parecida com a de um crime, mas não preencher todos os seus pressupostos porque, não raro, as acusações são de crimes (nominalmente falando), mas os fatos se enquadram em descrições regimentais ou constitucionais que comumente não têm todos os elementos do crime. Agregue-se que, não raras vezes, pelo princípio da tipicidade em matéria penal, por questões processuais, por prazos prescricionais etc., o criminoso não é condenado ou o é muito tempo após o término da legislatura. Sustentar que atos indecorosos não podem ser criminosos é garantir a desonra do parlamento, deixando-o aleijado enquanto não transitar em julgado a condenação do processo judicial nos casos presumivelmente mais graves.

Ademais, a existência de crime não justificaria a impossibilidade da perda de mandato por quebra de decoro somente porque há disposição específica sobre o crime como causa autônoma.

Primeiro, porque não se sabe se o fato é realmente um crime, só quem poderá dizê-lo é o Judiciário, após processo em que forem observadas as garantias inerentes ao devido processo legal, não o Legislativo. Se o fato for crime, a causa da perda é outra que não a simples quebra de decoro, embora a descrição do fato seja a mesma. A qualificação que o Legislativo faz é diferente da

do Judiciário, embora em ambos os casos haja observância à tipicidade (da lei penal ou a da Constituição, seja direta ou indireta – regimento interno), mais intensa na seara criminal.

Em segundo lugar, o fato de o ato indecoroso constituir crime não poderia transformá-lo em salvo-conduto para o parlamentar faltoso, deixando o parlamento indefeso. Na interpretação das normas constitucionais, deve-se atentar para as exegeses que evitem o absurdo, bem como as que restrinjam a eficácia dos preceitos constitucionais. A previsão da perda do mandato por condenação criminal transitada em julgado tem a função de proteger o parlamento – não necessariamente o parlamentar – e não de prejudicá-lo. É que, além da perda do cargo público ser efeito secundário, embora não automático, da sentença criminal condenatória transitada em julgado (art. 92, I, do CP), ela também suspende os direitos políticos (CF, art. 15, III), levando, se não fosse o artigo 55, VI, à extinção do mandato do parlamentar. Em suma, com a previsão constitucional, a perda não é automática, dependendo da avaliação da casa parlamentar em um juízo político (processo de cassação) para averiguar eventuais danos à imagem da instituição.

### 9.1. A influência da esfera penal na parlamentar

Ao Legislativo interessa a prova do fato feita perante ele, que não se confunde com a sua prova ou qualificação judiciária. Iniludivelmente há uma independência das esferas cíveis, criminais e político-disciplinares.

Sabe-se que o julgamento da esfera penal, quando absolve por inexistência do fato ou da autoria (o que não se confunde com a ausência de provas sobre eles), impossibilita a ação cível *ex delicto*, bem como eventual punição disciplinar dos servidores públicos. Essa relação da jurisdição penal com a cível influenciaria a esfera parlamentar quando a sentença criminal reconhecesse a inexistência do fato ou da autoria?

Acredita-se que sim. Se na esfera disciplinar do Poder Executivo essa influência existe<sup>25</sup>, não haveria motivos para que ela não existisse na punição disciplinar parlamentar, que tem natureza político-disciplinar (BRADLEY; EWING, 2003, p. 220; CAVALCANTI, 1952, p. 59; MORAES, 2005, p. 416). Essa natureza política, agregada à disciplinar, não é uma palavra mágica para imunizar o juízo político. Alegar a separação de poderes seria argumento frágil porque no Executivo, que é tão Poder quanto o Legislativo, o STF reconhece a influência da jurisdição criminal.

Obviamente, essa influência somente advirá com o trânsito em julgado da decisão ou quando ela sair da esfera ordinária, indo para a especial. Assim não fosse, uma absolvição de um juiz de primeiro grau bastaria. De qualquer modo, o magistrado deverá ser cauteloso para ordenar – em processo próprio, não no criminal – a reintegração do parlamentar cassado pelo reconhecimento na sentença penal da inexistência do fato ou da autoria antes do trânsito em julgado. Embora haja perigo na demora para o parlamentar cassado, que não poderá assumir o cargo em virtude da cassação, também o há para o parlamento, cuja imagem continuará conspurcada e que não poderá processá-lo novamente, ficando inerte e esperando o resultado dos longos e prolatórios recursos da esfera criminal (que podem até caminhar para a prescrição). A análise, no processo administrativo ou judicial em que o parlamentar tentará a reintegração, dos motivos da absolvição no processo penal deve ser substancialmente crítica, evitando a sacralização do título absolutório penal que pode acabar absolvendo por uma causa do artigo 366 do CPP e escrevendo outra.

Efeito importante reside no cancelamento da inelegibilidade de oito anos estabelecida pela LC 64/90 (art. 1º, I, b), podendo tal cancelamento ocorrer por declaração da Justiça Eleitoral.

#### 10. *A ratio essendi da quebra de decoro parlamentar e a inexistência do princípio da contemporaneidade: atos pré-mandato e os praticados fora da função parlamentar (art. 56 da CF)*

Estabelecida a premissa de que o ato de cassação é sindicável – com limites – pelo Judiciário e que os atos indecorosos precisam se amoldar a uma das três hipóteses constitucionais de quebra de decoro parlamentar, investigue-se a possibilidade da cassação do mandato por quebra de decoro parlamentar quando o ato praticado precede ao mandato ou foi praticado pelo parlamentar afastado em uma das hipóteses do artigo 56 da CF/88.

Embora o TJSC tenha decidido (em caso de cassação de mandato de vereador) que a contemporaneidade entre os atos indecorosos com a legislatura em curso do mandato que se quer cassar deve existir, impossibilitando a cassação por ato anterior<sup>26</sup>, ela não existe. *Não se exige a contemporaneidade do ato indecoroso com o mandato a ser cassado.* A eleição não é uma borracha que expia os pecados do passado ou a sua potencialidade lesiva à imagem do parlamento.

Nos autos do MS 23.388, as informações do Presidente da Câmara dos Deputados são esclarecedoras a esse respeito:

“28. Dúvida inexistente, pois, que a quebra de decoro parlamentar afeta direta e imediatamente às Casas Legislativas, *transferindo* a má imagem do congressista indecoroso à própria instituição que integra.

(...) e o bem jurídico tutelado é a boa imagem ou, mesmo, a credibilidade que o Parlamento deve ter perante a Nação, como condição primeira para o eficaz exercício de suas funções institucionais.

30. Em assim sendo, considerando que a manutenção da imagem do Poder Legislativo não pode se ater a critérios exclusivamente cronológicos, ligados à duração das legislaturas,

pois a instituição parlamentar é permanente, tem-se também que o expurgo dos maus congressistas que conspurcam sua imagem *não deve se limitar à coexistência entre a prática dos atos indecorosos e o momento em que o poder censório da instituição faz operar seus efeitos.*

31. Destarte, nada obsta que Deputado, autor de atos atentatórios ao decoro parlamentar em determinada legislatura, possa responder a procedimento disciplinar destinado à perda de seu mandato em *legislatura subsequente, para a qual se restringiu; isto porque o dano à imagem do corpo legislativo, de ter no seu seio autor de fato indecoroso, persiste íntegro, independente da legislatura em que foi praticado aquele ato.*" (BRASIL, 2001b, p. 105)

Esse entendimento também foi acatado por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2001b, p. 209):

"(...) Sustenta-se que a cassação do mandato, para nova legislatura, fica restrita à hipótese de, no curso dessa legislatura, se verificarem condutas, dela contemporâneas, capituláveis como atentatórias do decoro parlamentar. (...) 6. Tese invocada, acerca da inexistência de contemporaneidade entre o fato típico e a competência da atual legislatura, que se rejeita."<sup>27</sup>

O rechaço da tese da contemporaneidade torna admissível, em nosso sistema jurídico, a cassação de mandato por ato indecoroso praticado antes da legislatura em questão, ainda que o parlamentar não o tenha praticado nessa qualidade, ou seja, ainda que ele estivesse licenciado do parlamento ou não fosse um parlamentar.

#### *10.1. A revogação da Súmula 4 do STF e a possibilidade de se cassar o parlamentar afastado para o exercício de cargos executivos (CF, art. 56)*

Argumento de certa forma superado pelo item anterior, mas que parece ter certa autonomia (lá, atos pré-mandato, aqui, atos fora

do mandato, da função parlamentar) e, *ipso facto*, merece ser refutado separadamente, é o de que não há possibilidade de cassar o mandato do parlamentar por atos que praticou quando assumiu cargos do Executivo, nos termos do artigo 56 da CF. Aduz-se que, por serem atos praticados na condição de secretário ou ministro de Estado, eles não poderiam ser tidos em conta para a quebra de decoro parlamentar, uma vez que o parlamentar não exercia as funções de parlamentar.

Ademais, a revogação da Súmula 4 do STF vem reforçar tal entendimento, na medida em que prevê: "Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado ministro de Estado." No Inquérito 104, ela foi revogada sob o argumento de que o parlamentar investido da função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade – material ou processual – pelo cometimento de crime no exercício da nova função (BRASIL, 1982, p. 477).

O argumento da revogação da Súmula 4 do STF pode ser assim resumido: se o parlamentar não pode invocar a imunidade, é porque não estaria ao abrigo do regime parlamentar constitucional, não podendo, conseqüentemente, faltar com o decoro parlamentar, parte integrante desse regime. Como se não fosse suficiente, punir por quebra de decoro o parlamentar investido em funções executivas quebraria o equilíbrio entre os poderes, ferindo a cláusula da separação de poderes (CF, art. 2º).

O argumento peca pela ausência de consistência, porque é somente o regime das imunidades o que não se aplica ao que está afastado do cargo de parlamentar para assumir funções executivas por ausência do exercício do mandato. A revogação da Súmula 4 do STF reconhece somente isso: sem exercício do mandato, sem imunidade. A ausência de proteção penal não significa que o parlamento perdeu o poder disciplinar sobre o membro licenciado em termos de decoro ou, em última instância, que o parlamen-

to não poderia ter a sua respeitabilidade maculada pelo membro licenciado ou afastado.

O fundamento do poder punitivo por atos incompatíveis com o decoro parlamentar está na maculação que o comportamento do parlamentar causa ou pode causar à dignidade da instituição parlamentar. Pouco importa se o parlamentar está ou não exercendo o mandato, estando afastado para assumir algum cargo executivo, em licença-saúde ou para tratar de interesse particular. A dignidade do parlamento pode ser maculada de qualquer maneira enquanto o parlamentar for um de seus membros, ainda que esteja afastado ou licenciado (CF, art. 56). Lapidares as palavras de Carla Teixeira (1996, p. 113):

“Na identidade parlamentar, o anonimato inexistente, seja enquanto ideal ou prática, pois a valorização do sujeito se dá a partir do seu pertencimento ao corpo de parlamentares; a pretensão/reconhecimento de uma imagem (prestígio e dignidade) é fundamental no desempenho de sua função; a condição de deputado federal integra todas as demais inserções sociais do sujeito (...) Pois é imprescindível à honra/decoro parlamentar que o sujeito tenha uma conduta digna em todas as circunstâncias da vida cotidiana: nas obrigações como pai, marido, filho, empresário/trabalhador, contribuinte e, por fim, representante político. Não é possível postular meia honra – em apenas uma esfera social –, pois a honra rejeita a fragmentação do sujeito; a honra é sempre pessoal.”

Admitir que o afastamento para assumir funções executivas exige do parlamentar de se comportar com decoro seria negar a própria condição de parlamentar, fato incoerente, uma vez que a Constituição fala em afastamento e não em renúncia do mandato ou aposentadoria compulsória.

O argumento do STF é claro: se os atos não foram praticados no exercício do man-

dato (que ainda existe), então não autorizam a imunidade parlamentar constitucional, que só serve para quem está exercendo as funções de parlamentar. Quem está no Executivo não exerce as funções de parlamentar, mas não perde o mandato, podendo ferir o decoro do parlamento, uma vez que ainda está vinculado ao parlamento. Não há que se confundir a imunidade com o poder disciplinar do parlamento.

Argumento que deve ser visto com cuidado é o risco de haver uma ingerência do Poder Legislativo, por meio do processo de cassação do mandato, na política do Executivo, ferindo a separação de poderes. Não existe a alegada interferência, uma vez que a política do Executivo estará a salvo, não havendo como o parlamento influenciar nisso. Se o parlamentar for cassado, a pena não atingirá o cargo executivo, uma vez que a cominação de inelegibilidade não alcança cargos de confiança – cargos não elegíveis por natureza. O Executivo continuará com o seu ministro ou secretário, se quiser, não havendo nenhuma interferência entre os poderes da República.

A Administração Federal é exercida pelo Presidente, sendo somente auxiliada pelos ministros, não havendo que se falar em ingerência em outro poder (CF, art. 84, II), principalmente atentando que, embora a nomeação seja prerrogativa do Presidente da República, na prática, ela é dividida com membros do Poder Executivo, legisladores, juízes e com representantes do setor privado, como bem observa Louis Fisher no presidencialismo norte-americano (FISHER, 1997, p. 22)<sup>28</sup>. Não menos verdadeiro é que, ainda que houvesse alguma ingerência, essa seria mínima e perfeitamente afinada com a separação de poderes na medida em que certa interferência entre os poderes faz parte do sistema de *check and balances*<sup>29</sup>.

Essa situação não se alteraria se os atos indecorosos praticados pelo Ministro de Estado fossem aqueles previstos na sua competência constitucional (CF, art. 87) ou infraconstitucional. O ato praticado nas fun-

ções institucionais dos Ministros ou Secretários pode ser enquadrado como ato incompatível com o decoro parlamentar desde que eles estejam naquele mínimo constitucional semântico do conceito de ato indecoroso e sejam tipificados pelo regimento ou se enquadrem em uma das hipóteses constitucionais.

As esferas cíveis, criminal e administrativa não se confundem porque os bens que elas protegem são distintos, exigindo formas jurídicas diferenciadas para essa tutela. Como as esferas de responsabilidade do Legislativo (quebra de decoro) e do Executivo (crimes de responsabilidade) são distintas, elas necessitam de formas diversificadas para a sua proteção, ensejando a possibilidade de punição por atos que estejam elencados no artigo 87 da CF, desde que respeitada a tipicidade constitucional dos atos indecorosos e de seu mínimo semântico. O argumento parece levar à impossibilidade da punição dos atos indecorosos praticados no exercício dos poderes conferidos aos Ministros ou Secretários de Estado por ofensa à separação de poderes, mas esquece o importante: não importa com base em que o ato indecoroso foi praticado, na maioria dos casos sempre haverá alguma desculpa legal e/ou constitucional para a sua prática, o que importa é a tipicidade e sua real lesividade (ainda que potencial) ao decoro do parlamento. Certamente o Judiciário deve controlar a tipicidade do ato (existência e qualificação do fato) e a sua compatibilidade com o mínimo semântico do conceito constitucional de decoro parlamentar para saber se não há um desvio de poder na utilização dessa sanção disciplinar.

Por último, deixe consignado que o parlamentar licenciado não precisa retornar à casa legislativa para que possa ser cassado por quebra de decoro. Ainda que licenciado, submete-se ao processo de cassação de mandato por quebra de decoro porque a imagem do parlamento continua passível de conspurcação. Esperar o parlamentar licenciado retornar pode causar ainda mais danos à imagem da instituição parlamentar.

### 11. *A vedação da renúncia como instrumento de salvação da cassação do mandato e da inelegibilidade*

Por último, não se poderia deixar de abordar o § 4º do artigo 55 da Constituição Federal e o Decreto Legislativo 16/94.

Com o caso dos *anões do orçamento*, em que os parlamentares acusados de manobrar o orçamento tinham o pedido de cassação pronto, mas não foram cassados porque renunciaram aos seus cargos antes da votação, o Congresso aprovou o Decreto Legislativo 16, de 24/3/1994, estabelecendo que a renúncia do parlamentar ficaria sujeita a uma condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluísse pela perda do mandato. Dispõe o seu artigo 1º:

*“A renúncia de parlamentar sujeito a investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo ou que tenha contra si procedimento já instaurado ou protocolado junto à Mesa da respectiva Casa, para apuração das faltas a que se referem os incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, fica sujeita a condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato.*

*Parágrafo único. Sendo a decisão final pela perda do mandato parlamentar, a declaração da renúncia será arquivada.”*

Ficou evidente a intenção do legislador de evitar que se repetisse a impunidade do caso dos *anões do orçamento*, protegendo a imagem do Congresso e mantendo ativo o seu poder disciplinar. Ademais, aprovou-se também uma emenda à Constituição, inserindo o § 4º ao artigo 55, *in verbis*:

*A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.*

Embora Alexandre de Moraes (2005, p. 417) entenda que houve uma constitucionalização do Decreto Legislativo 16/94, a questão merece maiores desenvolvimentos, porque tal decreto é mais rigoroso que a Lei Maior.

Enquanto o decreto legislativo fala em “parlamentar sujeito a investigação” ou “que tenha contra si procedimento já instaurado ou protocolado junto à Mesa”, a Constituição fala em “parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato”. Pela Constituição, haveria a necessidade de processo instaurado; pela redação do Decreto Legislativo, o simples protocolo junto à Mesa seria suficiente. Mas o Decreto não pára por aqui: *preceitua que a simples investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo é suficiente para suspender os efeitos da renúncia* (“sujeito a investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo”).

O que precisa ficar claro é o momento em que se inicia a suspensão do pedido de renúncia ao mandato. Para precisar tal momento, urge analisar as relações entre o Decreto Legislativo 16/94 e a Constituição. A inserção do § 4º ao artigo 55 revogaria a norma constante do Decreto Legislativo 16/94? Existe a possibilidade de ambas as normas conviverem?

A questão afigura-se fundamental porque, se houver uma renúncia inválida e a cassação se confirmar, haverá inelegibilidade por oito anos (LC 64/90, art. 1º, I, b), possibilitando ao parlamentar que renunciar para evitar a inelegibilidade sofrer ação de impugnação de registro de candidatura.

Preliminarmente, é preciso ressaltar que a função do Decreto Legislativo é regular as relações internas do Congresso, motivo pelo qual não precisa de sanção do Executivo. Logo, ele teria condições de determinar a suspensão da renúncia para evitar impunidades, acarretando a inelegibilidade nos termos da LC 64/90 (art. 1º, I, b).

Outra questão que se afigura é a relação entre a Constituição e o Decreto Legislativo. Poderia o Decreto Legislativo estabelecer

norma mais restritiva que a Lei Maior, convivendo ambos os preceitos normativos? Acredita-se que sim. Somente seria inadmissível a regulamentação diferente da forma prevista na Constituição se ela quisesse esgotar a matéria, o que não é o caso. Embora a Emenda Constitucional seja posterior ao Decreto, não se vê elementos para dizer que ela é exaustiva, fechada (*numerus clausus*), impossibilitando prescrições mais restritivas por instrumentos infraconstitucionais. A inserção do § 4º ao artigo 55 da CF tem o mérito de tirar das maiorias eventuais um núcleo duro da sistematização da matéria – a suspensão da renúncia enquanto o parlamentar estiver submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato –, mas não impede a sua normatização mais restritiva nas esferas parlamentares federal, estadual e municipal.

No caso do Congresso Nacional, vale o Decreto Legislativo 16/94. Nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, aplica-se o § 4º, artigo 55, da CF/88 caso não haja regulamentação diversa e mais restritiva, uma vez que a Constituição Federal é o limite mínimo e não máximo, podendo as casas parlamentares, fruto de sua autonomia, dispor de maneira mais restritiva.

Deixa-se um último questionamento quanto à possibilidade de o parlamentar requerer aposentadoria para escapar do processo de cassação, uma vez que a cassação da aposentadoria de servidores públicos é constitucional, ainda que os benefícios previdenciários assumam caráter contributivo (BRASIL, 2005a, p. 4), não havendo que se falar em violação ao ato jurídico perfeito (BRASIL, 2002a, p. 629; 2002b, p. 161) ou a uma proibição de *bis in idem* (BRASIL, 2002a, p. 629). Se a pena disciplinar de cassação da aposentadoria para o servidor público será aplicada quando o inativo houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão (Lei 8.112/90, art. 134), é de se perguntar se não se aplicaria o mesmo regime (ainda que com fundamento unicamente constitucional, como ocorre com o

prossequimento do *impeachment* nos EUA, mesmo depois da renúncia do Presidente) (TRIBE, 2000, p. 157-158) ao parlamentar cassado, uma vez que ele, de certa forma, também é um servidor federal, embora na categoria agente político.

## 12. Conclusão

A análise judicial do processo de cassação de mandatos não esbarra na insindicalidade da questão puramente política. A doutrina da questão política (*political question doctrine*) propugna, de forma geral, que o Judiciário não pode se imiscuir em assuntos decididos pelos outros poderes quando a decisão é atribuída a outro poder ou ao eleitorado como um todo e não há parâmetro constitucional. Não é, entretanto, o que ocorre na cassação dos mandatos dos parlamentares. Embora a questão seja de competência de outro poder (Legislativo), tem claro parâmetro constitucional: o § 1º do artigo 55 da Magna Carta. Derrubando o mito de que o julgamento pelo parlamento da qualificação de seus pares seria uma questão política ou *interna corporis*, a Suprema Corte norte-americana (*Powell vs. Mc Comarck*) entendeu inválida a desqualificação de um parlamentar (Powell) pelo Congresso porque os motivos alegados excederam as possibilidades constitucionais. Embora o julgamento refira-se ao sistema de controle eleitoral chamado *verificação de poderes*, no qual o próprio Legislativo cuida da regularidade das eleições, o tema refuta a aplicação da *political question doctrine* nos julgamentos feitos pelo Legislativo, refutando a pretensa imunidade da decisão somente por se caracterizar um ato *interna corporis*.

Ademais, a doutrina – desde Ruy Barbosa – e a jurisprudência do Supremo são unânimes em não reconhecer a aplicabilidade da *political question doctrine* quando em jogo lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e – acrescenta-se – coletivos. Indubitavelmente os direitos do parlamentar sujeito à cassação de seu mandato têm

um direito subjetivo em jogo, afastando a insindicalidade jurisdicional.

Por um motivo e/ou pelo outro, é perfeitamente sindicável o processo de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar pelo Judiciário. O Poder Judiciário não pode lavar as mãos quanto à análise do processo de cassação do mandato do parlamentar.

O decoro parlamentar não é mais um conceito tão indeterminado quanto nas Constituições de 1967 e de 1946, quando era um puro conceito indeterminado, uma vez que elas somente falavam em decoro parlamentar, não dando mais nenhuma baliza para a descoberta do conceito, deixando amplíssima margem de liberdade ao Legislativo. No entanto, nas Constituições de 1969 e na de 1988, o conceito de decoro sofreu uma mutação normativa; ficou mais preciso, sendo constitucionalmente tipificado. Essas Constituições definiram o que se entenderia por quebra de decoro. O atual § 1º do artigo 55 da Lei Maior preceitua que os atos incompatíveis com o decoro parlamentar são aqueles que: (i) são definidos no regimento, (ii) abusam das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou (iii) consistem em percepção de vantagens indevidas.

O atual sistema normativo preceitua que o decoro parlamentar *tem* que estar definido no regimento ou consistir em atos caracterizadores de abuso das prerrogativas asseguradas aos parlamentares ou em percepção de vantagens indevidas, aquelas que contrariam o direito. Sem a subsunção do ato tido como incompatível com o decoro parlamentar às definições constitucionais, ainda que indireta, no caso da previsão regimental, impossível a cassação de qualquer parlamentar sob a luz do inciso II do artigo 55 da CF/88. Existe, dessa forma, uma *tipicidade constitucional* dos atos indecorosos perfeitamente controlável pelo Judiciário.

Por sua abrangência praticamente ilimitada, faz-se necessário especificar a previsão dos atos indecorosos no regimento in-

terno da casa parlamentar. Quando a CF/88 fala em decoro parlamentar, ainda que remeta a sua definição ao regimento, não o faz de forma ilimitada, *não passa um cheque em branco ao legislador regimental*. Embora haja amplitude na definição dos atos incompatíveis com o decoro parlamentar, não há como ignorar o conteúdo mínimo da expressão como algo que minimamente fira a dignidade, a imagem ou a respeitabilidade do parlamento, sob pena de transformar a cassação pela quebra de decoro em uma desculpa para revogar mandatos legitimamente conferidos pelo povo. A teoria do cheque em branco ignora a força normativa dos vocábulos constitucionais, uma vez que o decoro parlamentar não pode ser encarado como uma desculpa qualquer para cassar o mandato parlamentar pela maioria; tal proceder compactua com a onipotência da maioria e com o arbítrio, violando diversos corolários do princípio democrático: proteção das minorias contra a maioria, contenção ao arbítrio estatal e preservação da representação do parlamentar eleito.

A tipicidade constitucional dos atos indecorosos exige mais do que o enquadramento em alguma das hipóteses constitucionais; ela efetivamente deve ocorrer no mundo dos fatos. Não estão imunes ao controle os atos de cassação de mandato fundados em motivos inexistentes ou os que, embora fundados em motivos existentes, foram erroneamente qualificados. Outro controle, excepcionalíssimo, que o Judiciário pode fazer é sobre a proporcionalidade do ato de cassação. Tal faculdade deve ser usada com mais cautela que o exame da tipicidade, porque será a sensibilidade do parlamento, certamente influenciada pelas repercussões do ato, que dirá se o ato típico (e existente no mundo dos fatos) deve levar ou não a cassação. Nessas hipóteses excepcionalíssimas, o Judiciário não deve substituir a pena aplicada pelo parlamento, mas declará-la desproporcional, determinando que a autoridade competente aplique outra que seja menos grave.

Não existe a impossibilidade de se cassar um mandato por ato incompatível por quebra de decoro quando esse for um crime. Não faria sentido deixar os casos mais graves de ausência de decoro condicionados ao trânsito em julgado de uma sentença criminal. Além da demora, há outras questões que podem levar à absolvição do parlamentar, como a prescrição. Sustentar a inexistência da cassação por quebra de decoro nesses casos é alijar o parlamento do direito de defesa de sua respeitabilidade, honra, decoro. Tal posição é inadmissível também porque não se sabe se o fato é realmente um crime, embora seja enquadrado como ato incompatível com o decoro; só quem poderá dizê-lo é o Judiciário. A qualificação que o Legislativo faz é diferente da do Judiciário, ainda que em ambos os casos haja observância à tipicidade: da lei penal ou a da Constituição, seja direta ou indireta – regimento interno. Depois, o fato de o ato indecoroso constituir crime não poderia transformá-lo em salvo-conduto para o parlamentar faltoso, deixando o parlamento indefeso. A previsão da perda do mandato por condenação criminal transitada em julgado tem a função de proteger o parlamento – não necessariamente o parlamentar – e não de prejudicá-lo. É que, além da perda do cargo público ser efeito secundário, embora não automático, da sentença criminal condenatória transitada em julgado (art. 92, I, do CP), ela também suspende os direitos políticos (CF, art. 15, III), levando, se não fosse o artigo 55, VI, automaticamente à extinção do mandato do parlamentar. Essa cláusula evita a perda automática, mantendo na esfera parlamentar a avaliação dos danos à imagem da instituição no juízo político que é o processo de cassação.

Questão relacionada ao processo criminal pelo mesmo fato, ainda que a qualificação dada pelo parlamento seja nominalmente diferente da criminal, é a da influência do julgamento penal na esfera parlamentar. Sabe-se que a inexistência de fato ou de autoria na esfera penal tem efeitos na esfera

disciplinar e até mesmo na cível. A pergunta residiria nisso: haveria essa influência da esfera penal no disciplinar-parlamentar? Acredita-se que sim. Se a sentença penal transitada em julgado der o fato por inexistente, o parlamentar cassado pode requerer, judicial ou administrativamente, a sua reintegração ao cargo, se isso ainda for possível, ou seja, se estiver na mesma legislatura. Outro efeito seria o de cancelar a inelegibilidade de oito anos estabelecida pela LC 64/90.

Não existe o *princípio da contemporaneidade* dos atos indecorosos com a legislatura em que o parlamentar exerce seu mandato. Por esse princípio, somente os atos praticados na legislatura autorizariam a cassação do parlamentar; atos pré-mandato não poderiam ser atos indecorosos para fins de cassação de mandato. Felizmente, o STF (MS 23.388) reconheceu a inexistência desse princípio, que poderia prejudicar a função de defesa da respeitabilidade que exerce a vedação de atos incompatíveis com o decoro parlamentar.

Desdobramento do *princípio da contemporaneidade* é a possibilidade de cassação dos parlamentares afastados por estarem de licença prevista no artigo 56 da CF/88. Os defensores do princípio da contemporaneidade aduzem que os atos praticados na condição de secretário ou ministro de Estado, os praticados quando em licença-saúde ou para tratar de motivo particular não poderiam ser tidos em conta para a quebra de decoro, uma vez que o parlamentar não exercia as funções de membro do Legislativo. Sempre que o parlamentar estivesse licenciado pelos motivos elencados no artigo 56 da CF/88, haveria a impossibilidade de cassá-lo. Usam em reforço de sua tese a revogação da Súmula 4 do STF, cujo argumento pode ser assim resumido: se o parlamentar não pode invocar a imunidade, é porque não estaria ao abrigo do regime parlamentar constitucional, não podendo, conseqüentemente, faltar com o decoro parlamentar, parte integrante desse regime. Haveria, ainda, violação à cláusula da separação de

poderes (CF, art. 2<sup>ª</sup>) quando a punição recaísse sobre o parlamentar licenciado para assumir cargos executivos.

Os argumentos pecam pela ausência de consistência, porque é somente o regime das imunidades que não se aplica ao que está afastado do cargo de parlamentar para assumir funções executivas. A revogação da Súmula 4 do STF reconhece somente isso. A ausência de proteção penal não significa que o parlamento perdeu o poder disciplinar sobre o membro licenciado em termos de decoro ou, em última instância, que o parlamento não poderia ter a sua respeitabilidade maculada pelo membro licenciado.

O fundamento do poder punitivo por atos incompatíveis com o decoro parlamentar está na maculação que o comportamento do membro causa ou pode causar à dignidade da instituição parlamentar. Pouco importa se ele está ou não exercendo o mandato, estando afastado em cumprimento ao artigo 56 da CF. A dignidade do parlamento pode ser maculada de qualquer maneira enquanto o parlamentar for um de seus membros, ainda que esteja afastado ou licenciado (CF, art. 56). Admitir que o afastamento para assumir funções executivas exime o parlamentar de se comportar com decoro seria negar a própria condição de parlamentar, fato inóceno, uma vez que a Constituição fala em afastamento e não em renúncia do mandato ou aposentadoria compulsória.

O argumento do STF é claro: os atos não foram praticados no exercício do mandato (que ainda existe), então não autorizam a imunidade constitucional, que só serve para quem está exercendo as funções de parlamentar. Quem está no Executivo não exerce as funções de parlamentar, mas não perde o mandato, podendo ferir o decoro do parlamento, uma vez que ainda está a ele vinculado.

Argumento que deve ser visto com cuidado é o risco de haver uma ingerência do Poder Legislativo, por meio do processo de cassação do mandato, na política do

Executivo, ferindo a separação de poderes. Não existe a alegada interferência. Se o parlamentar for cassado, a pena não atingirá o cargo executivo, uma vez que a cominação de inelegibilidade não alcança cargos de confiança.

Instigante é a relação entre o preceito constitucional constante no § 4º do artigo 55 e o Decreto Legislativo 16/94, ambos suspendendo a renúncia do parlamentar até que seja finalizado o processo de cassação. A diferença entre ambos reside no termo *ad quem* para a suspensão da renúncia. Pela Constituição, haveria a necessidade de processo instaurado; pela redação do Decreto Legislativo, o simples protocolo junto à Mesa ou a simples investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo seria suficiente para suspender os efeitos da renúncia. O conteúdo constitucional é mínimo, podendo a casa parlamentar, no uso de sua autonomia, instituir maior rigor para evitar a repetição de casos como o dos anões do orçamento, no tratamento da matéria, como fez o Decreto Legislativo 16/94 em relação ao Congresso Nacional. Mesmo sendo norma anterior, não foi revogada pela inserção do § 4º do artigo 55 da CF, que teve a função de estabelecer um limite mínimo para toda a federação, não suprimindo a autonomia das casas para imprimir regime que entendam mais adequado às suas peculiaridades.

### Notas

<sup>1</sup> Votação obrigatoriamente secreta, desautorizando a Constituição Estadual ou Lei Orgânica a prever a votação aberta sob pena de inconstitucionalidade (BRASIL, 2005b) do procedimento de votação e, conseqüentemente, do de cassação do mandato.

<sup>2</sup> Não há definição sobre qual modalidade de perda de mandato ocorre no caso de perda dos direitos políticos (inc. IV), mas a doutrina, corretamente, entende que ela ocorre na modalidade extinção do mandato (SILVA, 2005, p. 540; BULOS, 2003, p. 770). Teori Albino Zavascki (1985) defende que a perda também ocorre por meio da extinção, mas distingue esse caso da condenação crimi-

nal com trânsito em julgado, que, embora acarrete a perda dos direitos políticos, é caso de cassação de mandato.

<sup>3</sup> “AMPLA DEFESA - PARLAMENTAR - PERDA DE MANDATO - REPRESENTAÇÃO POR ADVOGADO NO ÂMBITO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS OU DO SENADO FEDERAL - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. A expressão ‘*ampla defesa*’ contida no § 2º do artigo 55 da Constituição Federal não encerra, necessariamente, a representação do parlamentar por profissional da advocacia, a ponto de impor, a qualquer das casas do legislativo, a admissão deste na tribuna. O processo de perda de mandato não é administrativo, nem judicial, mas político, sendo regido por normas *interna corporis*. Mesmo no campo jurisdicional, em que se tem o advogado como indispensável à administração da justiça - artigo 133, Capítulo IV, ‘Do Poder Judiciário’, da Constituição Federal -, é possível encontrar recursos que não ensejam a sustentação da tribuna, sem que, com isto, a norma restritiva possa ser tida como merecedora da pecha de inconstitucional. Tanto quanto possível, deve ser preservada a disciplina do funcionamento dos órgãos dos Poderes da União, buscando-se, dessa forma, a eficácia da cláusula constitucional que lhe é inerente - da harmonia e independência. A solução emprestada ao processo político de perda de mandato não obstaculiza o acesso ao Judiciário, cuja atuação se faz, sob o ângulo da legalidade, com a inestimável colaboração do profissional da advocacia” (BRASIL, 1993, p. 153, grifo nosso).

<sup>4</sup> “Inviável qualquer controle sobre o julgamento do mérito da acusação feita ao impetrante, por procedimento incompatível com o decoro parlamentar.” (BRASIL, 2001a).

<sup>5</sup> “Mandado de segurança de que não conhece, na parte referente à qualificação do fato tido como indecoroso.” (BRASIL, 2001c, p. 215).

<sup>6</sup> “Não cabe, no âmbito do mandato de segurança, também discutir deliberação, *interna corporis*, da Casa Legislativa. Escapa ao controle do Judiciário, no que concerne a seu mérito, juízo sobre fatos que se reserva, privativamente, à Casa do Congresso Nacional formulá-lo” (BRASIL, 2001b, p. 209).

<sup>7</sup> Antes de André Gros, Jèze (apud ENTERRÍA, 1995, p. 70) tinha dito que a teoria dos atos de governo não era mais do que uma “sistematização da razão de Estado”: *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik*, 1913, pág. 448”.

<sup>8</sup> Para uma visão geral da *political question doctrine*, cf. o excelente e crítico livro de Antonio Umberto de Souza Júnior (2004, p. 61-98).

<sup>9</sup> Ver: Castro (1999, p. 61-63), Coelho (2004, p. 373), Comparato (1997, p. 355-366), Figueiredo (2004, p. 200), Freitas (2004, p. 71), Celso Mello (2004, p. 352), Oswaldo Mello (1969, p. 417),

Moreira Neto (1999, p. 98, 170), Oliveira (1992, p. 35-37), Silva Filho (1994, p. 123-134).

<sup>10</sup> "Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição." (BRASIL, 2002a, p. 20)

<sup>11</sup> No mesmo sentido, votou o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1999a, p. 833) no MS 21.689: "Atenta a esse princípio básico, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal *jamais tolerou* que a invocação do caráter político das resoluções tomadas pelas Casas Legislativas pudesse configurar - naquelas estritas hipóteses de lesão ao direito de terceiros - um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos ou arbitrários, praticados à margem da Constituição".

<sup>12</sup> Embora as lições de Ruy (1933) sejam baseadas em doutrina norte-americana, caracterizando-se, entre outras coisas, como uma defesa do controle difuso de constitucionalidade, entende-se que o controle das questões políticas também é possível em controle concentrado.

<sup>13</sup> Some-se a isso a doutrina que defende que o processo de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar é, *mutatis mutandis*, uma forma de *impeachment* (REALE, 1969, p. 10).

<sup>14</sup> Thomas Cooley (2002, p. 55), em lição perfeitamente aplicável à Constituição brasileira, doutrinou: "Qualquer membro pode ser expulso pelo seu mau comportamento, bastando revelar-se a má conduta, *quer durante as sessões, quer fora delas.*"

<sup>15</sup> Como dizia o STF, na pena do Min. Nelson Hungria (BRASIL, 1954), em 1954: "... o procedimento que pode ser reputado incompatível com o decoro parlamentar não é só aquele que o acusado tenha tido no seio da corporação legislativa a que pertence, senão também fora dele, mas com evidente ricochete sobre a dignidade da corporação".

<sup>16</sup> "O constituinte deixou ao regimento interno a incumbência de definir os casos de conduta incompatível com o decoro parlamentar, considerando, entretanto, o abuso das prerrogativas e a percepção de vantagens indevidas como incompatíveis com o decoro parlamentar." (FERREIRA FILHO, 1999, p. 176).

<sup>17</sup> Em nível federal, o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados prevê algumas condutas em seus artigos 4º e 5º; no Senado, há uma mera repetição da Constituição em seu artigo 32, § 1º, eximindo o seu regimento interno de definir alguma conduta que caracterize o decoro, o que pode impossibilitar a cassação de algum mandato por quebra de decoro por faltar a necessária tipicidade constitucional (indireta nesse caso).

<sup>18</sup> "Não configura também ofensa ao decoro parlamentar a crítica forte, revestida de linguagem até desmesurada contra o auto-aumento dos subsídios dos edis, veiculada por jornal local, mormente quando desvestida de dolo" (TJRS, 1ª Câm.

Cível, AC 592029367, rel. Des. Celeste Vicente Rovani, j. em 8/9/1992).

<sup>19</sup> Os julgadores devem ter em mente que a liberdade de expressão do parlamentar é um dever de expressão deste, é um dever de fiscalização e denúncia no trato das questões que envolvem a *res publica*. Deve, por isso, ser interpretado de forma generosa em relação à liberdade de expressão do cidadão.

<sup>20</sup> Cunhador dessa expressão, José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 152), estigmatizando a equívocidade dessa postura hermenêutica, aduziu: "Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito dessas, a disciplina da matéria, afinal das contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar 'retrospectiva': o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica."

<sup>21</sup> "... é inquestionável que não existem poderes ilimitados em qualquer estrutura institucional fundada em bases democráticas" (BRASIL, 2000b, p. 3).

<sup>22</sup> Propugnando pela inquirição judicial da real existência dos motivos autorizadores da cassação, bem como se estes se enquadram na falta de ética parlamentar, cf. Geraldo Ferreira Lanfredi (1989, p. 164).

<sup>23</sup> "Em matéria de questões de natureza política, a apreciação destas pelo poder Judiciário se impõe independentemente de tal natureza, toda vez que envolvam a lesão de um direito subjetivo individual. Nem mais se controverte a respeito, notadamente em face do nosso vigente Direito Constitucional, que já não repete, por ocioso ou propiciador de confusões, o princípio da inacessibilidade das 'questões exclusivamente políticas' à órbita de competência do Poder Judiciário. Na espécie, a própria exigência legal do 'motivo' de incompatibilidade do procedimento do senador, deputado ou vereador com o decoro parlamentar está a evidenciar que não se trata de ato puramente arbitrário, nem mesmo apenas discricionário" (BRASIL, 1954, p. 891).

<sup>24</sup> "Cassação de mandato de parlamentar (art. 55, II, da Constituição Federal). Ato disciplinar da competência privativa da Câmara respectiva, situado em instância distinta da judiciária e dotado de natureza diversa da sanção penal, mesmo quando a conduta imputada ao deputado coincida com tipo estabelecido no Código Penal. Pedido indeferido" (BRASIL, 1992b, p. 791).

<sup>25</sup> "RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA E PENAL - INDEPENDÊNCIA. A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal

é no sentido da independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção corre à conta de situação concreta em que, no campo penal, tenham ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa de autoria” (BRASIL, 1997, p. 49230).

<sup>26</sup> “MANDADO DE SEGURANÇA. VEREADOR CASSADO POR INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (ART. 7º, I, DO DECRETO Nº 201/67). ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES NA LEGISLATURA ANTERIOR. INCOMUNICABILIDADE. MANDATOS ELETIVOS ESTANQUES. DECRETO LEGISLATIVO DECLARADO NULO. RESTABELECIMENTO DO MANDATO CASSADO. ORDEM CONCEDIDA SEM PREJUÍZO DA APURAÇÃO DO TIPO PENAL – RECURSO IMPROVIDO. Encerrado o mandato legislativo em que ocorreram os fatos ensejadores do processo político-administrativo, a punição pela cassação da investidura política tornou-se inaplicável. Ao fazê-lo, a Câmara Municipal julgou politicamente quem não podia julgar e aplicou punição que já não comportava cabimento” (BRASIL, 1998b).

<sup>27</sup> No mesmo sentido: Brasil (2003, p. 58).

<sup>28</sup> Embora nos EUA a nomeação do Presidente precise de aprovação do Senado, não é essa aprovação que faz com que o processo seja influenciado pelos diversos setores da sociedade norte-americana, mas a constatação de que não se governa sozinho em um sistema democrático.

<sup>29</sup> Imagine o caso em que o Congresso se recusasse a aprovar alguma medida provisória. Não haveria interferência nos planos do Executivo? Certamente que sim, mas interferência afinada com a separação de poderes.

### Referências

- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4, t. 1.
- BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. *Constitutional and administrative law*. 13. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação rescisória no mandato de segurança n. 23219. Relator: Min. Eros Grau. Rio Grande do Sul, 30 jun. 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 19 ago. 2005a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ações diretas de inconstitucionalidade n. 2461 e 3.208. Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 12 maio 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 7 out. 2005b.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito n. 104. Relator: Min. Djaci Falcão. Rio Grande do Sul, 26 ago. 1981. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 477, 1982.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 20941. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, 9 fev. 1990. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 142, p. 88, 1992a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 21360. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 mar. 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 146, p. 153, 1993.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 21443. Relator: Min. Octavio Gallotti. Distrito Federal, 22 abr. 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 142, p. 791, 1992b.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 21689. Relator: Min. Carlos Velloso. Distrito Federal, 16 dez. de 1993. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 167, p. 792-833, 1999a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 21861. Relator: Min. Néri da Silveira. Distrito Federal, 29 set. 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 21 set. 2001a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 22476. Relator: Min. Marco Aurélio. Alagoas, 20 de agosto de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 3 out. 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 22494. Relator: Min. Maurício Corrêa. Distrito Federal, 19 de dezembro de 1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 163, p. 201-209, 1998a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 22728. Relator: Min. Moreira Alves. Paraná, 22 jan. 1998. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 179, p. 629, 2002a.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 23299. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. São Paulo, 6 mar. 2002. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 182, p. 161, 2002b.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 23388. Relator: Min. Néri da Silveira. Distrito Federal, 25 nov. 1999. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 209-212, 2001b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 23457. Relator: Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, 16 set. 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 12 maio 2000a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança n. 23529. Relator: Min. Octavio Gallotti. Distrito Federal, 27 set. 2000. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 215, 2001c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de segurança MC-QO n. 21564. Relator: Min. Octavio Gallotti. Distrito Federal, 10 set. 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 169, p. 45-51, 1999b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandato de cassação no mandato de segurança n. 24458. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 18 fev. 2003, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 21 fev. 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reconsideração no mandato de segurança n. 23576. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 14 dez. 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 3 fev. 2000b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial n. 154134. Relator: Min. Sydney Sanches. São Paulo, 15 de dezembro de 1998, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 171, p. 293, 2000c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 2319. Relator: Min. Nelson Hungria. São Paulo, 5 jan. 1954. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 20 maio 1954.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 2779. Relator: Min. Luis Gallotti. Paraná, 31 ago. 1955. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 5 abr. 1956.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 8893. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Santa Catarina, 9 ago. 1961. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 72, out./dez. 1961.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 10141. Relator: Min. Pedro Chaves. Ceará, 6 maio 1964. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 3 dez. 1964.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 12388. Relator: Min. Francisco Falcão. São Paulo, 18 dez. 2001. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, n. 155, v. 14, p. 112, jul. 2002c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 24901. Relator: Min. Carlos Brito. Distrito Federal, 26 out. 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 11 fev. 2005b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4ª Câmara cível. AMS n. 98004411-1. Relator: Des. Cesar Abreu. Rio Grande do Sul, 27 ago. 1998. *Diário da Justiça de Santa Catarina*, Santa Catarina, 24 set. 1998b.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O controle dos atos de governo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 49-63, fev. 1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Koifino, 1952. v. 2.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

Decoro. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 611.

Decoro. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 922.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FISHER, Louis. *Constitutional conflicts between congress and the president*. 4. ed. Kansas: University Press of Kansas, 1997.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.
- GOMES, Suzana de Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. Cassação de mandato eletivo e controle jurisdicional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 89, p. 161-164, jan./mar. 1989.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Deputado ou senador: perda de mandato: Art. 55 e § 2º da constituição federal: breve opinião legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 704, p. 267-269, jun. 1994.
- MASKELL, Jack. *Expulsion, censure, reprimand, and fine: legislative discipline in the house of representatives*. In: CSR REPORT FOR CONGRESS, 2002, Estados Unidos da América. *Congressional Research Service*, Washington: The Library of Congress, 2002. Disponível em: <<http://www.rules.house.gov/archives/r131382.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1954. v. 2.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 8. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 3.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 304, p.151-155, out./dez. 1988.
- NOGUEIRA, Rubem. Considerações acerca de um código de ética e decoro parlamentar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 118, p. 349-358, abr./jun. 1993.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PRITCHETT, C. Herman. *The american constitution*. 2. ed. New York: Mc Graw-Hill, 1968.
- REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 87-93, out./dez. 1969.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle jurisdicional dos atos políticos do poder executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, p. 123-134, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O supremo tribunal federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- TEIXEIRA, Carla Costa. Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público?. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 30, p.110-127, 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 175-186, 1995.

# Iniciativa popular de leis

As proposições, o positivado e o possível

Eneida Desiree Salgado

## Sumário

1. Introdução. 2. Desenho constituinte da iniciativa popular. 3. Normatização do instituto. 4. A prática esvaziada e as possibilidades apresentadas. 5. Propostas.

### 1. Introdução

A adoção do regime político democrático é quase uma unanimidade nos Estados contemporâneos. Mesmo os regimes com práticas flagrantemente autoritárias se afirmam democracias e adotam mecanismos formais para a sua caracterização. Não basta, no entanto, a adoção do direito de sufrágio estendido universalmente (com as restrições razoáveis de idade mínima e de capacidade) e do voto direto, secreto e periódico para que um Estado receba o adjetivo “democrático”.

A idéia de democracia vai além do depositar o voto na urna<sup>1</sup>. E, mesmo nesse caso, não se pode garantir um mínimo de democracia formal apenas a partir da confiabilidade do sistema de votação e apuração (ou seja, do “voto dado é voto contado”). Ainda que sua adoção tenha significado a superação de fraudes históricas – como o voto de correntinha e o mapismo –, faz-se indispensável a existência de garantias também na formação dessa escolha política. A influência dos meios de comunicação social, o poder econômico, o poder político e as práticas ilícitas para a conquista do voto maculam a frágil democracia formal.

Eneida Desiree Salgado é Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral no Centro Universitário Positivo.

Este estudo, no entanto, não vai deter-se nesses aspectos. É outra configuração de democracia que será discutida aqui. A democracia esboçada pelos trabalhos constituintes e inserida no texto constitucional: a democracia participativa, que impõe o exercício direto da soberania popular além da escolha de representantes. E dentro dessa configuração, um instituto em particular – a iniciativa popular de leis, que permite ao soberano e destinatário das normas jurídicas apresentar ao filtro da representação política o conteúdo normativo que considera relevante.

## *2. Desenho constituinte da iniciativa popular*

A Constituição de 1988 traz em seu texto os contornos do regime democrático brasileiro. A realidade política anterior, de desrespeito à ordem constitucional e pouca participação política, provoca uma nova delimitação do poder político e a criação de instrumentos que permitam ao cidadão influenciar de modo direto a tomada de decisões políticas.

Os textos doutrinários que reclamam uma nova ordem constitucional sublinham o necessário “adensamento das diferentes formas de representação política”<sup>2</sup> (FARIA, 1985, p. 11). Fávila Ribeiro (1986, p. 29) afirma que a democracia exige mais do que a existência de eleições: impõe “eficazes instrumentos de controle”.

Quando se instaura a Assembléia Nacional Constituinte, as propostas a ela apresentadas tendem a uma democracia participativa mais aguda, com ênfase na representação política, mas com formas institucionais de exercício direto do poder político pelo povo.

Alguns intelectuais se debruçam sobre a possibilidade de autolegislação. Tércio Sampaio Ferraz Junior (1985, p. 67-69) propõe a possibilidade de iniciativa popular de lei para a integração legislativa das normas programáticas da Constituição, com a exigência de apoio de setenta mil eleitores.

Para Fábio Konder Comparato (1986, p. 13, 55), dez mil cidadãos poderiam apresentar projeto de lei e trinta mil cidadãos poderiam propor emenda à Constituição e José Afonso da Silva [2005?] traz a exigência de cinquenta mil assinaturas para a apresentação de projeto de lei.

Durante a construção da Constituição, há previsão de emendas populares (encaminhadas por pelo menos três entidades e com trinta mil assinaturas). Cento e vinte e duas são apresentadas, algumas contraditórias. Essa possibilidade de participação popular acolhida pelo Regimento Interno enfrenta a má vontade da maioria dos constituintes.

A Assembléia Nacional Constituinte divide-se em vinte e quatro subcomissões, oito comissões temáticas e uma comissão de sistematização. Com a confusa divisão de matérias, repetem-se discussões sobre o mesmo assunto.

Cabe à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher a delimitação da cidadania. Na sua Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, há intensa discussão entre os constituintes quanto à adoção da iniciativa popular de leis: os argumentos concentram-se, de um lado, na necessária participação democrática da sociedade e, de outro lado, no “desrespeito ao parlamento”<sup>3</sup>.

No relatório de Lysâneas Maciel, uma das tarefas do Estado é “assegurar a participação organizada do povo na formação das decisões nacionais” e é prevista iniciativa popular legislativa (sendo necessárias quinze mil assinaturas) e de emenda à Constituição (com exigência de trinta mil assinaturas)<sup>4</sup>. Com essa redação, a proposta é aprovada pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.

Ao defender seu relatório na Comissão de Sistematização, Lysâneas Maciel ouviu de Afonso Arinos uma defesa da representação<sup>5</sup>, reiterada nas reuniões seguintes. O primeiro anteprojeto do relator Bernardo Cabral, no entanto, dedica um capítulo in-

teiro à soberania popular e prevê a iniciativa popular de leis e de emendas à Constituição. Mas a exigência de apoio é superior à proposta anterior: três décimos por cento do eleitorado, divididos em pelo menos cinco Estados, com não menos de um décimo por cento do eleitorado de cada um deles.

O anteprojeto recebe 20.790 emendas e Bernardo Cabral apresenta um primeiro substitutivo, sem o capítulo dedicado à soberania popular, mas mantendo as regras de participação do cidadão na elaboração de leis e emendas. Após 14.320 emendas, o relator apresenta um segundo substitutivo sem alterar as exigências de iniciativa legislativa<sup>6</sup>.

Na votação desse segundo substitutivo, os constituintes Antonio Mariz e Nelton Friedrich propõem a adoção da seguinte redação para o princípio da soberania popular: “Todo o poder pertence ao povo, que o exerce por intermédio de representantes eleitos ou diretamente, nos casos previstos nesta Constituição”. A emenda é aprovada na Comissão de Sistematização<sup>7</sup>.

O texto da Sistematização é levado a plenário. Contra ele, o “Centrão”<sup>8</sup> propõe um substitutivo. Como parte de um acordo de lideranças, o princípio da soberania popular assim se apresenta: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>9</sup>, redação infinitamente inferior à da Comissão da Sistematização. A iniciativa popular de leis é vedada na proposta do Centrão e não é feita referência à iniciativa de emendas. Nelton Friedrich, Myriam Portella e Ronaldo Cezar Coelho apresentam destaque para incluir os cidadãos entre os legitimados para a propositura de projeto de lei, que é aprovado na terceira votação<sup>10</sup>.

Em seguida, modifica-se a proposta inicial da Comissão de Sistematização, elevando o número necessário de assinaturas para a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular: um por cento do eleitorado, dividido em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento do eleitorado de cada um. Na defesa dessa proposta, Ronaldo

Cezar Coelho afirma que ela impede a vulgarização do instituto, afasta interesses meramente locais e valoriza o Poder Legislativo<sup>11</sup>. Essa é a regulamentação que passa para a Carta Constitucional.

### 3. *Normatização do instituto*

Não obstante o conteúdo das propostas e dos anseios sociais por maior participação na esfera de decisões políticas, a iniciativa popular constitucionalizada mostra-se mais uma resposta retórica que um instrumento efetivo de autodeterminação.

Sua previsão está no terceiro e último inciso do artigo 14 da Constituição como forma de exercício da soberania popular, no artigo 60 (ao silenciar, não permitindo iniciativa popular de emenda à Constituição<sup>12</sup>) e no artigo 61. Este último artigo prevê iniciativa aos cidadãos de leis ordinárias e complementares, excetua as leis de iniciativa privativa do Presidente da República e, em seu segundo parágrafo, impõe as condições para o seu exercício: “apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

O instituto é regulamentado pela Lei 9.709/98, mais de dez anos após a promulgação da Constituição. Essa lei trata dos três institutos de participação direta previstos no artigo 14, mas não facilita sua aplicação. Quanto à iniciativa popular de leis, repete os requisitos constitucionais, exige que o projeto se circunscreva a um só assunto, afasta sua rejeição por vício de forma e impõe o mesmo trâmite que os demais projetos de lei<sup>13</sup>.

### 4. *A prática esvaziada e as possibilidades apresentadas*

Os requisitos para a apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular, conforme se pode pressentir, são de difícil preenchimento pela cidadania.

Em âmbito nacional, são necessárias 1.221.027 assinaturas<sup>14</sup> – devidamente identificadas e acompanhadas do número do título de eleitor – para a propositura de um projeto de lei, a ser analisado e discutido pela Câmara dos Deputados e posteriormente pelo Senado Federal como outro projeto qualquer.

Em face da absurda configuração do instituto, nenhum projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados efetivamente se caracterizou como de iniciativa popular. Três projetos que recolheram assinaturas foram transformados em lei, mas tramitam graças a co-autoria<sup>15</sup>.

Ciente dessa dificuldade, a Câmara dos Deputados criou a Comissão Permanente de Legislação Participativa, que recebe “sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos”. Essas propostas passam a tramitar como projeto de lei da Comissão<sup>16</sup>.

Ainda que seja louvável tal alternativa, a Comissão Permanente de Legislação Participativa é um filtro para o exercício da soberania popular. A idéia construída pelo poder constituinte é permitir a participação direta na tomada de decisões do Estado. Deve-se insistir na viabilidade da iniciativa popular legislativa.

A redução do despropositado número de assinaturas é objeto de projetos de emenda constitucional. A deputada Luiza Erundina propõe a exigência de apoio de meio por cento do eleitorado nacional para a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular<sup>17</sup>. José Eduardo Cardozo indica o quociente eleitoral de deputado federal, deputado estadual e vereador para a apresentação de proposta de lei de iniciativa popular. No caso de lei federal, deve-se levar em consideração o quociente do Estado em que tiver domicílio a maioria dos subscritores<sup>18</sup>. Jamil Murad apresenta como número adequado a resultante da divisão do eleitorado pelo número de representantes eleitos<sup>19</sup>.

## 5. Propostas

A exigência de assinaturas não deve ser superior ao quociente eleitoral para a eleição da Câmara dos Deputados. Se o projeto de lei de iniciativa popular passa pelas mesmas fases de apreciação e debate que uma proposição apresentada por apenas um representante, não há por que condicionar o apoio ao projeto por um número de eleitores superior ao necessário para a sua eleição de um deputado federal.

Não se deve adotar, no entanto, as soluções propostas pelos deputados José Eduardo Cardozo e Jamil Murad. No primeiro caso, mantém-se a desproporção entre a força política dos cidadãos dos Estados Federados, pois a diferença de quociente eleitoral entre eles é bastante acentuada. A emenda do deputado Jamil Murad eleva o número de eleitores necessários ao levar em consideração todo o eleitorado, e não apenas os que efetivamente participam da escolha de representantes<sup>20</sup>.

O cálculo do quociente eleitoral aqui proposto poderia ser feito de duas formas: considerando-se a média entre o quociente eleitoral de todos os estados ou levando em conta o país todo, dividindo o número de votos válidos pelo número de cadeiras na Câmara (denominado aqui quociente eleitoral global). Tomando-se os números da eleição de 2002, o primeiro cálculo traria a exigência de 141.323 assinaturas e o segundo, 170.629. Ambos muito inferiores a um por cento do eleitorado: a exigência constitucional supera em 8,15 vezes o quociente eleitoral médio e 6,75 vezes o quociente eleitoral global. Ainda assim, os quocientes são superiores aos 21.122 votos exigidos para eleger um deputado federal por Roraima em 2002.

Para afastar a dificuldade de verificação das assinaturas, com a distribuição dos formulários para as zonas eleitorais, poderiam ser adotadas urnas eletrônicas. Isso não geraria custos para o poder público, agilizaria o processo de coleta de assinaturas, evitaria o processo de averiguação de sua

conformidade e possibilitaria uma soma rápida e precisa do número de cidadãos que apóiam a iniciativa.

Após solicitação por associação ou por um conjunto de eleitores (em número não superior a mil eleitores), modelos antigos das urnas, não mais utilizadas para votação<sup>21</sup>, ficariam nos cartórios eleitorais, à disposição do eleitor que desejasse apresentar seu apoio ao projeto. A digitação do número do título seria feita pelo próprio eleitor, após identificado pelo servidor da Justiça Eleitoral<sup>22</sup>.

A verificação do total de assinaturas (e a exclusão de eventuais duplicidades), pelo simples processamento dos disquetes das urnas, depois do término da coleta das “assinaturas”, seria realizada pelo Cartório Eleitoral (no caso de iniciativa popular de lei municipal), pelo Tribunal Regional Eleitoral (se lei estadual) ou pelo Tribunal Superior Eleitoral (se a proposta fosse de lei federal).

Esse procedimento, além de facilitar o exercício direto da democracia e a realização do desígnio constitucional, empresta à Justiça Eleitoral maior credibilidade no cumprimento de sua missão de garantir a democracia e contribuir para o seu aperfeiçoamento.

Essas duas propostas – a diminuição da exigência de apoio e a utilização das urnas eletrônicas para a coleta das manifestações – permitem a realização do desígnio constitucional expresso no parágrafo único do artigo primeiro. A utilização efetiva da iniciativa popular de leis permite a concretização democrática, em seu conteúdo normativo e em seu sentido filosófico, de autodeterminação. Resta resgatá-la.

### Notas

<sup>1</sup> Para usar uma imagem que não mais corresponde à realidade do sistema eletrônico de votação, mas que é muito mais interessante do que o “digitar o número do candidato escolhido”.

<sup>2</sup> Citação completa: “Isto porque o efetivo exercício da democracia exige algo mais do que sua

mera regulamentação formal. Requer, por exemplo, ao lado da correção das desigualdades sociais, o fortalecimento das instituições legislativas e o adensamento das diferentes formas de participação política, em condições de propiciar aos grupos, categorias e classes economicamente desfavorecidos mais representatividade nos círculos do poder”.

<sup>3</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. I. Suplemento ao número 62. 20 de maio de 1987. Sessão do dia 22 de abril de 1987. p. 3-10.

<sup>4</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. I. Suplemento ao número 90. 08 de julho de 1987. Sessões do dia 13 e 14 de maio de 1987. p. 17-32.

<sup>5</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. I. Suplemento ao número 62. 20 de maio de 1988. Sessão do dia 07 de maio de 1988. p. 218-235.

<sup>6</sup> Os anteprojetos são publicados em suplemento especial do Diário da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>7</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília. (Suplemento C). 27 de janeiro de 1988. p. 900-904.

<sup>8</sup> Denominação dada pela mídia e por seus próprios integrantes ao Centro Democrático, grupo suprapartidário de tendência conservadora. Duas análises contrapostas do papel do Centrão na Assembléia Nacional Constituinte podem ser encontradas em Miguel Reale (1992) e em obra de Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004).

<sup>9</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. II, n. 172. 28 de janeiro de 1988. p. 6674-6680.

<sup>10</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. II, n. 211. 23 de março de 1988. p. 8726-8730.

<sup>11</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, a. II, n. 211. 23 de março de 1988. p. 8730-8733.

<sup>12</sup> Esta não é a opinião unânime da doutrina. Dalton José Borba (2002) e Fábio Konder Comparato (1990) defendem que o silêncio do legislador constitucional não afasta a regra geral do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição.

<sup>13</sup> Ao tratar dos projetos de iniciativa popular, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados veda a dispensa de votação em plenário, os exclui do arquivamento no fim da legislatura e os insere entre os projetos de tramitação com prioridade.

<sup>14</sup> Segundo dados oficiais de setembro 2005, o Brasil possui 122.102.746 eleitores. Dado disponível na página do Tribunal Superior Eleitoral na internet – [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br) – em Eleitorado. Acesso em: 23 set. 2005.

<sup>15</sup> O Projeto de Lei 4.146/1993, que teve o Poder Executivo como co-autor, tornou-se a Lei 8.930/94 e alterou a Lei 8.072/90, adicionando o homicídio

quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio no rol dos crimes hediondos. O Projeto de Lei 1.517/99, com a co-autoria do Deputado Albérico Cordeiro (e a assinatura de todos os líderes partidários), transforma-se na Lei 9.840/99 e inclui na Lei 9.504/97 o artigo 41A, permitindo a cassação do registro do candidato que incidir em captação ilícita de sufrágio. Finalmente o Projeto de Lei 2.710/92 torna-se, com muitas modificações, a Lei 11.124 e cria o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Teve o Deputado Nilmário Miranda como co-autor.

<sup>16</sup> Em relatório disponível na internet, a Comissão de Legislação Participativa informa haver recebido 140 sugestões no período de 2001 a 2003 e 58 foram aprovadas. Em 2004, foram apresentadas 56 sugestões e 4 proposições e 18 foram aprovadas. Relatórios disponíveis em <[www.camara.gov.br/clp](http://www.camara.gov.br/clp)>. Acesso em: [2005].

<sup>17</sup> Trata-se da PEC 002/1999. A proposta, apresentada em 02 de março de 1999 e desarquivada em março de 2003, aguarda constituição de Comissão Especial para proferir parecer.

<sup>18</sup> PEC 194/2003. Segundo informações na página da Câmara de Deputados ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)), o último trâmite data de 17/06/2004, com a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pela admissibilidade.

<sup>19</sup> PEC 201/2003, tramitando em apenso à PEC 194/2003. No Senado Federal, dois projetos de lei referem-se à iniciativa popular, mas sem tratar do número de assinaturas. O PL 267/2002, da (então) senadora Marina Silva, propõe a possibilidade de convocação de referendo e plebiscito por iniciativa popular e o PL 185/2005 do senador Marcelo Crivella propõe que não haja restrição quanto à matéria aos projetos de lei de iniciativa popular. Ambos os projetos estão na Comissão de Constituição e Justiça.

<sup>20</sup> Com essa proposta, o número de assinaturas necessárias chega a 238.017.

<sup>21</sup> A Justiça Eleitoral mantém essas urnas e as empresta para a realização de eleições de escolas, universidades, órgãos de classe, etc. Essas eleições são chamadas de “parametrizadas”. A própria Justiça Eleitoral desenvolve o programa e define o conteúdo da tela de votação. Facilmente poderia ser desenvolvido um programa para o registro do número do título de eleitor do cidadão que empresta o seu apoio a determinado projeto.

<sup>22</sup> Se adotado o modelo de título de eleitor proposto pelo Tribunal Superior Eleitoral, com fotografia, e com o acompanhamento do servidor da Justiça Eleitoral, afasta-se a possibilidade de fraudes na declaração de apoio a um projeto de lei.

### Referências

BORBA, Dalton José. *Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 125-128, jan./mar. 1990.

\_\_\_\_\_. *Muda Brasil: uma constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. Porto Alegre: Fabris, 1985.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Constituinte: regras para a eficácia constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 67-69, out./dez. 1985.

RIBEIRO, Fávila. *Constituinte e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVA, José Afonso. *Uma proposta de constituição*. [S.l.:s.n., 2005?].

# A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais

A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro

## Sumário

Introdução. 1. A Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917. 1.1. Antecedentes históricos. 1.2. Os debates da Constituinte. 1.3. O texto da Constituição Mexicana de 1917. 2. A constituição da República de Weimar (1919). 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. O texto da Constituição de Weimar de 1919. 3. Uma análise comparativa dos textos da Constituição Mexicana e da Constituição de Weimar. 4. Conclusão.

## Introdução

O tema relativo aos direitos fundamentais tem recebido grande destaque e atenção, modernamente, por parte dos estudiosos do Direito. À análise da origem, da evolução histórica, da natureza, dos fundamentos e da concretização de tais direitos – tidos como elementos fundantes das ordens jurídicas nacionais, da ordem jurídica internacional e, no caso da Europa, também da ordem jurídica comunitária – têm sido dedicadas inúmeras monografias e páginas de doutrina, o que põe em evidência a circunstância de que é no respeito à dignidade da pessoa humana que reside o fundamento último das mais variadas formas de organização social.

Na realidade, a grande atenção que hoje se confere à garantia de tais direitos prende-se à percepção de que os direitos fundamentais mantêm com o próprio conceito de democracia uma relação de recíproca interação, pois o efetivo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos representa

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro é Bacharela em Direito e em Relações Internacionais, Mestranda em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Professora de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional no Instituto de Ensino Superior de Brasília – IESB, Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

um dos principais parâmetros de aferição do grau de democracia de uma sociedade, ao mesmo tempo em que a concreta e real existência de uma sociedade democrática revela-se como pressuposto indissociável à plena eficácia dos direitos fundamentais (BRANCO, 2002, p. 104).

Essa é a razão pela qual os conceitos de democracia e de direitos fundamentais caminham sempre juntos<sup>1</sup>, valendo referir que a origem dos direitos fundamentais remonta à resistência dos povos contra governos opressores e que a evolução histórica de tais direitos coincide, em seus pontos essenciais, com a própria criação e evolução do Estado e com o advento do constitucionalismo moderno<sup>2</sup>.

Cumprir referir, nesse ponto, que as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais serão utilizadas, no presente trabalho, com noções conceituais próprias e diversas, razão pela qual se impõe, na presente introdução, e até mesmo para que se mantenha um mínimo de rigor terminológico, proceder a uma breve definição de cada um desses termos<sup>3</sup>.

Na linha do magistério doutrinário de Ingo Sarlet (1998, p. 32), os três termos acima mencionados devem ser diferenciados de acordo com um critério de concreção positiva ou de concretização normativa.

Partindo dessa linha de classificação, a expressão direitos do homem é utilizada para designar, de maneira mais abstrata e “com contornos mais amplos e imprecisos”<sup>4</sup>, aqueles direitos naturais ainda não positivados. O termo direitos humanos, por sua vez, representaria aqueles direitos já positivados na esfera internacional, enquanto o termo direitos fundamentais abrangeria aqueles direitos cujo reconhecimento e proteção estão assegurados em sede constitucional<sup>5</sup>.

Essa distinção<sup>6</sup>, longe de possuir utilidade unicamente acadêmica, assume vital importância quando se analisa, por exemplo, questão relativa aos elementos caracterizadores dos direitos fundamentais. Desse modo, por exemplo, pode-se falar na *univer-*

*salidade* dos direitos do homem (vez que inerentes ao indivíduo enquanto tal) e na *pretendida universalização* dos direitos humanos (tenta-se implementar, em toda a comunidade internacional, a garantia dos direitos assegurados nas Declarações, embora se saiba que tal concretização global, na prática, ainda resta incompleta, permanecendo no campo das legítimas expectativas). Ao contrário disso tudo, *não se pode pretender* a universalidade dos direitos fundamentais, eis que, enquanto valores reconhecidos e positivados *por cada* ordenamento constitucional, os direitos fundamentais necessariamente variarão, em termos de sua abrangência e do grau de sua proteção, conforme a cultura predominante em cada uma das nações<sup>7</sup>.

Daí por que se pode afirmar, como precedentemente referido, que a evolução histórica ou (parafrazeando o Prof. Fabio Konder Comparato, 2001) que a “afirmação histórica” dos direitos fundamentais se confunde, em suas linhas mestras, com a evolução do conceito e da função do Estado e, também – já que o instrumento formal da Constituição consubstancia o núcleo essencial das decisões políticas tomadas pelo Estado –, mistura-se com o próprio advento do constitucionalismo moderno e, posteriormente, com o início do constitucionalismo social.

Todas essas considerações se fazem relevantes eis que o presente trabalho tem como pretensão discutir, por uma análise dos textos constitucionais de Weimar (1919) e do México (1917) e dos direitos fundamentais sociais neles positivados, a inicialidade do constitucionalismo social. Não se falará, portanto, no presente trabalho, de direitos do homem ou de direitos naturais. Também não serão abordados – não obstante sua importância – os inúmeros e expressivos documentos internacionais de reconhecimento e proteção dos direitos humanos, limitando-se, desse modo, o objeto do presente estudo, à análise de direitos e valores revestidos da nota da fundamentalidade

de, por efeito de sua positivação em sede constitucional.

Com efeito, o início da idéia de direitos fundamentais – repita-se, de direitos e valores reconhecidos em sede constitucional – remonta ao advento do Estado e das teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, que, com o objetivo específico de justificar e legitimar a criação da figura estatal, acentuavam que o soberano deveria exercer sua autoridade com submissão aos direitos de cada homem, o que simbolizava o advento da importantíssima idéia da supremacia do indivíduo sobre o Estado.

Nesse contexto, surgiram os Estado liberais<sup>8</sup> – modernos –, que, no contexto de proteção do cidadão contra indevidas ingerências do poder estatal, asseguraram uma esfera indevassável de proteção ao indivíduo, com a criação dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (ou direitos da liberdade ou liberdades públicas), que, por isso mesmo, representam direitos e prerrogativas a serem exercidos contra o Estado.

Incluem-se, entre outros, no rol das liberdades públicas, os direitos à propriedade privada, à intimidade, à privacidade, à liberdade de reunião, de associação e à livre manifestação do pensamento, ou seja, direitos que têm como elemento central a relação – essencialmente desigual – entre soberano e indivíduo e como princípios norteadores o liberalismo (quaisquer intervenções estatais são tidas como nocivas), o individualismo, a liberdade e a segurança.

Ocorre, no entanto, que o passar do tempo e a alteração da realidade social fizeram com que a mera garantia de direitos a serem exercidos contra o Estado não fosse mais suficiente para permitir a plena realização do indivíduo em seu ambiente social.

Na realidade, muitos dos direitos à liberdade então previstos nos ordenamentos constitucionais – tal como ocorria, por exemplo, com o direito à propriedade – somente eram exercidos por alguns membros da coletividade eis que, para os outros, faltavam

meios que permitissem adquirir tais prerrogativas.

A incipiente industrialização da sociedade (decorrente da Revolução Industrial, que teve início na Inglaterra do século XVIII, mas que posteriormente produziu efeitos – em maior ou menor grau – em todo o mundo) e a conseqüente ampliação e mudança de perfil do mercado de trabalho (antes eminentemente agrário e, agora, marcadamente industrial e urbano) trouxeram novas demandas que restavam desatendidas pelas Cartas Constitucionais de modelo clássico.

A antecipada falência do modelo do constitucionalismo clássico começou a tornar-se mais evidente a partir do fim da primeira guerra e, notadamente, a partir de 1917, quando o sucesso da Revolução Russa e o modo de produção socialista passaram a inspirar e motivar a classe trabalhadora de todo o mundo.

E é exatamente nesse período que se situam os dois diplomas constitucionais que, por suas disposições de conteúdo eminentemente social, são tidos como marcos do constitucionalismo social (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919).

Na realidade, grande parte da doutrina, ao se referir ao advento do constitucionalismo social, menciona, de maneira genérica, como momentos iniciais dessa nova fase constitucional tanto o advento da Constituição do México como a promulgação da Constituição de Weimar, deixando de fazer qualquer menção individualizadora àquilo que cada um desses textos, *per se*, trouxe de original e inovador ao corpo das concernentes Cartas Políticas.

Busca-se, portanto, com este breve estudo, trazer alguns questionamentos sobre essa fase inicial do Estado Providência, pretendendo-se responder à indagação sobre se a Constituição de Weimar de 1919, apesar de cronologicamente posterior à Carta Constitucional Mexicana de 1917, poderia, ou não, ser considerada como decisivamente precursora do constitucionalismo social.

Frise-se, neste ponto, por oportuno, que não se desconhece que disposições tópicas, relativas a um ou outro direito social, já constavam de textos constitucionais anteriores tanto à Constituição Mexicana quanto à Constituição de Weimar<sup>9</sup>.

Tal, no entanto, não assume relevância quando se tratar, como no presente caso, de estudo relativo ao início do constitucionalismo social, entendido este não apenas como a inserção isolada, em Cartas de índole eminentemente liberal, de dispositivos de índole social, mas, sim, como o reconhecimento pelo Estado – e através da inserção, nos respectivos textos constitucionais, de inúmeros artigos, posicionados de forma sistematizada e relativos às inúmeras dimensões em que se projeta a vida do indivíduo em sociedade – de que, além de uma conduta negativa a ser assumida em tema de liberdades públicas, deve o Poder Público intervir no seio da coletividade para, mediante ação positiva, promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, todos os direitos previstos em sede constitucional.

Irretocável, sob tal aspecto, a advertência de Floriano Corrêa Vaz da Silva (1977, p. 35), que, ao versar o tema relativo ao advento do constitucionalismo social, assim se pronunciou:

“... seria uma esquematização simplista a afirmação de que as Constituições do século XIX foram todas puramente liberais e as Constituições do século XX marcadamente sociais. Em quaisquer Constituições, nas mais diversas épocas, podem ser encontrados e pesquisados dispositivos concernentes à ordem social e econômica, cláusulas que explícita ou implicitamente definem o regime econômico-social pretendido pelos constituintes. A própria ausência de cláusulas sociais numa Constituição traduz a opção por determinado sistema. E esta ausência, é claro, não impede uma lenta construção jurisprudencial, nem emendas

constitucionais, nem legislação ordinária – que irão, pouco a pouco, delinear, dentro do sistema constitucional, uma série de direitos sociais e trabalhistas, que passam a integrar o arcabouço econômico-social do país. De qualquer modo, o fato é que as Constituições do século XIX foram, de um modo geral, Constituições liberais (...) pouco ou nada diziam explicitamente quanto aos direitos sociais, limitando-se, quase sempre, apenas à organização política. Apenas em algumas Constituições surgem normas que se relacionam com o chamado problema social...”.

No presente trabalho, portanto, tomar-se-á como premissa a circunstância de que a previsão pontual, em sede constitucional, de específico ou específicos dispositivos, isolado(s), relativo(s) a um determinado direito de índole social não basta, por si só, para conferir à referida Constituição a natureza de Texto Constitucional Social.

*A contrario sensu*, a mera previsão, em sede constitucional, das chamadas liberdades públicas também não confere, *ipso facto*, à Carta Política a qualidade de Texto Constitucional Liberal – mesmo porque o advento do constitucionalismo social não se deu mediante substituição das liberdades negativas pelos direitos prestacionais, mas, sim, mediante complementação (somatório) dos direitos de liberdade (indivíduo contra o Estado) com os direitos de natureza social (indivíduo enquanto membro de uma coletividade, exercendo direitos por meio do Estado).

Vê-se, portanto, que o que confere natureza social a determinado ordenamento constitucional é o reconhecimento manifestado pelo Estado – e expresso no texto de sua Lei Fundamental – no sentido de que, além de garantir, aos cidadãos, o respeito às liberdades clássicas de que são titulares, a sua intervenção no seio da sociedade é desejada e necessária para que os indivíduos possam melhor desfrutar de seus direitos e de suas garantias<sup>10</sup>.

Daí por que comumente se tem entendido que a fase do Constitucionalismo Social tem seu início marcado pelas Constituições Mexicana e de Weimar.

Cumprir advertir, neste ponto, que não serão consideradas, no presente trabalho e para efeito comparatório, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) e a posterior Lei Fundamental Soviética (10/7/1918).

É que, apesar da forte inspiração social de tais diplomas (eis que consubstanciavam os ideais motivadores da Revolução Socialista de 1917), eles, a pretexto de concretizarem avanços em tema de direitos sociais, culminaram por aniquilar os direitos de liberdade, cuja conquista levou séculos para efetivar-se<sup>11</sup>.

Na realidade, os avanços obtidos em tema de direitos sociais – se houve – culminaram por ser ofuscados diante das opressões manipuladas por uma auto-reconhecida ditadura (ditadura do proletariado), que, nas linhas defendidas por Schmitt (1982), buscava a fusão entre Estado e sociedade mediante a supressão das liberdades públicas.

Não se pode atribuir, pois, o caráter de vanguarda em tema de proteção a direitos fundamentais a uma Carta que, além de ter significado um retrocesso no que se refere à liberdade pública de seus cidadãos, simbolizou típico instrumento de tratamento discriminatório e excludente entre o proletariado e as “classes possuidoras”<sup>12</sup>.

No sentido do caráter excludente das declarações soviéticas, a manifestação de Fabio Konder Comparato (2001, p. 189-186), para quem:

“Entre a Constituição mexicana e a Weimarer Verfassung, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunidos em Moscou, adotou, em 4 de janeiro de 1918, portanto antes do

término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas conseqüências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político (...).

Mas aí, como se vê, já se está fora do quadro dos direitos humanos, fundados no princípio da igualdade essencial entre todos, de qualquer grupo ou classe social. Desde o seu ensaio juvenil sobre a Questão Judiciária, publicado em 1843, Marx criticou a concepção francesa de Direitos dos Homens, separados dos direitos do cidadão, como consagradora da grande separação burguesa entre sociedade política e sociedade civil, dicotomia essa fundada na propriedade privada. Os direitos do homem não passariam de barreiras ou marcos divisórios entre os indivíduos, em tudo e por tudo semelhante aos limites da propriedade territorial. E os direitos do cidadão, sobretudo numa época de sufrágio censitário, nada mais seriam do que autênticos privilégios dos burgueses, em exclusão da classe operária. Na sociedade comunista, cujas linhas-mestras foram esboçadas no Manifesto do Partido Comunista, cinco anos mais tarde, só os trabalhadores têm direitos e só eles constituem o povo, titular da soberania política.

Sem dúvida, na Constituição Mexicana de 1917 não se fazem as exclusões sociais próprias do marxismo: o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora...”

Também irretocáveis, nesse ponto, as palavras de Vieira de Andrade (1987, p. 53), que coloca em destaque o caráter “subversivo” de algumas doutrinas do “movimento socializante”, no que concerne ao conceito de direitos fundamentais:

“O movimento socializante modificou profundamente o sistema dos direitos fundamentais, mas, para além disso, alterou a própria ‘filosofia’ que lhes estava subjacente.

Este movimento trouxe consigo doutrinas e teorias que, por modos diversos, representam um entendimento ‘subversivo’ da concepção liberal dos direitos fundamentais: a estatização fascista, que corporativizou os direitos; a massificação e o racismo nacional-socialista, que os destruíram por completo; a funcionalização marxista-leninista, que os expropriou e pôs a serviço de um projecto de sociedade.

Apesar disso, pode afirmar-se que a tradição liberal ocidental não foi dissolvida. Ela ‘passa de uma maneira natural e perfeitamente coerente dos direitos de liberdade aos direitos políticos e depois aos direitos econômicos e sociais’ (...).”

Na realidade, a percepção que se busca em tema de concretização dos direitos fundamentais deve colocar em evidência não um aspecto de mera sucessividade, mas, sim, um aspecto revelador da complementaridade<sup>13</sup>.

Em atenção ao viés substitutivo que foi conferido às várias espécies de direitos fundamentais pelas ditaduras socialistas, no sentido de que os direitos sociais sobrepõem-se e substituem-se às liberdades clássicas, muitos autores têm preferido utilizar o termo “dimensão”, em vez do termo “geração”, para efeito de classificação dos direitos de liberdade (primeira dimensão), direitos sociais (segunda dimensão), direitos de solidariedade (terceira dimensão) e, até mesmo, dos direitos à democracia (quarta dimensão).

Paulo Bonavides (2002, p. 525), um dos primeiros a sustentar, entre nós, a impropriedade da expressão “geração de direitos”, assim manifestou seu entendimento:

“Força é dirimir, a esta algura, um eventual equívoco de linguagem: o

vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia...”

A crítica ao termo “gerações” de direitos fundamentais também é feita por Jorge Miranda (2000, p. 32), que, ao enfatizar a falsa impressão de alternância que ele pode gerar, profere o seguinte magistério:

“Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é o enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática”.

De fato, revela-se efetivamente mais adequada a utilização da expressão “dimensões” de direitos fundamentais<sup>14</sup>, pois, na medida em que novas prerrogativas são reconhecidas aos indivíduos, estas, longe de excluírem, devem sempre vir a complementar as demais prerrogativas já conquistadas. Mais do que isso, as dimensões mais recentes e os direitos fundamentais já tradicionalmente assegurados não só coexistem, como mantêm entre si uma relação de recíproca interação, influenciando-se mutua-

mente e fazendo com que o entendimento de cada um dos direitos fundamentais seja sempre interpretado (ou reinterpretado) em conformidade com o contexto global da totalidade das dimensões de direitos já reconhecidas.

O novo entendimento que foi dado às liberdades clássicas, em função do advento dos direitos sociais, é um bom exemplo de reinterpretação de direitos em face do advento de uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Hoje, e em face do advento do constitucionalismo social, é extraído dos direitos de primeira dimensão (tradicionalmente concebidos como direitos de índole negativa) um viés positivo que impõe ao Poder Público não apenas o dever de abstenção, mas, também, uma obrigação de fazer. Do direito à vida (direito de primeira dimensão), portanto, derivam, hoje, interpretando-se o direito à vida como o direito a uma existência digna, o direito à saúde, à assistência social e ao lazer (direitos de segunda dimensão) e, também, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (terceira dimensão)<sup>15</sup>.

É por essa razão que não se pode incluir, sob a denominação de constitucionalismo social, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e a Lei Fundamental Soviética de 1918 (10/07/1918), pois, para que se possa falar, propriamente, em constitucionalismo social, é preciso que se tenha, sob a égide de um Estado *Democrático* de Direito, a expressa positivação, em texto constitucional, da solene intenção estatal de consagrar, para além da igualdade formal e da liberdade individual, também a igualdade material e os demais direitos sociais dela decorrentes<sup>16</sup>.

Daí, portanto, o presente trabalho, que, ao perquirir sobre a inicialidade do constitucionalismo social, pretende, mediante cotejo analítico da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (excluída, pois, pelas razões acima expostas, a Constituição Soviética<sup>17</sup>), revelar quais

foram as inovações de cada um desses textos, buscando responder à indagação sobre se seria possível atribuir a um desses diplomas a qualidade de documento precursor do constitucionalismo social.

## 1. A Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917

### 1.1. Antecedentes históricos

A Constituição do México configura o reconhecimento e a positivação, em sede constitucional, das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana, iniciada em 1910. Por essa razão, tornar-se-ia despidida de sentido qualquer análise do texto constitucional mexicano (ainda em vigor, não obstante objeto de emendas) que deixasse de examinar, mesmo que em linhas gerais, os antecedentes históricos que culminaram com a promulgação, em 31/01/1917, da Constituição de Querétaro.

Essa estrita correspondência do texto constitucional mexicano com os pleitos constantes da Revolução Mexicana foi enfatizada pelo constitucionalista e ex-presidente da Corte Constitucional Fix-Zamudio (2001, p. 89-90), para quem *“Nuestra Constitución actual entronca directamente con la Revolución mexicana. Ciertamente que en un principio este movimiento no llevó como objetivo hacer una nueva Constitución. Se encabezó inicialmente por Madero contra la dictadura de Díaz, y después por Carranza para restaurar el orden constitucional quebrantado por Huerta, pero el desarrollo mismo de los acontecimientos condujo finalmente a la expedición de una nueva ley fundamental”*<sup>18</sup>.

Também nesse sentido, irretocáveis as palavras de Daniel Moreno (1973, p. 227), que, ao referir-se à Assembléia Constituinte convocada para elaboração da Constituição Mexicana de 1917, assim se manifestou:

*“Poucas vezes o pensamento jurídico foi devedor de forma tão determinante da realidade social e das idéias postas em jogo, como no caso da men-*

cionada Assembléia. Foram assinaladas como causas fundamentais algumas de tipo econômico, sobretudo a dura exploração que sofriam os camponeses e as paupérrimas condições em que viviam os operários”.

Na realidade, apesar de a elaboração de um novo texto constitucional não ter sido, de fato, um dos objetivos da Revolução Mexicana, não é menos exato afirmar que o texto constitucional que sobreveio à dita revolução deu expressão máxima às aspirações por ela reivindicadas.

Com efeito, a Revolução Mexicana iniciou-se em 1910, e o período de agitações sociais e políticas no México estendeu-se por quase vinte e três anos após a promulgação da Carta Política de 1917<sup>19</sup>.

A Revolução Mexicana mobilizou, em seu processo, milhões de camponeses e índios (estes, despojados que foram dos “ejidos”<sup>20</sup>) e se insurgia, essencialmente, contra a ditadura do Presidente Porfírio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911 e ficou conhecida como “porfiriato”.

Porfírio Díaz era apoiado, em seu governo, pelo exército, que possuía o poder de polícia do Estado, pela Igreja Católica, que tinha ampla liberdade de ação, por grandes empresas privadas (inclusive de origem estrangeira) e pelos grandes proprietários de terra, que haviam sido beneficiados com a política de extinção dos “ejidos”.

Torna-se claro perceber, portanto, desde logo, que as principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República<sup>21</sup>, no retorno dos “ejidos” e devolução das respectivas terras às comunidades indígenas, na nacionalização das grandes empresas e bancos, na consolidação de direitos trabalhistas à classe média emergente e na separação radical entre Igreja e Estado.

O crescente autoritarismo de Porfírio Díaz passa à insustentabilidade, marcando o início do processo revolucionário que canalizou as insatisfações nacionais, nas eleições presidenciais de 1910, quando o

latifundiário liberal Francisco Madero, líder do movimento que se opunha à reeleição do ditador, é preso. Candidato único, Díaz é considerado eleito uma vez mais.

Francisco Madero, ao fugir da prisão, exila-se nos Estados Unidos, lança uma conclamação à rebelião armada destinada a derrubar Díaz e promete que, em havendo um novo governo, seria elaborada uma reforma eleitoral e seriam distribuídas terras aos camponeses.

A resposta mexicana à proposta de Madero é entusiástica e rapidamente a revolta se alastra pelo país. Ao sul, o chefe camponês de maior relevância é Emiliano Zapata, que comanda vinte mil homens na “Legião da Morte”, armados com fuzis e facões utilizados para o corte de cana-de-açúcar. Ao norte, por sua vez, destacam-se como líderes Pancho Villa e Pascual Orozco.

Com o recrudescimento do levante camponês, Porfírio Díaz renuncia e foge em 1911 e Madero é eleito novo Presidente.

Ao contrário do esperado, no entanto, Madero não promove as prometidas alterações no aparelho estatal, o que gera profunda insatisfação dos líderes camponeses que o apoiaram, notadamente de Emiliano Zapata, que se recusa a desarmar seus homens e exige a reforma agrária negada pelo novo Presidente.

Desatendido, Zapata promove, agora com o apoio de Pancho Villa, uma rebelião contra Madero e lança, em novembro de 1911, o célebre Plano Ayala, que dispunha sobre a distribuição de terra dos latifúndios para os camponeses.

O Presidente Madero, em reação, envia o general Victoriano Huerta para derrotar Zapata, que repele a ofensiva do exército e passa a ser tido como um prestigiado líder das camadas mais pobres<sup>22</sup>.

Em fevereiro de 1913, enquanto a luta prossegue no Norte e no Sul, o general Huerta assassina Madero e se torna o novo Presidente, o que levou à instauração de uma passageira frente da oposição, com participação de Zapata e Villa, chefiada pelo libe-

ral Venustiano Carranza, que proclama o Plano de Reconstrução Constitucional.

Sob pressão das forças revolucionárias, em julho de 1914 o general Huerta renuncia, passando o poder para Carranza que, depois de três anos de rebelião, dá início ao processo de construção das novas instituições mexicanas, o que apenas se consolidará mais de cinco anos depois.

Vitoriosos, os revolucionários dividem-se, agora, em constitucionalistas (Carranza e Álvaro Obregón), que propõem, simplesmente, a reforma da Constituição Liberal de 1857, e em convencionistas (Emiliano Zapata e Pancho Villa), que desejam implementar as propostas de transformações radicais da convenção de Aguascalientes (1914)<sup>23</sup>.

Nas regiões controladas por Zapata, começam a ser colocadas em prática as reformas do Plano Ayala, que prevê a devolução da terra às comunidades indígenas, expropriação de um terço das terras dos grandes proprietários para distribuição aos camponeses sem terra, fundação de um Banco Agrícola Nacional e de um Partido Agrário e confisco total das terras de quem se opusesse às reformas.

As medidas colocadas em prática por Emiliano Zapata, no entanto, são mais radicais e vão além daquilo que foi proposto no texto original do Plano Ayala. Além da reforma agrária, formam-se escolas técnicas, fábricas de ferramentas e um banco de crédito rural.

Venustiano Carranza, insatisfeito com as concretizações promovidas por Zapata, deseja institucionalizar e regulamentar as reivindicações revolucionárias e, em 1917, promulga a nova Constituição Mexicana, inspirada pela doutrina anarcossindicalista de Bakunin<sup>24</sup>.

Dois anos mais tarde, a nova Constituição ainda era completamente ignorada pelo Governo, Zapata era assassinado a mando de Carranza (1919) e o país prossegue em guerra civil até que, em 1920, Carranza é deposto e assassinado, e assume a Presidência

o general Álvaro Obregón, que, enfim, consolida a revolução.

Pancho Villa abandona a luta em 1920 e é assassinado três anos depois.

Em 1929 é fundado o Partido Revolucionário Nacional (PRN), rebatizado, em 1938, de Partido Revolucionário do México e, em 1946, de Partido Revolucionário Institucional (PRI), que se torna, por décadas, o virtual partido único no país<sup>25</sup>.

## 1.2. Os debates da Constituinte

Apesar de desnecessárias, algumas anotações referentes à Assembléia Constituinte ou aos debates nela travados serão, por sua peculiaridade, registradas no presente trabalho.

Cabe referir, neste ponto, que todas as referências que ora se faz à Constituinte Mexicana foram extraídas da magnífica obra – já mencionada neste estudo na nota de rodapé nº 19 – *El Constitucionalismo Social Mexicano – La integración constitucional de México (1808-1988)*, de Jorge Sayeg Helú.

A primeira curiosidade que se gostaria de enfatizar refere-se ao fato de que os militares não só formavam a maioria da constituinte, mas também eram os portadores das idéias mais radicais ali suscitadas (HELÚ, 1991, p. 600).

Outro dado interessante refere-se ao curtíssimo espaço de tempo utilizado na discussão e aprovação do novo texto constitucional, já que a Assembléia Constituinte foi aberta em 01/12/1916 e a Constituição promulgada em 31/01/1917, ou seja, apenas dois meses depois (HELÚ, 1991, p. 604).

De fato, tal como já se enfatizou quando da análise dos antecedentes históricos da Constituição Mexicana, não havia, entre os próprios revolucionários, posição uniforme sobre a necessidade de proceder-se a uma mera revisão do texto constitucional liberal de 1857 ou de confeccionar-se um novo texto constitucional.

Tanto é assim que, no dia da abertura da Constituinte, o Presidente Carranza (que depois viria a matar Emiliano Zapata) apre-

sentou ao Congresso seu projeto de “*Constitución Reformada*” (HELÚ, 1991, p. 604).

Apesar de se auto-reconhecer animado pelo melhor espírito de implementar as reivindicações revolucionárias, o projeto apresentado por Carranza foi tido como deficiente (HELÚ, 1991, p. 605), tendo se expressado, no que toca “*a las reformas sociales (...) en fórmulas amplias, casi abstractas, y reservaba su reglamentación efectiva a la ley secundaria*” (HELÚ, 1991, p. 606).

No que se refere às freqüentes remessas, ao legislador ordinário, muito ocorrentes na Constituição Brasileira de 1988, e constantes do projeto de Constituição Reformada por Carranza, assim se pronunciou Helú (1991, p. 607):

*“Mucho confió Carranza en el acierto de los legisladores ordinários, al pretender dejar a su cuidado el dictar las leyes reclamadas por el pueblo en los campos de batalla; por fortuna, empero, quienes acertaron fueron los legisladores constituyentes, al haber dado el paso decisivo, logrando romper aquel tabú que les impedía dar cabida dentro de la Constitución a las fórmulas sociales que una depurada técnica constitucional les aconsejaba a no incorporar a ella”.*

Feitos esses breves registros sobre alguns aspectos interessantes, relativos à Assembleia Constituinte Mexicana, deve-se, agora, analisar em que medida os direitos constitucionais por ela consagrados efetivamente inovaram em tema de concretização de direitos fundamentais sociais, examinando-se, também, se, em face das prescrições constantes da Constituição Mexicana de 1917, pode esse documento ser tido como o precursor do constitucionalismo social, que iria influenciar grande parte das Constituições do pós-segunda guerra.

### 1.3. O texto da Constituição Mexicana de 1917

A Constituição Mexicana promulgada em 31/1/1917 – e que entraria em vigor em 1/5/1917 – compunha-se de 136 artigos (a

maioria deles longos e com vários incisos), além das disposições transitórias.

Esses 136 artigos foram sistematizados em nove Títulos, que podiam, por sua vez, dividir-se em capítulos e seções.

O Título I da Constituição Mexicana de 1917 era formado por quatro Capítulos, quais sejam: Das Garantias Individuais (Cap. I), Dos Mexicanos (Cap. II), Dos Estrangeiros (Cap. III) e Dos Cidadãos Mexicanos (Cap. IV).

O Título II possuía apenas dois Capítulos: Da Soberania Nacional e da Forma de Governo (Cap. I) e Das Partes Integrantes da Federação e do Território Nacional (Cap. II).

O Título III organizava-se em quatro Capítulos: Da Divisão dos Poderes (Cap. I), Do Poder Legislativo (Cap. II) – este último capítulo dividia-se em quatro Seções: Da eleição e da instalação do Congresso; Da iniciativa e da formação das leis; Da competência do Congresso e Da Comissão Permanente –, Do Poder Executivo (Cap. III) e Do Poder Judicial (Cap. IV).

O Título IV tratava, unicamente, Das Responsabilidades dos Funcionários Públicos, o Título V, Dos Estados e da Federação, o Título VI (composto exclusivamente pelo célebre artigo 123), Do Trabalho e da Previdência Social. O Título VII tratava Das Disposições Gerais, O Título VIII, Das Reformas da Constituição e, finalmente, o Título IX cuidava Da Inviolabilidade da Constituição.

Da análise de cada um dos dispositivos constantes do texto constitucional mexicano, observa-se que a Constituição de 1917 não se limitou a consagrar, em seu corpo, as aspirações e reivindicações veiculadas pela Revolução, garantindo, também, ao lado das determinações de índole social, em seu Capítulo I (Das Garantias Individuais), inúmeros direitos clássicos à liberdade.

Entre o extenso rol de direitos de primeira dimensão constantes do Capítulo I do Título I da Constituição Mexicana, destacam-se os seguintes: proibição da escravidão (art. 2º); igualdade entre os sexos (art.

4<sup>o</sup>); liberdade de expressão e de informação (art. 6<sup>o</sup>); vedação à censura prévia (art. 7<sup>o</sup>); direito de petição (art. 8<sup>o</sup>); liberdade de reunião e de associação (art. 9<sup>o</sup>); direito à livre circulação (art. 11); princípio do juiz natural e proibição de juízo de exceção (art. 13); irretroatividade das leis prejudiciais aos cidadãos (art. 14); devido processo (art. 14, § 1<sup>o</sup>); legalidade em matéria penal (art. 14, § 2<sup>o</sup>); vedação à extradição por crimes políticos (art. 15); inviolabilidade de domicílio (art. 16); sigilo de correspondências (art. 16, § 2<sup>o</sup>); vedação ao exercício arbitrário das próprias razões (art. 17); acesso gratuito ao Poder Judiciário (art. 17, § 1<sup>o</sup>); vedação de prisão por dívida (art. 17, § 3<sup>o</sup>); garantias do acusado (art. 20 – frise-se, no ponto, que o sistema penal mexicano funda-se sobre a “base do trabalho”); vedação de penas cruéis (art. 22); princípio do *non bis in idem* (art. 23); liberdade religiosa (art. 24); mandato de seis anos conferido ao Presidente da República, “que por nenhum motivo poderá voltar a desempenhar este posto”<sup>26</sup> (art. 83 – direito à alternância política), e separação Estado/Igreja (art. 130).

Ao lado dos direitos de liberdade acima referidos, a Constituição Mexicana de 1917 previu, também, direitos e garantias de segunda dimensão. Estes – apesar de constantes, em sua essencialidade, nos arts. 27 e 123 – não se concentram em um único Capítulo da Constituição, apresentando-se, ao contrário, dispersos ao longo de todo o texto da Carta Política.

Sob tal aspecto, deve-se destacar as seguintes previsões: proteção à família (art. 4<sup>o</sup>)<sup>27</sup>, direito à saúde, de incumbência da Federação e das entidades federativas (art. 4<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>), direito à moradia digna, a ser concretizado por meio de apoio Estatal (art. 4<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>), proteção pública dos menores (art. 4<sup>o</sup>, § 4<sup>o</sup>), direito ao trabalho e ao produto que dele resulta (art. 5<sup>o</sup>), proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo (art. 5<sup>o</sup>, § 4<sup>o</sup>)<sup>28</sup> e a vedação à constituição de monopólios (art. 28 – direito esse de natureza eminentemente econômica).

Além de tais direitos de segunda dimensão, a Constituição Mexicana previu, em linhas gerais, em seu artigo 27 (pertinente à questão agrária no México e tido como um dos pilares da consagração, no texto constitucional, das idéias fulcrais da Revolução), a propriedade da nação relativamente às terras e águas (que podiam, ou não, ser transmitidas a particulares, mediante propriedade privada), a possibilidade de desapropriação de terras por utilidade pública, mediante indenização, a proteção da pequena propriedade (art. 27, XV) e a função social da propriedade.

Ao lado da questão agrária, tratada no art. 27 da Constituição, o artigo 123 (que compunha o Título VI: *Del Trabajo e de Prevision Social*) consubstanciava o outro pilar sustentador da consagração das aspirações revolucionárias em sede constitucional.

Destacam-se, nesse dispositivo – tido por alguns doutrinadores como inaugurador do Direito Constitucional do Trabalho –, as seguintes prescrições: direito ao emprego e correlata obrigação do Estado de promover a criação de postos de trabalho (art. 123, “caput”); jornada de trabalho máxima de oito horas (I); jornada noturna de seis horas (II); proibição do trabalho aos menores de 14 e jornada máxima de seis horas aos maiores de 14 e menores de 16 (III); um dia de descanso para cada 6 dias trabalhados (IV); direitos das gestantes (V); salário mínimo digno (VI), a ser estabelecido por uma comissão nacional formada de representantes dos trabalhadores, patrões e do governo; direito a salários iguais aos que exercem iguais funções, sem discriminação de gênero ou nacionalidade (VII); participação dos trabalhadores nos lucros das empresas (IX); horas extras limitadas a três diárias, realizadas no máximo três dias consecutivos, e acrescidas de 100% (XI); criação de um fundo nacional de habitação, a ser administrado pelo Governo Federal, pelos trabalhadores e pelos patrões (XII, § 1<sup>o</sup>); direito à capacitação ao trabalho (XIII); responsabilidade do empregador por acidente de trabalho

(XIV); direito à formação de sindicatos (XVI); direito de greve, reconhecido inclusive em favor dos patrões e em favor dos funcionários públicos (art. XVII); criação das juntas de conciliação, formadas por igual número de representantes dos trabalhadores e dos patrões e por um representante do governo (XX); direito à indenização em caso de demissão sem justa causa (XXII) e reconhecimento da utilidade pública da Lei de Seguro Social, que compreenderá “seguros por invalidez, por velhice, seguros de vida, de interrupção involuntária do trabalho, de enfermidades e acidentes de trabalho e qualquer outro seguro destinado à proteção e ao bem-estar dos trabalhadores, dos camponeses, dos não-assalariados e de outros setores sociais e respectivos familiares” (XXIX – traduzi).

Interessante notar que, não obstante o rol de direitos conferidos ao trabalhador seja de notável abrangência e extensão (deixando de observar, por isso mesmo, a melhor técnica constitucional<sup>29</sup> ao estabelecer, em sede constitucional, prescrições de índole eminentemente infraconstitucional<sup>30</sup>), não foi a classe trabalhadora relevante no processo revolucionário mexicano, pois, consoante já assinalado, a população mexicana que, em 1910, deu início ao movimento contrário ao ditador Porfírio Díaz era eminentemente composta por camponeses já que o México ainda não tinha experimentado um processo de industrialização que o permitisse contar com uma numerosa classe operária.

Daí por que parece ser o artigo 27 – pertinente à questão agrária mexicana – aquele que incorporou, de uma maneira mais fiel, as legítimas reivindicações constantes da revolução e aquele que atendeu, de maneira mais imediata, os pedidos que mais afetavam, diretamente, a vida dos mexicanos.

Nesse sentido, manifesta-se Ary Brandão de Oliveira (1991, p. 66), que, citando Nestor de Buen (1977, p. 232) e ao colocar em destaque o viés eminentemente camponês da revolução mexicana, afirma que “a questão

operária ainda não se fazia sentir em um país que apenas iniciava seu processo de industrialização. Por outro lado, a sensibilidade dos jovens generais e chefes revolucionários orientava-se no sentido da adoção de soluções enérgicas na ordem jurídica laboral”.

Mário de la Cueva (1960), ao enfatizar a importância do art. 123 da Constituição Mexicana e ao investigar as origens do movimento em prol de uma legislação trabalhista no México, adverte que a ingerência no desenvolvimento do direito do trabalho mexicano deve-se, unicamente, ao governo presidencialista, não tendo assumido a classe operária nenhuma participação nesse processo.

Registre-se, finalmente, um aspecto pouco referido da Constituição Mexicana de 1917: a sua nítida integração, ao lado dos direitos de primeira e de segunda dimensão, de direitos fundamentais de terceira dimensão.

Com efeito, como se sabe, os direitos de terceira geração são aqueles que protegem não o homem, considerado isoladamente, mas, sim, a coletividade como um todo, razão pela qual trata-se de direitos de titularidade difusa, fundados nos princípios da fraternidade ou da solidariedade. No rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão, incluem-se, por exemplo, o direito a um meio ambiente equilibrado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos e à preservação do patrimônio histórico e cultural<sup>31</sup>.

O artigo 3º da Constituição Mexicana, ao versar sobre o sistema público de educação, afirma que este deverá promover, além de todas as faculdades do ser humano, “a consciência da solidariedade internacional”, em claro beneplácito ao princípio inspirador dos direitos de terceira dimensão e com nítida percepção de que determinados valores devem ser protegidos não apenas em relação ao indivíduo (primeira dimensão) ou a uma coletividade nacional (segunda dimensão), mas, sobretudo, em face de toda a comunidade (terceira dimensão).

No artigo 25, que trata sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, afirma-se que os setores sociais e privados da economia sujeitam-se aos interesses públicos e ao uso, em benefício geral, dos recursos produtivos, devendo-se cuidar, portanto, de “*su conservación y el médio ambiente*” (art. 25, § 4<sup>a</sup>).

No artigo 27, por sua vez, ao serem disciplinados a reforma agrária e o modo de organização dos assentamentos, reconhece-se a necessidade de se editar medidas para “*preservar y restaurar el equilibrio ecológico*” e, também, para “*evitar la destrucción de los elementos naturales*”.

Da análise dessas três passagens constantes do texto constitucional mexicano, pode-se concluir que tal diploma não apenas reconheceu e positivou direitos de terceira dimensão, mas também – ao colocá-los em relação de recíproca interação e mútua influência com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à propriedade (1<sup>a</sup> dimensão) e a função social da propriedade (2<sup>a</sup> dimensão) – teve nítida percepção do caráter complementar que lhes é inerente.

## 2. A Constituição da República de Weimar (1919)

### 2.1. Antecedentes históricos

Assim como a Constituição Mexicana que cronologicamente lhe antecedeu, também a Constituição de Weimar nasceu num período de profundas perturbações sociais.

Para analisar o contexto histórico em que se deu o advento da Constituição de Weimar, deve-se remeter à vitória alemã, liderada por Bismarck, na Guerra Franco-Prussiana (1870) e ao estímulo que essa vitória representou para o início da luta de unificação federalizada dos principados e das cidades livres de língua alemã na Confederação Germânica.

Concretizada, sob o reinado do Kaiser Guilherme II, a criação do Primeiro *Reich*, a Alemanha experimentou um notável crescimento urbano-industrial, o que gerou um

aumento em sua classe operária militante e, conseqüentemente, nas reivindicações por ela manifestadas.

Essa realidade de prosperidade interna representou, também, um dos fatores que impulsionaram a Alemanha a tomar parte na acirrada disputa européia por fatias de mercado consumidor e, conseqüentemente, a participar da Primeira Grande Guerra, da qual saiu como grande derrotada.

A entrada da Alemanha na Primeira Guerra, no entanto, trouxe profundas conseqüências internas, causadas pelo elevado número de mortos e feridos<sup>32</sup> e, também, pela profunda crise econômica que se abateu sobre um país totalmente voltado a atividades bélicas<sup>33</sup>.

Marco Aurélio Peri Guedes (1998, p. 35), em sua dissertação de mestrado, afirma que “a guerra começou em 4 de agosto de 1914, sem que a Alemanha estivesse economicamente preparada. Na verdade – prossegue ele – os militares e os políticos esperavam que a guerra fosse vencida em poucas semanas. Não houve qualquer preocupação governamental em estocar alimentos para uma guerra em longo prazo, até porque tudo estava concentrado no esforço de guerra”.

Nos últimos anos de guerra, a situação interna na Alemanha é de profundo caos, o que também foi agravado pelo intenso bloqueio naval inglês, que trouxe escassez de alimentos à população e conseqüente inflação de preços (GUEDES, 1998, p. 37).

Nesse contexto, levantes começam a eclodir em toda a Alemanha, levantes esses que, agora, além de decorrerem da miséria e da crise social internas, eram também inspirados pelo recente e próximo exemplo da União Soviética<sup>34</sup>.

Iniciou-se uma verdadeira revolução bolchevista no seio do *Reich*. Os partidos de extrema esquerda – espartaquistas e socialistas independentes – exigiam a dissolução das instituições parlamentares alemãs (SILVA, F., 1991, p. 42).

Em novembro de 1918, eclodiu na Alemanha uma rebelião naval que culminou

por transformar-se numa guerra civil (COMPARATO, 2001, p. 196).

Lionel Richard (1988, p. 29-31) assim descreveu a revolta que se iniciou, em 1918, no porto de Kiel:

“Os marinheiros se haviam recusado a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar. As más condições de vida fizeram o resto: a bandeira vermelha foi hasteada nos navios e 20.000 marujos armados ocuparam o porto. Desarmaram oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis, elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, interromperam o trabalho nas fábricas. Os grevistas formaram um conselho de operários. Após Kiel, o processo se repetiu em Stuttgart e Hamburgo. As estações foram ocupadas, as tropas levantaram contra os oficiais, os comandantes militares foram substituídos, os meios de transporte requisitados por soldados em revolta. Símbolos de séculos de opressão, as insígnias foram por toda parte destruídas; bandeiras vermelhas foram hasteadas; organizaram-se conselhos de operários e de soldados...”.

A reforma constitucional do texto alemão, de 3/11/1918, que determinou a parlamentarização da Alemanha e que passou o poder ao Príncipe Max von Baden<sup>35</sup> (que também estava incumbido de celebrar o armistício com os Estados Unidos), foi, portanto, tardia e não conteve o fluxo das agitações sociais (BRUNET, 1921, p. 32-33).

Na linha do relato histórico feito por Comparato (2001, p. 196-198), tem-se que, logo após a reforma constitucional de 03/11/1918, em 8/11/1918, uma República “Democrática e Socialista” era proclamada na Baviera.

Sentindo que a esquerda mais radical – especialmente o grupo *Spartak*, liderado por Karl Liebknecht – ganhava o apoio das lideranças populares, os sociais democratas (integrantes do partido socialista majoritá-

rio) abandonam definitivamente o governo e convocam uma greve geral.

O Príncipe Marx, então, anuncia a abdicação do Imperador, designa Friederich Ebert (líder dos social-democratas) para exercer as funções de chanceler, propondo, ainda, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Precipitando-se, no entanto, Philip Scheidemann, ministro integrante da social-democracia, anuncia, no mesmo dia, no balcão da chancelaria em Berlim, a proclamação da República<sup>36</sup>.

Formou-se, então, um governo provisório (Conselho dos Delegados do Povo), chefiado por Ebert e que compreendia três integrantes da social-democracia (SPD) e outros três integrantes do Partido Social Democrático Independente (USPD)<sup>37</sup>. Esse governo provisório, no entanto, tinha objetivos divergentes<sup>38</sup>, pretendendo o SPD a convocação de assembléia constituinte e o estabelecimento de uma democracia parlamentar, enquanto o USPD buscava o imediato estabelecimento de uma ditadura do proletariado, com a completa socialização da economia nos moldes soviéticos.

Essa divergência foi solucionada mediante a convocação de um congresso de representantes das diferentes províncias integrantes do *Reich*, que, reunido em Berlim, em 20/01/1919, deliberou, por ampla maioria, no sentido da convocação de uma assembléia constituinte.

O local escolhido para sediar a Assembléia Constituinte foi Weimar, eis que, além de trazer a inspiração de Goethe, que ali vivera, ficava afastada das lutas travadas em Berlim em função do levante spartakista<sup>39</sup>.

É que dias antes (entre 6 e 15 de janeiro) as forças militares alemãs travaram violentos conflitos em Berlim contra os militantes *Spartak*, do que resultou o assassinato de seus líderes Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht.

Convocadas as eleições para a Assembléia Constituinte, antecipava-se aquilo que seria uma das causas da ruptura de Weimar: a absoluta fragmentação política e ausência de maioria positiva no Parlamento<sup>40</sup>.

Sob tal aspecto, irretocáveis as palavras de Bourthoumieux (1950, p. 28):

“Cette dissociation du pouvoir réel et du pouvoir legal caractérise dès le début la période nouvelle et marque ce qui en sera la loi constante: nécessité de réaliser et de maintenir un compromis entre des forces naturellement divergentes. Ce compromis, uniquement imposé par la crainte commune de la Révolution n’est qu’une trêve momentanée pour les adversaires de la République. Il ne suppose aucun accord sur les questions politiques et sociales. Cet accord n’existe même pas dans la coalition républicaine des socialistes, des démocrates et du centre. Dès les premières séances de l’Assemblée nationale, il fut visible que seuls les discours qui exaltaient l’héroïsme des armées et repoussaient toute responsabilité du Reich dans la guerre étaient capables de faire l’unanimité”.

Os membros do SPD obtiveram a maioria das cadeiras<sup>41</sup>, mas não sua maioria absoluta (163, num total de 414). As demais cadeiras restaram pulverizadas entre partidos de tendências diversas, ficando o USPD, com apenas 22 representantes. Os *spartak*<sup>42</sup> não participaram da Assembleia Constituinte<sup>43</sup>.

O projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica adepto do comunitarismo, até então alijado do centro acadêmico alemão<sup>44</sup>, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber, que era considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda<sup>45</sup>.

Em 9 de julho de 1919, a Assembleia ratificaria o Tratado de Versalhes (verdadeiro *Diktat*) – que, pelas duras penalidades e indenizações econômicas que impôs à Alemanha, representaria um outro fator determinante do colapso de Weimar em 1933 (após o golpe final desferido pela Crise de 1929) – e, em 11 de agosto de 1919, restava promulgado o novo texto constitucional da

república alemã (agora, uma República Federativa, formada por 17 Länder).

## 2.2. O texto da Constituição de Weimar de 1919

A Constituição Alemã de 1919 era composta por 165 artigos (excetuando-se as disposições transitórias), divididos em dois livros: Livro I, relativo à “Estrutura e Fins da República”, e Livro II, pertinente aos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”.

O Livro I, por sua vez, ao dispor sobre a estrutura e as finalidades da República, dividia-se em sete capítulos, quais sejam: Capítulo I (A República e os estados); Capítulo II (O Parlamento); Capítulo III (O Presidente da República e o Governo Federal); Capítulo IV (O Conselho da República); Capítulo V (A Legislação da República), Capítulo VI (A Administração da República) e Capítulo VII (A Administração da Justiça).

O Livro II do texto constitucional de Weimar, que estabelecia os direitos e os deveres fundamentais do cidadão alemão, possuía os seguintes capítulos: Capítulo I (A pessoa individual); Capítulo II (A vida social); Capítulo III (Religião e agrupamentos religiosos); Capítulo IV (Educação e escola) e Capítulo V (A vida econômica).

O Livro I, enquanto veiculador da organização do Estado, da estruturação de seus órgãos e dos limites de atuação dos *Länder* em face do *Reich* e de cada um dos Poderes Políticos em relação aos demais, não traz maiores inovações, eis que, em regra, os textos políticos destinam-se a estabelecer prescrições de tal natureza<sup>46</sup>.

Foi sobre o Livro II, no entanto (que compreende os artigos 109 a 165), que incidiu maior parte da atenção dos estudiosos. Não faltaram críticas aos direitos e garantias nele constantes. Técnicas de hermenêutica foram aprimoradas para permitir que os direitos fundamentais conferidos por esses dispositivos ao povo alemão pudessem alcançar nível mais elevado de concretização. Chegou-se também a sustentar que a Constitui-

ção Alemã possuía uma contradição absoluta entre seus dois livros, que estabeleciam uma organização liberal de Estado, de um lado, e conferiam direitos de natureza socialista, de outro (SCHMITT, 1982).

O fato, no entanto, é que o rol sistematizado de direitos constante do Livro II da Constituição de Weimar, ao garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de índole social, notabilizou e celebrizou a Constituição Alemã de 1919, que, não obstante suas imperfeições – inerentes a toda obra humana –, inspirou textos constitucionais por todo o mundo, inclusive no Brasil (Constituição de 1934).

Não obstante seja o Livro II dividido em cinco capítulos temáticos (A pessoa individual; A vida social; Religião e agrupamentos religiosos; Educação e escola e A vida econômica), revela-se incompleto o estudo que, partindo apenas da análise dos respectivos títulos, pretenda classificar, *a priori*, quais dimensões de direitos fundamentais foram contempladas em cada um desses capítulos.

É que o Capítulo II, por exemplo – que tem como tema central “A vida social” –, não apenas dispõe, ao contrário do que pode parecer, sobre direitos fundamentais de índole social, possuindo, também, prescrições de natureza eminentemente liberal, consagradoras das chamadas liberdades públicas, tal como aquela referente ao direito de petição (Capítulo II, art. 126).

Desse modo, apesar de a Constituição de Weimar possuir, como característica, a organização e sistematização de seus preceitos (ao contrário do que se verifica na Constituição Mexicana), ainda assim as diversas espécies de direitos fundamentais encontram-se dispersas no corpo do texto constitucional, devendo-se, portanto, para identificá-las, proceder a um exame de cada um dos 165 artigos da referida Carta Política.

Desse modo, entre o extenso rol de direitos fundamentais de primeira geração constantes da Constituição de Weimar, destacam-se os seguintes: direito à igualdade (art.

109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito à nacionalidade (art. 110); liberdade de circulação no território e para fora dele (art. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art. 113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); liberdade de manifestação do pensamento (art. 118); vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a pornografia e a obscenidade<sup>47</sup> (art. 118, § 1º); proteção ao matrimônio e à família (art. 119)<sup>48</sup>; igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119); igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121); liberdade de reunião (art. 123); liberdade de associação (art. 124); direito ao voto secreto (art. 125); direito de petição ao Poder Público (art. 126); igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 128); direito adquirido e reivindicáveis perante o Poder Judiciário, em tema aspirações patrimoniais de servidores públicos e soldados de carreira (art. 129, “caput” e § 3º); liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135); separação Estado/Igreja (art. 137); liberdade de associação religiosa (art. 137, § 1º) e liberdade de sindicalização (art. 159).

Entre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar –, devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, §

2<sup>o</sup>); função social da propriedade<sup>49</sup>; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1<sup>o</sup>); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1<sup>o</sup>) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).

Registre-se, por oportuno, que, tal como ocorre com a Constituição Mexicana de 1917, também um aspecto da Constituição de Weimar costuma ser desconsiderado pela doutrina: a existência, no corpo de seu tex-

to, de dispositivo destinado unicamente a contemplar direitos fundamentais de terceira dimensão.

Com efeito, o art. 150 da Constituição da República Alemã de 1919, ao dispor que “os monumentos de arte, históricos e naturais, bem como a paisagem, gozam da proteção e incentivo estatais”, positivou, em sede constitucional, típicos direitos de terceira dimensão, titularizados por toda a coletividade e consistentes na garantia de preservação do meio ambiente (“monumentos naturais” e “paisagem”) e de conservação dos patrimônios históricos e culturais (“monumentos históricos” e “monumentos de arte”).

### 3. Uma análise comparativa dos textos da Constituição Mexicana e da Constituição de Weimar

Inicialmente, procederemos a um cotejo das disposições constantes de cada uma dessas Cartas Políticas, relativamente aos direitos fundamentais de primeira dimensão:

<i>Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.</i>	<i>Constituição Mexicana de 1917</i>	<i>Constituição de Weimar de 1919</i>
Direito à igualdade	Art. 4 <sup>o</sup>	Art. 109
Liberdade de circulação no território nacional e para fora dele	Art. 11	Arts. 111 e 112
Direitos das minorias	-	Art. 113
Inviolabilidade de domicílio	Art. 16	Art. 115
Irretroatividade da lei penal	Art.14	Art. 116
Sigilo de correspondências	Art. 16 § 2 <sup>o</sup>	Art. 117 (incluídos os sigilos aos dados telegráficos e telefônicos)
Liberdade de manifestação do pensamento	Art. 6 <sup>o</sup>	Art. 118
Vedação à censura	Art. 7 <sup>o</sup>	Art. 118, § 2 <sup>o</sup> (exceto na proteção à juventude e no combate à pornografia)
Proteção ao matrimônio e à família (garantias institucionais)	-	Art. 119
Igualdade jurídica entre cônjuges	-	Art. 119
Igualdade jurídica entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio	-	Art. 121
Liberdade de reunião e associação	Art. 9 <sup>o</sup>	Arts. 123 e 124
Direito de petição ao Poder Público	Art. 8 <sup>o</sup>	Art. 126
Igualdade de acesso aos cargos públicos	-	Art. 128

<i>Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.</i>	<i>Constituição Mexicana de 1917</i>	<i>Constituição de Weimar de 1919</i>
Direitos adquiridos	-	Art. 129, “caput” e § 3º (relativamente a pretensões pecuniárias relativas a servidores públicos e soldados de carreira)
Liberdade de consciência e crença religiosa	Art. 24	Art. 135
Separação Estado/Igreja	Art.130	Art. 137
Proibição à escravidão	Art 2º	-
Princípio do juiz natural e proibição de juízo de exceção	Art. 13	-
Devido processo	Art. 14 § 1º	-
Vedação ao exercício arbitrário das próprias razões	Art. 17	-
Acesso gratuito ao Poder Judiciário	Art. 17 § 1º	-
Vedação de prisão por dívida	Art. 17, § 3º	-
Princípio do “non bis in idem” em matéria criminal	Art. 23	-

Do exame do quadro acima, pode-se perceber que as duas Constituições tiveram percepção semelhante no que se refere à necessidade de não apenas abranger-se a proteção constitucional aos direitos de índole social, mas, também, de se preservar o conteúdo das liberdades públicas já alcançadas.

Não há nada de discrepante entre os dois textos constitucionais em exame (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919) que indique que qualquer um desses diplomas (frutos, respectivamente, de uma revolução camponesa e de uma assembléia constituinte convocada em meio a profunda crise econômica e a perturbações sociais *também* imputáveis à ameaça socialista) tendesse, desde seu início, à instituição de regimes autoritários.

Pelo contrário, o quadro acima reflete que o rol das liberdades públicas foi ampliado nos textos Mexicanos e de Weimar, cabendo destacar, por sua vanguarda, dispositivo da Constituição de Weimar que assegurava a igualdade entre filhos havidos na constância do matrimônio ou não.

Chama a atenção, no entanto, a ausência, no texto de Weimar, de dispositivos integrantes do chamado “direito processual constitucional”, consistentes nos princípios básicos do devido processo legal e do juiz

natural. Nada há, no entanto, como já acentuado, que indique o caráter proposital dessa “lacuna”.

No que se refere aos direitos de segunda dimensão, pode-se perceber uma nítida diferenciação entre os dois textos quanto aos temas sociais prioritários, eleitos pelos diplomas constitucionais para os fins de outorgar-se especial proteção.

Com efeito, pode-se observar que a Constituição Mexicana – apesar de ter reconhecido outros direitos, como o direito à educação (art. 3º), à saúde (art. 4º, § 2º) e o direito à moradia (art. 4º, § 3º) – concentrou-se, de maneira sensível – e até mesmo em razão de sua origem –, na solução das questões agrárias (art. 27) e dos direitos trabalhistas (art. 123).

Os direitos sociais fulcrais no ordenamento jurídico mexicano são o reconhecimento da função social da propriedade e da possibilidade de esta ser distribuída por desapropriação, de um lado, e a outorga de especial proteção ao trabalhador, inclusive mediante a instalação de um regime de previdência social, de outro.

Na realidade, uma análise dos textos constantes dos arts. 27 e 123 revela que todos os demais direitos ali elencados decorrem, materialmente, do direito de proteção

ao trabalho, de um lado, e da função social da propriedade, de outro.

Esse aspecto, por óbvio, não pode, de maneira alguma (e nem aqui se pretende isso), desqualificar o texto constitucional mexicano, indubitavelmente a Constituição que, cronologicamente, instaurou a fase do constitucionalismo social ao prever, em seu corpo, ao lado das liberdades clássicas, direitos fundados na essencial igualdade material dos indivíduos, garantindo aos camponeses a possibilidade de obtenção de terra mediante sua redistribuição pelo Governo e o respeito à pequena propriedade rural e assegurando aos trabalhadores direitos mínimos, como aqueles relativos à jornada de trabalho, à fixação de um salário mínimo, à especial proteção conferida aos ambientes de trabalho perigosos ou insalubres, à participação nos lucros das empresas, à proteção à trabalhadora gestante e à possibilidade de se submeter as controvérsias decorrentes do contrato de trabalho a um órgão de julgamento neutro, composto por igual número de representantes de trabalhadores e patrões e por um membro do governo.

Os avanços alcançados pela Constituição Mexicana de 1917 em tema de direito agrário e de direito do trabalhador são, portanto, irrecusavelmente notáveis.

Deve-se destacar, no entanto, que, apesar da histórica primazia cronológica mexicana em tema de positivação constitucional de direitos de natureza social, a abrangência e a extensão nas quais esses direitos foram consagrados (com enfoque nas questões agrárias e trabalhistas) fizeram com que o exemplo Mexicano, não obstante inspirador, culminasse por configurar um modelo de referência quase que regional, muito adequado à realidade daquele país, mas pouco universalizante.

Com efeito, as reivindicações concernentes à necessidade de se conferir especial proteção aos trabalhadores em geral, consoante se observou do breve relato do contexto histórico do pós-guerra, eram praticamente

globais, ao menos em tema de mundo ocidental (até mesmo em face do exemplo e da ameaça soviéticos).

O advento de uma nova classe operária, mais organizada em função de seus interesses, foi conseqüência de um processo de industrialização da produção que, em uma ou outra medida e em graus diversos de intensidade, atingiu a quase totalidade dos países europeus e americanos, o que fez com que reivindicações de direitos trabalhistas fossem uma constante na época.

Sob tal aspecto, a Constituição Mexicana desempenhou papel de vital importância, pois não apenas reconheceu direitos, mas, também, conferiu-lhes estatura constitucional, tudo a significar a especial proteção de que seriam titulares.

Irretocáveis, no ponto, as palavras de Karl Loewenstein (1970, p. 401):

“Como postulados expressamente formulados, os Direitos Fundamentais socioeconômicos não são absolutamente novos: alguns deles, como o direito ao trabalho, foram inscritos nas Constituições Francesas de 1793 e 1848. Mas foi apenas em nosso século, depois da primeira e, em maior grau ainda, depois da segunda guerra mundial, que se converteram no equipamento-padrão do constitucionalismo. Foram proclamados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917, que, com um salto, se poupou todo o caminho para realizá-los: todas as riquezas naturais foram nacionalizadas e o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos”.

Deve-se registrar, no entanto, a advertência de Mario de la Cueva (1960), que, ao colocar em destaque a falta de originalidade do art. 123 da Constituição Mexicana, afirma que a maioria das disposições ali contidas já eram conhecidas de outros povos. O legislador mexicano, segundo ele, inspira-

va-se visivelmente nas experiências de países como França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia.

A circunstância de que o conteúdo material das prescrições trabalhistas veiculadas pela Constituição Mexicana já havia sido contemplado em outros textos legais europeus associada, ainda, ao fato de que, na Europa, a questão agrária, de longe, não assumia as feições com que ela se registrava no México culminaram por fazer com que a Constituição Mexicana tivesse, ela própria, pouca influência na confecção das outras constituições que aderiram ao modelo do constitucionalismo social.

Utilizando-se de expressão constante do texto de Loewenstein, pode-se afirmar que a Constituição Mexicana, apesar de cronologicamente pioneira, culminou por não assumir a condição de “equipamento-padrão”, inspirador e conformador dos textos constitucionais posteriores.

A questão dos direitos trabalhistas, de grande relevância na época, não era nova nos países europeus (não obstante tais prescrições não estivessem contidas, tão detalhadamente, em textos constitucionais). Também o tratamento dado à questão agrária mexicana, por peculiar, não poderia ser estendido, de maneira irrestrita, às futuras Constituições.

Adicione-se a isso, ainda, a existência, à época, de poucos doutrinadores mexicanos que, ao analisarem a Constituição de 1917, difundissem, por suas obras, as conquistas sociais alcançadas em continente americano. Como resultado, tem-se a pouca repercussão, fora daquele país, do texto constitucional mexicano.

Ao contrário disso tudo, a Constituição de Weimar, que nascia dois anos após, previa, ao lado dos direitos dos trabalhadores e do estabelecimento da função social da propriedade, um rol sistematizado de outros direitos, do qual se destacam, por exemplo, o avançado sistema de educação pública, obrigatória e gratuita, que previa, inclusive, a gratuidade do material escolar e a

subvenção de famílias carentes para que seus filhos pudessem ir à escola (arts. 145 e 146). O sistema de previdência social, por sua vez, foi estabelecido de maneira mais organizada e explícita, com previsão de participação do segurado (art. 161), sendo, ainda, dividido em regime de previdência do setor público – para funcionários públicos (art. 129) – e regime geral de previdência (art. 161). Estabeleceu-se, também, como meio de incentivo à pesquisa, o direito à proteção autoral do inventor e do artista (art. 158).

O Capítulo V da Constituição de Weimar, por sua vez, ao tratar sobre “A vida econômica”, estabeleceu, ao lado de prescrições como a pertinente à função social da propriedade (art. 153) e à criação de um regime previdenciário (art. 161), um sistema de participação de empregados (“de todos os grupos profissionais importantes”) na condução das políticas de “desenvolvimento econômico das forças produtivas” (art. 165).

Essa participação era concretizada por meio dos celebrizados Conselhos Operários (que se organizavam, em termos de abrangência, da seguinte maneira: conselho operário de empresa, conselho operário de circunscrição e Conselho Supremo do Trabalho, além dos Conselhos Econômicos de circunscrição e do Conselho Supremo de Economia).

Nos termos da Constituição Alemã, “todos os projetos de lei político-sociais ou político-econômicos, de importância fundamental, devem passar pelo conhecimento do Conselho Supremo de Economia, antes de serem apresentados” (art. 165, § 2º). O Conselho Supremo de Economia, ele próprio, também tinha poderes para apresentar projetos de lei de sua iniciativa.

Com a instituição dos Conselhos, a Constituição de Weimar reconheceu não apenas a necessidade de intervenção estatal em determinadas esferas, para os fins de viabilizar a fruição, por um maior número de pessoas, dos direitos fundamentais por ela previstos, mas estabeleceu, também, que os termos, as medidas e os modos com os quais essa intervenção se efetivaria deveriam con-

tar com o apoio, o respaldo e a opinião das categorias econômicas envolvidas.

As prescrições de direitos fundamentais sociais constantes da Constituição de Weimar, desse modo, parecem concretizar preocupações de caráter menos regional e mais abstratas e universalizantes<sup>50</sup>, mais adaptáveis, portanto, à realidade de outros países e, por isso mesmo, mais inspiradoras.

Adicione-se a isso tudo o fato de a Constituição de Weimar vir acompanhada e enriquecida por um intenso debate, travado entre nomes de peso (como, por exemplo, Schmitt, Kelsen, Heller, Anschütz, Smend, entre outros tantos), que, seja criticando, seja preservando, culminou por dar expressão e divulgar a experiência alemã para o restante do mundo.

Parecem irretocáveis, desse modo, as palavras de Ary Brandão de Oliveira (1991, p. 67), que, ao referir-se à Constituição Mexicana de 1917, assim se pronunciou:

“Efetivamente, seria faltar à verdade afirmar uma repercussão que inexistiu. Em termos genéricos, a Europa desconheceu a legislação mexicana. As atenções do mundo jurídico se voltaram para a Constituição alemã de Weimar, a cuja promulgação seguiu-se vigorosa literatura. Nesse particular, a avançada posição mexicana viu-se prejudicada pela escassez de estudos doutrinários a seu respeito”.

Também nessa linha é o entendimento de Dario José Kist (2000, p. 95-96), para quem, embora seja a Constituição Mexicana “um dos primeiros marcos da legislação social”, a “principal das legislações constitucionais de cunho social que apareceram foi a Constituição Alemã de 1919”, eis que o advento do diploma constitucional mexicano se deu “sem maiores expressões e influências fora do México”.

#### 4. Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição

de Weimar de 1919 devem sempre ser lembradas, ambas, como os primeiros textos constitucionais que efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado para que este viabilize a plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares.

Um outro aspecto importante e pouco lembrado das Constituições Mexicana e Alemã (1919) é a expressa referência, delas constante, à garantia de direitos fundamentais de terceira dimensão, como aqueles pertinentes à proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A importância desses dois textos constitucionais, portanto, é notável, vez que dão início a uma nova fase do constitucionalismo (fase essa ainda em discussão e novamente posta em questionamento), que é a fase do constitucionalismo social.

Advirta-se, por oportuno, que nenhum desses textos deve ser analisado pelos resultados que efetivamente gerou, eis que, como se sabe, a Constituição de Weimar teve vida breve (até 1933), tendo assistido ao advento do regime nazista, e o diploma Mexicano, embora em regime de plena vigência, tenha questionados, por alguns doutrinadores, seus atributos de identidade e rigidez constitucional, ante a numerosa quantidade de reformas a que já foi submetido.

Feitas essas considerações, e não deixando de colocar em destaque a importância histórica e política dessas duas notáveis Constituições, não se pode deixar de atribuir à Weimar a qualidade de texto constitucional *preponderante* em tema de inauguração da fase do constitucionalismo social.

Na realidade, coube a Weimar ser o “equipamento-padrão” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 401) que motivou, influenciou e conformou a elaboração de Constituições, que, por todo o mundo, passaram agora a sistematizar, em seus textos, disposições pertinentes aos direitos econômicos e soci-

ais dos indivíduos, bem assim relativas à maneira como deve atuar o Estado na implementação de tais garantias.

Essa preponderância de Weimar sobre a Constituição Mexicana, cronologicamente anterior, deve-se não apenas à circunstância de se tratar de uma constituição promulgada em solo europeu (e não em longínquas terras americanas), mas, também, à natureza mais abstrata e menos “local” de suas prescrições e à força, autoridade e vivacidade da doutrina constitucional alemã da época, que fez correr pelo mundo as vitórias e as vicissitudes do novo texto republicano de 1919.

### Notas

<sup>1</sup> Na realidade, tal como enfatizaremos no corpo do presente trabalho, e até mesmo em função da complementaridade inerente às diversas categorias de direitos fundamentais, tais direitos – para que sejam reais e efetivos, e não apenas abstratos – sempre devem vir acompanhados da noção de Estado Democrático. É por tal razão que não se considerarão, no presente estudo, e em tema de constitucionalismo social, as diversas Constituições outorgadas no âmbito da União Soviética, nas quais, a pretexto de se proteger direitos de índole social, aniquilaram-se todas as liberdades públicas dos cidadãos.

<sup>2</sup> Cf. Miranda, 2000, p. 22. Nesse mesmo sentido: Moraes (2003). Segundo Afonso Arinos de Mello Franco, 1958, p. 188, “não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia...”.

<sup>3</sup> Deve-se destacar que nem todos os autores distinguem o conceito desses três termos. Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 125), p. ex., distingue apenas os direitos humanos dos direitos fundamentais, aqueles primeiros sendo sinônimos dos direitos do homem. Alexandre de Moraes (2003) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996), por sua vez, preferem, como bem o dizem os títulos de suas respectivas obras, a expressão direitos humanos fundamentais. Canotilho (1996, p. 528) fala em “direitos fundamentais formalmente constitucionais” e “direitos materialmente fundamentais”, representando, aqueles, os direitos reconhecidos e consagrados por normas de estatura constitucional e, estes últimos, os outros direitos fundamentais, constantes de outras leis ou de atos internacionais. José Afonso da Silva (1996, p. 176), por sua

vez, entende que a expressão ideal seria “direitos fundamentais do homem”.

<sup>4</sup> Após uma análise sobre as diversas posições no tema, Bruno Galindo (2003, p. 47-49) culmina apenas por distinguir direitos humanos (ou direitos do homem) e direitos fundamentais, estes últimos representando todos os direitos e garantias positivados, seja em sede constitucional doméstica, seja no âmbito internacional.

<sup>5</sup> Cf. também, sobre o assunto, Jorge Miranda (2000, p. 51-52): “... a locução ‘direitos fundamentais’ remonta principalmente à Constituição de Weimar e tende agora a generalizar-se. Usam-na entre tantas, Constituições como a alemã (...), a moçambicana (...), a angolana (...), a espanhola (...) ou a búlgara (...) – assim como a portuguesa (...). Explicam esse fenômeno o ultrapassar da concepção oitocentista dos direitos e liberdades individuais e, sobretudo, o enlace entre direitos e Constituição. Porque constantes da Lei Fundamental, são os direitos fundamentais aqueles direitos que assumem também a específica função que a Constituição vem adquirindo na Europa e no resto do mundo, ao longo dos últimos cinquenta anos – em resultado de preceitos expressos, do papel proveniente da justiça constitucional e de uma crescente consciência difundida na comunidade jurídica”.

<sup>6</sup> Em sentido contrário ao do texto, o Professor Sérgio Resende de Barros (2003, p. 37-38) expressamente rejeita a distinção terminológica ora proposta.

<sup>7</sup> Frise-se, por relevante, que essa distinção não faz com que os três referidos conceitos sejam estanques. Há interação. Os direitos humanos internacionais muitas vezes encontram matizes nos direitos consagrados pelos Estados e estes, por sua vez, muitas vezes positivam em suas constituições normas de direitos relativos à pessoa humana constantes de diplomas internacionais. Daí a importância, por exemplo, da Declaração Universal de 1948, que inspirou muitas constituições do pós-guerra.

<sup>8</sup> Constituição Norte-Americana de 1787 e Constituição Francesa de 1791. Não se ignora a importância de documentos como Magna Carta (1215), a *Petition Right* (1628), a *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689). Repita-se, no entanto, que os objetivos – limitados, é certo – do presente trabalho centram-se na análise de textos constitucionais, para, a partir deles, estudar-se a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social.

<sup>9</sup> Basta apenas lembrar, para tanto, por exemplo, que a Constituição Imperial do Brasil, de 1824, já previa o direito à educação, típico direito de natureza social.

<sup>10</sup> Alguns exemplos de Constituições Liberais que continham dispositivos sociais: Constituição da

Venezuela de 1812 (Constituição da Província de Barcelona), art. 23 (proteção ao trabalho e “seguro-desemprego”), Constituição Francesa de 1848, art. 13 (assegurou o direito ao trabalho e a garantia ao trabalho), Constituição Suíça de 1874, art. 34 (previa o direito da Confederação, e não dos Cantões, de editar normas uniformes sobre o trabalho das crianças nas fábricas, jornada de trabalho dos adultos e proteção ao trabalhador nas hipóteses de exercício de atividade perigosa ou insalubre). Cf., sobre o direito ao trabalho na Constituição Francesa de 1848: Lavigne (1939); Moraes (2003, p. 29).

<sup>11</sup> Alexandre de Moraes (2003, p. 31), ao analisar a Lei Fundamental Soviética, afirma que, “apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana...”.

<sup>12</sup> Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, art. 5º.

<sup>13</sup> Cf., sobre o atributo da complementaridade dos direitos fundamentais: Moraes (2003, p. 41); Ferreira Filho (1978, p. 80).

<sup>14</sup> No sentido do texto: Sarlet (1998, p. 47); Galindo (2003, p. 58); Guerra Filho (1998, p. 14).

<sup>15</sup> Outro bom exemplo da recíproca interação verificada entre as sucessivas gerações de direito é dada por Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 40). Segundo ele, o direito de propriedade, hoje (direito de primeira dimensão), deve exercer sua função social (interpretação segundo os direitos de segunda dimensão), cuidando-se, ainda, de atender à preservação do meio ambiente (interpretação conforme os direitos de terceira dimensão).

<sup>16</sup> Nesse sentido, irretocáveis as palavras de Vieira de Andrade (1987, p. 54): “(...) as idéias de igualdade e de fraternidade, em parte significativa introduzidas na luta histórica pela crítica marxista e socialista do regime econômico e social do capitalismo e pelo pensamento social cristão, desenvolveram-se, impuseram-se e, harmonizadas com a liberdade fundamental, deram origem a uma ‘concepção liberal moderna’ ou concepção social dos direitos fundamentais, que corresponde à realidade vigente na generalidade dos países da Europa Ocidental, a que se convencionou chamar ‘Estado-de-Direito Social’”. (grifo nosso).

<sup>17</sup> Interessante observar que o Professor Jorge Miranda (1990, p. 247-293, 295-317), em obra por ele organizada, incluiu, no capítulo destinado à “Transição para o Estado Social de Direito” (Capítulo VI), unicamente, as Constituições Mexicana e de Weimar, tendo sido dedicado à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e à primeira Constituição Soviética um capítulo à parte (Capítulo VII), intitulado “A Revolução Soviética”.

<sup>18</sup> Cf., também, Néstor de Buen (1977, p. 232), que afirma não poder a Constituição Mexicana

ser dissociada da “filosofia da Revolução que lhe deu vida”.

<sup>19</sup> Para breve relato histórico da Revolução Mexicana, Cf. COMPARATO, 2001, p. 183-184. Para aprofundado relato sobre os antecedentes históricos de todas as Constituições Mexicanas: HELÚ, Jorge Sayeg. *El constitucionalismo social mexicano: La integración constitucional de México (1808-1988)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

<sup>20</sup> Propriedades coletivas de origem indígena.

<sup>21</sup> Não obstante a luta revolucionária tenha se insurgido contra a ditadura presidencial de Díaz, a Constituição Mexicana de 1917 culminou por conferir amplíssimos poderes à figura do Presidente da República. Miguel Carbonell (2003, p. 88) afirma que o Presidente Mexicano dispõe de poderes que “en otro país serían propias de un cuasi-dictador”, e cita o seguinte trecho de discurso, proferido na tribuna da Assembléia Constituinte: “en España, señores, a pesar de que hay un rey, yo creo sinceramente que aquel rey había de querer ser presidente de la República Mexicana, porque aquí tiene más poder el presidente que un rey, que un emperador”.

<sup>22</sup> Tornou-se célebre o lance ousado de Zapata, que vai disfarçado à Cidade do México para uma audiência com o Presidente, na busca de obter a legalização de seu Exército de Libertação do Sul. O Presidente Madero, no entanto, recusou-se a negociar.

<sup>23</sup> Cf. FIX-ZAMUDIO; VALENCIA CARMONA, 2001, p. 91.

<sup>24</sup> Sobre a influência anarcossindicalista da Constituição Mexicana de 1917 (Cf. COMPARATO, 2001, p. 183; KIST, 2000, p. 95).

<sup>25</sup> “A transformação desse ideário em normas constitucionais, no entanto, produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais” (COMPARATO, 2001, p. 183-184)”.

<sup>26</sup> A questão relativa não apenas à proibição de reeleição (que pressupõe a recondução no cargo sem solução de continuidade), mas referente, também, à impossibilidade de que aquele que foi Presidente volte a desempenhar este mesmo cargo reflete, como já analisado, as angústias revolucionárias contra o “porfiriato”.

<sup>27</sup> Garantia institucional, na linha de Schmitt (1982), eis que não protege o indivíduo enquanto

tal, mas, unicamente, enquanto membro de determinada instituição, esta, sim, protegida imediatamente. Sobre o pensamento de Schmitt sobre as garantias institucionais: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. O tema também é analisado, entre outros, por Gilberto Bercovici (2003, p. 18-19) e Paulo Bonavides (2002, p. 494-496).

<sup>28</sup> O dispositivo mencionado possui a seguinte redação (traduzi): “O Estado não pode permitir que se leve a efeito nenhum contrato, pacto ou convênio que tenha por objeto o menoscabo, a perda ou o irrevogável sacrifício da liberdade da pessoa (...”. Esse artigo, e também as hipóteses de nulidades contratuais absolutas, previstas no inciso XXVII, do art. 123, s.m.j., possuem caráter pioneiro em tema de positivação, em sede constitucional, do princípio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, até hoje ainda muito discutido na doutrina e muito questionado em alguns países, como aqueles que possuem larga tradição em tema de liberdade de contratar (os Estados Unidos, p. ex.). Cf., sobre aplicação horizontal dos direitos fundamentais: Gonet (2002, p. 169-180); Abrantes (1990); Bilbao Ubillos (1997); Andrade (1987, p. 278); Hesse (1995); Sarlet, (2002).

<sup>29</sup> Cf. Comparato, 2001, p. 186 (“nem todos os direitos trabalhistas lá consagrados podem ser considerados, objetivamente, como direitos humanos”).

<sup>30</sup> Mario de la Cueva (1960) põe em destaque a falta de originalidade do art. 123 da Constituição Mexicana, afirmando que a maioria das disposições ali contidas já eram conhecidas de outros povos. Enfatiza, no entanto, referido doutrinador, que o caráter inovador da Constituição Mexicana consiste em que pela primeira vez os direitos do trabalhador já reconhecidos receberam a estatura de norma constitucional.

<sup>31</sup> Sobre direitos fundamentais de terceira dimensão, inclusive sobre os questionamentos relativos à fundamentalidade, ou não, de tais direitos: Branco (2002, p. 111-112); Luño (1993, p. 215); Moraes (2003, p. 45-46); Ferreira Filho, (1996, p. 57); Lafer (1988); Sarlet (2002, p 51); Bobbio (1992, p. 9); Bonavides (2002, p. 522-524).

<sup>32</sup> Segundo Comparato (2001, p. 195), 10% da população masculina da Alemanha faleceu (ou desapareceu) durante a Primeira Guerra.

<sup>33</sup> Sobre as condições de vida na Alemanha durante a Primeira Guerra, Cf. Bessel, 1995, cap. I.

<sup>34</sup> Cf., também, sobre o contexto social da Alemanha durante a Primeira Guerra: Carr (1991).

<sup>35</sup> Segundo Comparato (2001, p. 196), a abdicação do Kaiser Guilherme II e a nomeação de seu filho, Max de Baden, foram tentativas de “abrir mão tão-só da coroa imperial, permanecendo como rei da Prússia”.

<sup>36</sup> Para Dietrich Orlow (1995, p. 121-122 apud GUEDES, 1998, p. 42, nota n. 80), tanto a nomea-

ção de Ebert quanto a proclamação da República foram inconstitucionais.

<sup>37</sup> Marco Aurélio Peri Guedes (1998, p. 43) esclarece que o USPD (Partido Social Democrata Independente da Alemanha) foi uma dissidência do SPD (Partido Social Democrata da Alemanha), ocorrida em 1917. O USPD representava a ala marxista mais sectária do partido social democrata, este último também conhecido como socialista majoritário ou moderado.

<sup>38</sup> Nesse sentido: Comparato (2001, p. 197); Thalmann (1988, p. 11).

<sup>39</sup> Sobre a escolha de Weimar para sediar a Constituinte: Guedes (1998, p. 52-53); Cury (1998, p. 86); Kist (2000, p. 96).

<sup>40</sup> Nesse sentido, Gilberto Bercovici (2003, p. 11), segundo o qual “a Constituição de Weimar foi elaborada em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável”.

<sup>41</sup> Sobre o mau desempenho da esquerda nas eleições para a Constituinte: Mises, ([200-?]) “*At the begining of 1919 the communists were already much less numerous than their leaders believed...*”.

<sup>42</sup> Sobre a liga spartakista, Holborn (1981, p. 523 apud GUEDES, 1998, p. 51). Marco Aurelio Peri Guedes (1998, p. 51) afirma que a liga Spartakus ou Spartakista foi uma dissidência do Partido Comunista Alemão (KPD). Tal dissidência foi promovida sob a liderança de Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo e buscava uma maior fidelidade ao marxismo. O movimento spartakus sempre foi um grupo político marginal, que só se tornou conhecido com o levante spartakista em Berlim, do qual resultou a morte de ambos os líderes, ordenada por Gustav Noske.

<sup>43</sup> Para participação na Assembléia Constituinte, elegeram-se 421 representantes de 6 partidos: 44 membros da direita conservadora, 19 membros da direita populista, 91 membros do partido católico, 75 membros do partido centrista, 165 membros da social-democracia e 22 membros da social-democracia independente. Constata-se, pois, a absoluta fragmentação política da Assembléia, bem assim a derrota dos partidos de esquerda. Nesse sentido: Silva, F. (1991, p. 43); Thalmann, (1998, p. 15); Brunet (1921, p. 47). Carlos Roberto Jamil Cury (1998, p. 86) prefere a menção a percentuais, afirmando que as esquerdas moderadas (o partido comunista não participou das eleições) obtiveram 45% das cadeiras, a centro-direita 33,3% e a direita 14,7%. Trinta e sete mulheres foram eleitas para a Constituinte.

<sup>44</sup> Nesse sentido: Jacobson; Schlink (2002, p. 110-111): “*During the Empire, Pruss had been an outsider among fellow scholars of the law of the state – unlike, for example, Gerhard Anschütz, one of his generation’s few other pro-republican scholars of state of law. Pruss was never offered a professorship at a German university;*

political and scholarly reservations as well as anti-Semitic prejudice kept him from the centers of scholarly life in the Empire. It was not an accident that he taught at the far less respected Berlin College of Commerce, a private school founded by the Berlin business community...".

<sup>45</sup> A questão de a escolha de Preuss ter se fundado em sua suposta proximidade com a esquerda da época foi enfatizada por Walter Jellinek (apud BERCOVICI, 2003, p. 14).

<sup>46</sup> Não se ignora que algumas instituições já tradicionais possam ter recebido tratamento inovador por parte da Constituição de Weimar. Ao Parlamento, por exemplo, foi concedido o direito de instalação de Comissões de Investigação (como uma CPI, hoje), tendo sido previsto, ainda, o funcionamento de Comissões Permanentes destinadas ao estudo de específicas matérias (arts. 34 e 35). O foco do presente estudo, no entanto, situa-se na identificação das novas instituições que, somente após a Constituição Alemã de 1919, passaram a constar das Cartas Políticas modernas.

<sup>47</sup> Interessante observar que esse dispositivo da Constituição de Weimar já prevê uma situação de colisão entre direitos fundamentais, tal como ocorre nas hipóteses em que se opõem a liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e a dignidade da pessoa humana, de outro (muitas vezes ofendida nas hipóteses de pornografia). Admitese, pois, que não há direitos fundamentais absolutos, devendo-se, na hipótese de confronto entre eles, estabelecer restrições que conciliem os dois valores em situação de conflituosidade. Ou seja, fixa-se a regra no sentido da impossibilidade da censura (o que põe em destaque a liberdade de expressão), admitindo-se, excepcionalmente, que, nas hipóteses de combate à pornografia, tal instrumento possa ser utilizado. Cf., sobre o conflito entre liberdade de expressão e o combate à pornografia e ao "hate speech" (discursos de ódio racial): FISS (1996).

<sup>48</sup> Cf., sobre "garantias institucionais" idealizadas por Carl Schmitt, nota de rodapé n. 26.

<sup>49</sup> Art. 153, § 2º: "A propriedade impõe obrigações. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço para o mais alto interesse comum".

<sup>50</sup> Como já referido, Carl Schmitt (1982) chega, inclusive, partindo de uma distinção entre Constituição e lei constitucional, a afirmar que os direitos constantes do Livro II da Constituição de Weimar, por sua abstração e generalidade (e, segundo ele, pela ausência do elemento "decisão"), não fariam parte do que ele convencionou definir como Constituição, atribuindo-lhes o caráter de meros compromissos dilatórios. Foi também Carl Schmitt quem afirmou que a Constituição de Weimar possuía uma profunda contradição material entre seus dois livros: o primeiro consagrando instituições liberais e o segundo positivando ideais socialistas.

## Referências

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BESSEL, Richard. *Germany after the first world war*. New York: Oxford University Press, 1995.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEPC, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

BOURTHOUMIEUX, Ch. Fédéralisme et démocratie dans la Constitution de Weimar et la Loi Fondamentale de Bonn. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Toulouse, jan./mar. 1950.

BRUNET, René. *La Constitution Allemande du 11 aout 1919*. Paris: Payot & Cie, 1921.

BUEN, Néstor de. *Derecho del trabajo*. México: Porrúa, 1977. v. 1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARBONELL, Miguel. Estado constitucional y fuentes del derecho en México: notas para su estudio. *Revista Cuadriestral Sociología del Derecho*, Catalunya, n. 02, 2003.

CARR, William. *A history of Germany 1815-1990*. London, Edward Arnold, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação. *Revista Quadriestral de Ciência da Educação*, Campinas, n. 63, 1998.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1960. v. 1.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_.; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 2. ed. México: Porrúa, 2001.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.
- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HELÚ, Jorge Sayeg. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México (1808-1988)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madri: Civitas, 1995.
- HOLBORN, Hajo. *History of modern Germany 1840-1945*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
- JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar a jurisprudence of crises*. University of California Press, 2002.
- KIST, Dario José. O estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 80, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- LAVIGNE, Pierre. *Le travail dans les Constitutions Françaises 1789-1945*. Paris: Recuel Sirey, 1939.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LUÑO, Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília, Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- \_\_\_\_\_. *Textos históricos do direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1990.
- MISES, Ludwig von. Omnipotent government. *Ludwig von Mises Institute*, Alabama, [200-?]. Disponível em: <<http://www.mises.org/etexts/mises/og.asp>>. Acesso em: [2005?].
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2003.
- MORENO, Daniel. *Derecho constitucional mexicano*. Cidade do México: Porrúa, 1986.
- OLIVEIRA, Ary Brandão de. A constitucionalização do direito do trabalho. *Revista do TRT/8ª Região*, Belém, v. 24, n. 46, 1991.
- ORLOW, Dietrich. *A history of modern Germany: 1871 to present*. 3. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1995.
- RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1933)*. São Paulo: Cia das Letras, 1988. p. 29-31.
- SARLET, Ingo. *A constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. Constitucionalismo social. In: ROMITA, Arion Sayao (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTR, 1991. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTR, 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- THALMANN, Rita. *A República de Weimar*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

# A realidade constitucional da República Federal da Alemanha

Ana Letícia Queiroga de Mattos

## Sumário

1. Introdução. 2. História da Alemanha: dos bastidores da I Guerra Mundial às conseqüências advindas da II Guerra Mundial. 3. O país hoje: dados gerais. 3.1. A geografia. 3.2. A língua. 3.3. Os Estados Federais – *Länder*. 3.4. Relações da Alemanha com o exterior. 4. Estado, Constituição e Direito. 4.1. Os Órgãos Constitucionais. 4.2. A Lei Fundamental de BONN. 5. Reforma da Constituição da Alemanha. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

O artigo em questão tem por objetivo apresentar uma visão geral da República Federal da Alemanha, passando por uma análise histórica até suas implicações no país hoje, bem como, também, visa apreciar os processos de reforma ali presentes, numa tentativa de averiguar se a Constituição e, como conseqüência, o Direito Constitucional daquele país acompanham e compartilham da verdadeira “realidade constitucional”.

Nesse sentido, o trabalho segue dividido em seis capítulos que demandam, para melhor compreendermos os processos de Reforma da Constituição Federal da Alemanha, a análise de questões como a História da Alemanha desde os primórdios da Primeira Guerra Mundial até os resquícios deixados pela Segunda Guerra Mundial naquele país, com o intuito de se situar o objeto de estudo. Dando continuidade, abordar-se-ão os dados gerais sobre a República Federal

Ana Letícia Queiroga de Mattos é Graduada em Direito e Mestranda em Direito Público pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito Constitucional de curso preparatório para concurso público em Belo Horizonte e professora de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica e de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

da Alemanha, descrevendo-se o país quanto à sua geografia, língua, divisão política e linhas gerais da política exterior alemã. Além disso, será feita uma abordagem da situação da Alemanha no campo jurídico/político, ou seja, estrutura e funcionamento do regime político da Lei Fundamental de 1949, ocasião em que serão explicitados os Órgãos Constitucionais atuantes no país, bem como a Lei Fundamental de BONN de 1949, desde sua promulgação, passando pelos princípios-base da Ordem Nacional da Lei Fundamental, até as implicações da Lei Fundamental nos tempos atuais.

Somente após a tomada de conhecimento de todos esses elementos é que se mostra possível, pois, passar-se à análise da Reforma da Constituição da Alemanha, de uma forma mais específica e detalhada.

## *2. História da Alemanha – dos bastidores da I Guerra Mundial às conseqüências advindas da II Guerra Mundial*

Fazer uma pontuação da História da Alemanha no início da 1ª Guerra Mundial mostra-se mais didático/objetivo para se proceder a uma reconstrução dos acontecimentos.

A *I Guerra Mundial* foi desencadeada, entre outros fatores, pelo assassinato do sucessor do trono austríaco, em 28 de junho de 1914. Naquela época (e até mesmo hoje), não se soube quem havia sido o culpado, mas, na verdade, a Alemanha e a Áustria, de um lado, e a França, a Rússia e a Inglaterra, de outro, não queriam necessariamente uma guerra, estando, no entanto, dispostos a correr aquele risco devido a seus objetivos bélicos.

Após a derrota da Alemanha na batalha do Marne, a luta permaneceu no oeste, numa guerra de trincheiras que deu lugar a grandes batalhas e, conseqüentemente, a muitas perdas, tanto de material, quanto de vidas. Desde o começo da guerra, os primeiros-

ministros, homens sem maiores representatividades, iam, cada vez mais, cedendo à pressão do alto comando militar. Os Estados Unidos entraram na guerra em 1917. Embora a Alemanha já se encontrasse completamente debilitada, o general Erich Ludendorff, desconhecendo a situação, insistia numa paz vitoriosa até setembro de 1918 e, após isso, passou a exigir, repentinamente, uma trégua imediata. A derrota política acompanhou a derrota militar e, sem nenhuma resistência ou oposição, imperador e príncipes abandonaram seus tronos, em novembro de 1918, tornando-se a Alemanha, portanto, uma república.

A partir de então, o poder passou aos social-democratas, que consideravam como sua principal incumbência a garantia da transição ordenada da velha para a nova forma de Estado. Continuou da mesma forma a propriedade privada na indústria e na agricultura. Além disso, os magistrados e os funcionários públicos, quase todos de perfil anti-republicano, permaneceram em suas funções e os oficiais do império conservaram o comando das tropas. A maioria na Assembléia Nacional, órgão eleito em janeiro de 1919 e que se reunira em Weimar para deliberar uma nova Constituição para o “Reich”, estava nas mãos dos três partidos exclusivamente republicanos:

- o Partido Social Democrata;
- o Partido Democrata Alemão;
- e o Partido do Centro.

Durante o curso da década de 20, tornaram-se fortes, no âmbito da sociedade, do povo e do parlamento, as forças que tinham uma postura um tanto quanto reservada e restrita em relação ao Estado Democrático. A *República de Weimar* chegou até a ser chamada de “República sem republicanos” por ter sido fortemente combatida por seus adversários e defendida com pouco empenho pelos seus partidários. Contributos para tal efeito foram as dificuldades econômicas do pós-guerra e as condições da paz impostas pelo Tratado de Versalhes, que a Alemanha foi obrigada a assinar em 1919. Tudo isso

fez crescer uma descrença profunda em relação à República, gerando, conseqüentemente, uma enorme instabilidade política interna.

A comoção e os percalços do pós-guerra alcançaram seu ponto máximo em 1923, com a inflação, com a ocupação da região do rio Ruhr, com o intento de golpe de estado por Hitler, bem como com as tentativas dos comunistas de tomar o poder, entre outros. Posteriormente veio uma onda de calma com a recuperação econômica. No entanto, o declínio da República de Weimar iniciou-se com a crise econômica que o mundo estava vivendo no ano de 1929. Situações como o desemprego e a miséria geral foram aproveitadas por radicalismos de esquerda e de direita. No Parlamento, não eram capazes de constituir maiorias aptas a governar e, nesse sentido, o movimento nazista de Adolf Hitler, até então dotado de grande insignificância, começou a ganhar relevo, a partir de 1930, tornando-se, em 1932, o partido mais forte no momento. Assim, em 30 de janeiro de 1933, Hitler é eleito chanceler.

Na *ditadura nazista*, Hitler rompeu com seus aliados, assegurando a si mesmo competências praticamente sem limites com a aprovação de uma “Lei Plenipotenciária”, proibindo a existência de todos os partidos, excluindo o seu, por óbvio. Os sindicatos foram desfeitos, os direitos fundamentais foram revogados e extinguiu-se a liberdade de imprensa. O regime agiu com crueldade e terrorismo sobre as pessoas que não lhe agradavam e milhares dessas pessoas desapareceram em meio aos campos de concentração instalados. Em 1934, quando Hindenburg faleceu, Hitler assumiu também a função de presidente (acumulando com a de chanceler), apossando-se do comando supremo das forças armadas, que ainda gozavam de certa autonomia.

Tão logo tomou o poder, Hitler, mediante seu regime nazista, iniciou a concretização de seu programa anti-semita e, pouco a pouco, os judeus foram sendo privados de seus direitos individuais e cívicos, até se

chegar a uma situação de total ausência de direitos. Aqueles que tinham condições tentavam fugir para o exterior. A perseguição dos adversários políticos, bem como a repressão da liberdade de expressão e informação, levou milhares de pessoas a abandonar o país. Em meio a isso, muitos intelectuais, artistas e cientistas alemães emigraram – o que por si só é suficiente para se verificar o tamanho e a extensão da perda (irreparável) para a vida cultural e intelectual daquele país.

Hitler, porém, ainda estava insatisfeito. Tão logo deu início às suas atividades, planejou uma guerra que lhe asseguraria o domínio de toda a Europa. Em março de 1939, demonstrou e confirmou sua intenção ao mandar suas tropas invadirem a Tchecoslováquia. No dia 10 de outubro de 1939, após invasão da Polônia, foi dado lugar à *II Guerra Mundial*, que durou cinco anos e meio, período de maior devastação que se tem notícia na Europa, e custou a vida de mais de cinquenta e cinco milhões de pessoas.

Os horrores do sistema (“solução final da questão judaica”) e os insucessos militares contribuíram para o crescimento da resistência interna contra Hitler. Em troca de inúmeras vítimas, Hitler deu prosseguimento à luta, até que todo território do “Reich” estivesse tomado pelos aliados. Em 30 de abril de 1945, o ditador cometeu o suicídio e o seu sucessor, designado por ele em seu testamento, o almirante-mor Karl Dönitz, assinou, oito dias depois, a rendição incondicional.

A Alemanha sofrera a maior derrota de toda sua história. A maioria das cidades encontrava-se em ruínas, 25% das casas foram destruídas ou vigorosamente danificadas, a economia e o transporte paralisados, etc.

Em 5 de junho de 1945, as potências vitoriosas, quais sejam, os Estados Unidos da América, a Inglaterra, a França e a União Soviética, assumiram o poder no território do “Reich”. O objetivo principal era estabelecer o pleno poder de disposição sobre a

Alemanha, em conformidade com o protocolo de Londres (que havia sido assinado em 12 de setembro de 1944). A meta dessa política girava em torno da intenção de se dividir o país em três zonas de ocupação, com a capital Berlim dividida em três (tripartida) e administrada por um conselho controlador integrado pelos três comandantes-chefes.

Em fevereiro de 1945, procedeu-se à Conferência de Ialta e, nesse sentido, a França foi admitida no círculo dos Três Grandes, sendo acolhida como a quarta potência controladora, ocasião em que lhe foi destinada uma zona específica de ocupação.

Apesar de a intenção dos Aliados ter sido a supressão da existência da Alemanha como Estado, sem parcelar demais o território, Stalin estava interessado em conservar a unidade econômica da Alemanha e, assim, como reparação pelos danos sofridos pela URSS em decorrência da invasão alemã, exigiu pagamentos exorbitantes, extrapolando a possibilidade de uma zona.

O país foi dividido em:

- Zona de ocupação ocidental e setores ocidentais de Berlim (a partir de 1949, República Federal da Alemanha);

- Zona de ocupação soviética e setor oriental de Berlim (a partir de 1949, República Democrática da Alemanha);

- Territórios orientais sob administração polonesa e soviética.

Após desentendimentos e desencontros acerca das políticas de ocupação, principalmente no que tange a questões econômicas, administrativas e políticas, no dia 3 de agosto de 1948, Stalin reivindica o reconhecimento de Berlim Oriental como capital da RDA, que, mais tarde, em 7 de outubro de 1949, ganhou um governo próprio.

Os Estados Unidos da América passaram a ajudar a Alemanha Ocidental a partir de 1946, mas só com o Plano Marshall de luta contra a fome, a pobreza, o desespero e o caos a Alemanha Ocidental recebeu o suporte decisivo de largada para sua recons-

trução. Assim, no momento em que na Zona Soviética se realizava a socialização da indústria, exigia-se na Alemanha Ocidental um modelo de economia social de mercado, e essa meta econômica foi integralizada pela *Lei Fundamental de BONN*, por meio de seus princípios do Estado de Direito e Estado Social, bem como com a estruturação federativa da República Federal da Alemanha. Nesse sentido, foi proposital a utilização do termo Lei Fundamental, em vez de Constituição, denotando seu caráter provisório. Afinal, a Constituição definitiva só deveria ser ratificada posteriormente, tão logo o país readquirisse sua unidade. A Lei Fundamental de BONN entrou em vigor em 23/05/1949, após sua promulgação pelo Conselho Parlamentar em BONN.

As grandes potências de ocupação ocidentais inseriram na Lei Fundamental vários de seus conceitos e crenças e, em 1º de julho de 1948 (Documentos de Frankfurt), encarregaram os governadores dos estados ocidentais da Alemanha da elaboração do texto constitucional.

De acordo com Juan Fernando Badía (1995, p. 311), a Lei Fundamental da RFA estabelecia dois caminhos para se proceder à reunificação da Alemanha:

- artigo 23: dizia ser a RFA um Estado federal aberto, na medida em que mantém uma possibilidade de incorporação à RFA de outras partes da Alemanha. Conseqüentemente, as ampliações territoriais da RFA efetuadas pelo procedimento previsto no artigo 23 não exigiriam nenhuma reforma da Lei Fundamental;

- artigo 146: previa uma assembléia constituinte de toda Alemanha, surgida de eleições gerais livres em todo território alemão. A expressão “povo alemão” prevista no artigo 146, quer dizer a totalidade do povo alemão, ou seja, tanto a parte oriental, quanto a parte ocidental.

O autor *supra* menciona ainda que tais artigos (23 e 146) não se excluem pelo fato de estarem previstos para situações diferentes.

Por outro lado, a RDA previa no artigo 8.2 de sua Constituição o princípio de aproximação gradual dos Estados alemães, até uma unificação, sobre as bases da democracia e do socialismo.

O marco inicial do processo de reunificação alemã se deu em setembro de 1989, ocasião em que a Hungria abriu suas fronteiras para o oeste da Alemanha e mais de 15 mil alemães da parte oriental escaparam, pela Áustria, para a Alemanha Ocidental. Posteriormente, Cláudia Maria Toledo da Silveira (2000, p. 73) menciona o fato de que, após uma série de manifestações pacíficas na Berlim Oriental, o muro de Berlim (que havia sido construído em agosto de 1961) caiu e o portão de Brandemburgo foi reaberto<sup>1</sup>. Dias depois, o então chanceler federal Helmut Kohl (1982 – 1998) apresentou o Programa de Reunificação, tendo sido mais tarde elaborado o Tratado da Unificação, consolidando-se como a base da integração da República Democrática da Alemanha à República Federal da Alemanha. E, em 3 de outubro de 1949, é formalizada a unificação da Alemanha, tornando-se a Lei Fundamental de BONN de 1949 válida para toda a nação.

Nesse sentido, a via utilizada para o processo reunificador foi aquela prevista no antigo artigo 23, da incorporação territorial. Aplicou-se, portanto, a ampliação do âmbito de validade da Lei Fundamental aos *Länder* da ex-RDA.

Como conseqüência da unificação, a Lei Fundamental de 1949 teve seu preâmbulo e alguns artigos emendados mediante o Tratado da Unificação acima citado.

### 3. O país hoje – dados gerais<sup>2</sup>

#### 3.1. Geografia

Atualmente a República Federal da Alemanha está situada no centro da Europa, fazendo fronteira com nove países, quais sejam: Dinamarca, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, França, Suíça, Áustria, República Tcheca e a Polônia.

O território da República Federal da Alemanha conta com 357.000 km<sup>2</sup> de superfície e as fronteiras da República Federal da Alemanha têm uma extensão total de 3.754 km. Sua população gira em torno de 82,1 milhões de habitantes, sendo, depois da Federação Russa, o país mais populoso da Europa, seguido pelo Reino Unido, com 58,9, a França, com 58,5 e a Itália, com 57,5 milhões de habitantes.

#### 3.2. A língua

O alemão é pertencente ao grupo das línguas indo-germânicas, mais especificamente ao grupo das línguas germânicas e apresenta grande semelhança com o dinamarquês, o norueguês, o sueco, o holandês, o flamengo e com o inglês. A tradução da Bíblia por Martinho Lutero foi um dos principais motivos que levaram à formação da língua culta comum a todos os alemães.

Não obstante a língua ser o alemão, a Alemanha é rica em dialetos e, segundo o dialeto e a pronúncia, pode-se reconhecer, na maioria das situações, seu lugar de origem. Tais dialetos chegam a ser muito diferentes entre si e, dessa forma, muitas vezes, habitantes de diferentes estados, ao conversarem exclusivamente por dialetos, chegam a não entender o que o outro diz.

O alemão é língua materna de mais de 100 milhões de pessoas no mundo. De cada dez livros publicados no mundo, pelo menos um está escrito na língua alemã; o alemão ocupa o terceiro lugar entre as línguas das quais mais se fazem traduções, perdendo somente para o inglês e o francês.

#### 3.3. Os Estados Federais – Länder

São dezesseis os Estados que compõem a República Federal da Alemanha. Na Alemanha, Estados federais são chamados de *Länder* e são os seguintes: Baden-Württemberg (Stuttgart), Baviera (Munique), Berlim (capital federal), Brandemburgo (Potsdam), Bremen, Hamburgo, Hessen (Wiesbaden), Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental (Schwerin), Baixa Saxônia (Hano-

ver), Renânia do Norte-Vestfália (Düsseldorf), Renânia-Palatinado (Mogúncia), Sarre (Saarbrücken), Saxônia (Dresden), Saxônia-Anhalt (Magdeburg), Schleswig-Holstein (Kiel) e Turíngia (Erfurt). Tanto Berlim, quanto Bremen e Hamburgo são cidades-estados.

Até a unificação da Alemanha em 1990, a República Federal da Alemanha contava com onze Estados, constituídos nas antigas zonas de ocupação ocidentais e cujas constituições democráticas foram promulgadas entre 1946 e 1957.

Na zona de ocupação soviética, foram formados cinco Estados no território que se tornou, mais tarde, a República Democrática da Alemanha, mas, no dia 3 de outubro de 1990, foi consumada a adesão da RDA à RFA.

Berlim é a atual capital alemã e sua transformação em capital da República Federal da Alemanha já está concluída. Segundo o cronograma estabelecido anteriormente para a mudança do governo federal, do Parlamento federal e do Conselho federal de BONN para Berlim, estão praticamente concluídas as obras de modernização. Em setembro de 1999, o Parlamento federal iniciou seus trabalhos e, desde então, a Alemanha voltou a ser governada por sua antiga capital, Berlim.

### 3.4. *Relações da Alemanha com o exterior*

Em razão até mesmo de sua posição estratégica (a Alemanha encontra-se situada no coração da Europa) e por estar bastante correlata à economia mundial como nação exportadora, a globalização é evento certo e presente no país.

Por terem as experiências históricas comprometido a Alemanha de maneira especial com o Estado de Direito e com os Direitos Humanos, a nova política alemã orienta-se mundialmente pelos princípios dos direitos humanos e da dignidade humana; pretende, com isso, servir-se à estabilidade, à paz e ao desenvolvimento.

A assunção de uma maior responsabilidade no mundo em mudança é um dos prin-

cipais objetivos perseguidos pela Alemanha. Assim, a atual política alemã está voltada aos objetivos de manutenção da paz e da prosperidade, promoção da democracia e do avanço dos direitos humanos em todo o mundo e, nesse sentido, o país estabeleceu alguns pontos para sua atuação na política externa, como se descreve a seguir (ALEMANHA..., 2000, p. 192-193):

- dar prosseguimento à ampliação da União Européia, para que ela desenvolva a sua capacidade de ação em todos os setores e no plano global;
- fortalecimento da cooperação de toda a Europa, no âmbito da OSCE (Organização para Segurança e Cooperação na Europa);
- continuar aprimorando a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte);
- fortalecer as organizações internacionais, sobretudo a ONU (Organização das Nações Unidas);
- a promoção e a observância dos direitos humanos em todo o mundo;
- manter o planeta habitável e digno de viver para as futuras gerações;
- ampliação das relações de parceria com as regiões limítrofes à União Européia, em nome do desenvolvimento e da estabilidade;
- a cooperação intensificada com os países do Sul do Saara e da África, como região prioritária da política alemã de desenvolvimento.

Não obstante, a política exterior alemã permanece comprometida com a meta de um desenvolvimento global. A República Federal da Alemanha mantém relações diplomáticas com praticamente todos os países do mundo, possuindo mais de duzentas missões diplomáticas no exterior.

## 4. *Estado, Constituição e Direito*

### 4.1. *Os Órgãos Constitucionais*

O *Presidente Federal* é o chefe de Estado da República Federal da Alemanha. Ele não é eleito por sufrágio universal, mas, sim, por uma Assembléia Nacional, que é um órgão

constitucional que se forma e reúne exclusivamente para esse fim. O artigo 54 da Lei Fundamental de BONN atribui a eleição do Presidente Federal à Assembléia Nacional, que é um órgão composto pelos membros integrantes da Dieta Federal e um número igual de deputados dos Parlamentos dos Estados (*Länder*), eleitos segundo critérios de proporcionalidade (artigo 54.1.2 da Lei Fundamental de BONN), exigindo-se a maioria absoluta dos votos da Assembléia Nacional (FERNANDO BADÍA, 1995, p. 264). O Presidente federal é eleito para um período de cinco anos, podendo ser reeleito uma única vez.

O Presidente Federal representa a República Federal da Alemanha no plano do direito internacional. Em nome da Federação, ele celebra tratados e acordos com outros países: credencia e recebe embaixadores. Mas a política exterior é da competência do governo federal (ALEMANHA..., 2000, p. 150).

Além disso, o Presidente Federal tem como função a incumbência de nomear e exonerar os juízes federais, os funcionários públicos da Federação, os oficiais e suboficiais das Forças Armadas, bem como também é o Presidente que concede indulto a delinquentes e verifica a constitucionalidade de uma lei antes mesmo de ser publicada no Diário Oficial da República.

De acordo com as maiorias parlamentares, é o Presidente Federal que propõe ao Parlamento federal um candidato ao cargo de Chanceler federal e é ele também que nomeia e exonera os Ministros e Ministros Federais, por indicação do Chanceler.

Desde a promulgação da lei Fundamental de BONN em 1949, estiveram no cargo de Presidente Federal os seguintes nomes: Theodor Heuss (FDP<sup>3</sup>) 1949-1959; Heinrich Lübke (CDU<sup>4</sup>) 1959-1969; Gustav Heinemann (SPD<sup>5</sup>) 1969-1974; Walter Scheel (FDP) 1974-1979; Karl Carstens (CDU) 1979-1984; Richard v. Weizsäcker (CDU) 1984-1994; Roman Herzog (CDU) 1994-1999; Johannes Rau (SPD) 1999-2004; Horst Köhler (CDU) desde 23 de maio de 2004.

O *Parlamento Federal (Bundestag)* da Alemanha constitui a representação do povo da República Federal da Alemanha. Ele se forma por eleição do povo a cada quatro anos e suas principais tarefas (definidas) são o controle do governo federal, a legislação e a eleição do Chanceler federal.

Ao Parlamento Federal cumpre a tarefa de “votar leis, eleger o Chanceler Federal e exercer outras competências positivadas jurídico-constitucionalmente” (HESSE, 1998, p. 428). Hesse (1998, p. 428), menciona também que “não menos importante é, todavia, sua participação na configuração de política interna e externa por representação e formulação de aspirações políticas diferentes, por desenvolvimento de iniciativas próprias, por exercício de influência e por controle do governo e administração”.

A eleição dos deputados do Parlamento Federal se dá de forma geral, em pleito direto, livre, igualitário e secreto. Os deputados do Parlamento Federal são tidos como representantes do povo em seu conjunto, não estando ligados a mandatos nem instruções, estando unicamente sujeitos a suas consciências.

O *Conselho Federal (Bundesrat)* representa os dezesseis Estados federais (*Länder*). Apresenta ele uma enorme contribuição por meio da participação na legislação e na administração da Federação. Konrad Hesse (1998, p. 452) afirma que “as tarefas do Conselho Federal estão menos em determinação e direção autônoma do que em cooperação e exercício de influência controlador e corretor”. Mas aqui, diferentemente do Parlamento Federal (*Bundestag*), os membros do Conselho Federal não são representantes eleitos diretamente pelo voto popular, pois o Conselho Federal é formado por membros dos governos estaduais ou por seus representantes.

O presidente do Conselho Federal é eleito pelo próprio Conselho pelo período de um ano, segundo um sistema rotativo já previamente definido; quando o Presidente Federal se encontrar impedido, é o presidente do Conselho Federal que o representará.

O *Governo Federal*, também conhecido como gabinete ministerial, é composto pelo Chanceler Federal e pelos Ministros Federais. O *Chanceler Federal* se encontra numa função de destaque dentro do Governo Federal, assumindo uma posição autônoma dentro do governo, bem como perante os Ministros federais.

Os três princípios que regem a estrutura de funcionamento de um Governo são, de acordo com Fernando Badía (1995, p. 288):

“1) Princípio de ‘*colegialidad*’ pura, segundo o qual toda decisão há que ser manifestação da vontade comum. É o Conselho de Ministros que, como órgão coletivo, atua;

2) Princípio monocrático absoluto, por ele que se dá a completa subordinação dos ministros ao Presidente do Conselho. Os ministros são meros auxiliares do Presidente do Conselho ou Chefe de Governo;

3) Princípio ministerial individual, que supõe a total autonomia de cada Ministro nos assuntos de seu departamento.”

O Chanceler Federal (*kanzler*) possui o privilégio de estabelecer as diretrizes da política do governo e é exatamente aí que se encontra a razão/motivo da forte posição do Chanceler no Governo Federal.

“O Chanceler federal é o único membro do gabinete ministerial eleito pelo Parlamento federal e é o único a prestar contas ao mesmo. Esta responsabilidade pode manifestar-se na ‘*moção construtiva de confiança*’, introduzida pela Lei Fundamental para se diferenciar conscientemente da Constituição da República de Weimar. Seu objetivo é evitar que os grupos de oposição – que estejam de acordo entre si quanto à rejeição do governo, mas não quanto a um programa governamental alternativo – possam derrubar o gabinete. Ao negar a confiança ao Chanceler federal, o Parlamento

federal tem de eleger simultaneamente um sucessor, com maioria de votos” (ALEMANHA..., 2000, p. 156).

A derrubada do Chanceler Federal por meio da utilização da mencionada “*moção construtiva de desconfiança*” foi tentada apenas duas vezes até os dias de hoje, mas somente uma vez essa tentativa logrou êxito, quando em outubro de 1982 foi eleito Helmut Kohl para o cargo após a utilização do voto de desconfiança contra o Chanceler Helmut Schmidt. Mas o instituto da “*moção de desconfiança*” só recai sobre Chanceleres e em hipótese alguma sobre Ministros federais.

Desde a promulgação da lei Fundamental de BONN em 1949, estiveram no cargo de Chanceler Federal os seguintes nomes: Konrad Adenauer (CDU) 1949-1963; Ludwig Erhard (CDU) 1963-1966; Kurt Georg Kiesinger (CDU) 1966-1969; Willy Brandt (SPD) 1969-1974; Helmut Schmidt (SPD) 1974-1982; Helmut Kohl (CDU) 1982-1998; Gerhard Schröder (SPD) desde 1998.

O *Tribunal Constitucional Federal* possui sede na cidade de Karlsruhe e tem como tarefa principal velar pela observância e comprometimento com a Lei Fundamental. O TCF somente atua mediante provocação. Quanto à natureza do TCF, podemos dizer que o “*reconhecimento da jurisdição constitucional como uma atividade eminentemente judicial é algo que decorre paralelamente à implantação do TC como um autêntico Tribunal de Direito, e não como um órgão político que atua por via jurídica*” (FERNANDO BADÍA, 1995, p. 294).

“O Tribunal Constitucional Federal é, diante de todos os órgãos constitucionais restantes, um tribunal da federação, autônomo e independente (§ 1º da Lei sobre o Tribunal Constitucional)” (HESSE, 1998, p. 488). Isso pode ser ilustrado pelo fato de que a administração do Tribunal é independente, não possuindo subordinação com relação a nenhum ministério, bem como também por possuir o órgão um plano autônomo no plano orçamentário da federação; além disso,

seus membros (juizes) possuem uma regulaco diferente daquela dos demais juizes de outros tribunais.

O Tribunal Constitucional Alemão  um órgão constitucional bastante aberto, na medida em que todo cidadão tem direito de interpor um recurso constitucional junto a ele quando se sentir lesado em seus direitos fundamentais pelo Estado. Antes, porém, os cidadãos têm, em geral, de tentar todos os recursos nos tribunais competentes. Daí, portanto, um certo caráter subsidiário/supletivo.

A título de ilustrao, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu até os dias atuais cerca de 130.000 processos, dos quais 125.000 casos tratavam de recursos constitucionais. E desses 125.000 casos, somente cerca de 3.500 foram deferidos<sup>6</sup>.

A composio do Tribunal Constitucional Federal Alemão se dá da seguinte forma: o Tribunal  composto por dois "Senados" que possuem oito juizes cada um, sendo que a metade dos juizes  designada pelo Parlamento federal e a outra metade pelo Conselho federal. O mandato dos juizes membros do TCF  de doze anos, sendo, no entanto, vedada a possibilidade de reeleio.

A *Capital Federal* da Alemanha foi escolhida pelo Conselho Parlamentar (apenas provisoriamente), em 10 de maio de 1949, como sendo a cidade universitária de

BONN, que, naquela época, contava com uma populao girando em torno de 100.000 habitantes (naquele período, houve uma disputa acirrada com a cidade de Frankfurt, para ser a Capital Federal).

No entanto, posteriormente  reunificao da Alemanha, foi decidido pelo Parlamento Federal, em 20 de junho de 1991, com 337 contra 320 votos, que se deveria transferir o Parlamento e o governo da cidade de Bonn para a cidade de Berlim<sup>7</sup>. Adicionalmente, em 27 de setembro de 1996, também foi aprovada pelo Conselho Federal sua mudança para a cidade de Berlim, decisão essa que foi integralmente realizada em 1999.

#### 4.2. A Lei Fundamental

A seguir, um quadro comparativo das Constituies alemãs até se chegar  Lei Fundamental de BONN (Constituio atualmente vigente):

Em julho de 1948, reúnem-se os Ministros-Presidentes da zona de ocupao ocidental (Trizona) em Rittersturtz, para decidirem acerca da elaborao de uma norma fundamental para os Estados alemães sob ocupao das potências ocidentais (FERNANDO BADÍA, 1995, p. 264). Os rgos constituintes de 1948 foram as Assembléias Legislativas dos Estados que foram criados nas zonas de ocupao ocidentais e o Conselho Parlamentar, que foi eleito pelas Assembléias Legislativas. E foi o Conselho

APROVAO	VIGÊNCIA	REGIME POLÍTICO	FORMA DE ESTADO	SISTEMA DE GOVERNO
1849	_____ <sup>8</sup>	Monarquia Limitada	Confederao	Parlamentar
1871	Até 1918	Monarquia Imperial	Confederao	Semiparlamentar
1919	Até 1933 <sup>9</sup>	República	Federao <sup>10</sup>	Semipresidencialista
1949	Em vigor	República	Federao	Parlamentarismo de chanceler

Parlamentar, presidido pelo Chanceler Konrad Adenauer, que aprovou a Lei Fundamental, promulgada no dia 23 de maio de 1949 pelo Conselho Parlamentar, após aprovação pelas Assembléias Legislativas.

Assim, já em 2004, os alemães contam com a celebração de mais de meio século (exatamente 55 anos) de experiência com essa “nova” Constituição. A aceitação/legitimação da Lei Fundamental de BONN foi a maior ocorrida perante os cidadãos, como antes nenhuma outra Constituição havia sido. Um Estado de Direito como hoje o é a República Federal da Alemanha, país esse livre de maiores crises constitucionais, só foi possível após a promulgação da Lei Fundamental em 1949.

Conforme dito anteriormente, a Lei Fundamental não foi feita para ser uma Constituição definitiva, possuindo, desde sua entrada em vigor, um caráter transitório.

A Lei Fundamental de BONN enumera os direitos fundamentais dos cidadãos logo no início do seu corpo de texto, o que denota, para muitos, a preocupação em se evitar (e mesmo prevenir) os erros cometidos no passado, erros esses que deram ensejo ao ocaso da República de Weimar, e, ao fazê-lo, a Constituição alemã, por meio do Estado (e vice-versa), compromete-se a respeitar e proteger os cidadãos, tendo como suporte essencial o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Lei Fundamental,

“a maioria dos direitos fundamentais pode ser restringida numa certa medida, diretamente, através de lei própria, ou indiretamente, em decorrência de uma lei. Jamais, porém, a lei pode afetar a substância de um direito fundamental. Os direitos fundamentais são direitos de vigência imediata e esta é uma das principais inovações da Lei Fundamental em relação às Constituições anteriores, cujo elenco de direitos fundamentais ti-

na propriamente um caráter de declaração programática, sem compromisso” (ALEMANHA..., 2000, p. 145).

A *Ordem Nacional da Lei Fundamental* é matizada por cinco princípios-base: a Alemanha é uma república, uma democracia, um Estado federativo, um Estado de direito e um Estado social.

O nome dado ao país de República Federal da Alemanha no texto constitucional denota expressamente a forma *republicana* do Estado. E a principal característica desse princípio está no fato de o Presidente federal (eleito por voto) ser o chefe de Estado.

O regime democrático foi escolhido pela Alemanha mediante a LF tendo em vista as experiências vividas na República de Weimar, em que os partidos radicais, “os inimigos”<sup>11</sup> da Constituição, destruíram qualquer noção que se tinha de democracia. O alicerce da forma democrática do Estado está no princípio da soberania popular.

A escolha pelo *Estado Federativo* significa que não só a Federação, mas também os dezesseis Estados federais se encontram na qualidade de Estados autônomos.

O cerne do *Estado de Direito* é a idéia do domínio do direito e um elemento essencial para sua visualização é o princípio da separação dos poderes.

Finalmente, o princípio do *Estado Social* é o último princípio-base da Ordem Nacional da Lei Fundamental e é ele uma complementação à idéia do Estado de Direito. O Estado Social se concretiza para o povo com a seguridade social, a assistência social, os subsídios habitacionais, os auxílios prestados às famílias, o direito trabalhista, entre vários outros.

### 5. Reforma da Constituição da Alemanha

A Lei Fundamental ou a “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, de 23 de maio de 1949, no seu artigo 79, § 1º, estatui que ‘a Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente com-

plete ou modifique o seu texto” (FIÚZA, 1997, p. 330). Percebe-se, portanto, como salienta o autor mencionado, que se trata de emendas aditivas ou modificativas, encontrando-se aí incluídas as supressivas.

Prosseguindo, e talvez até mesmo em atenção ao momento em que a Constituição foi promulgada – ou seja, logo após os horrores da Segunda Guerra Mundial, com todas as suas perdas, o genocídio dos campos de concentração, etc. –, o mesmo artigo estabelece que, em se tratando de tratados internacionais relativos à regulamentação da paz, à preparação de uma regulamentação da paz, ou à extinção de uma ordem jurídica criada pela ocupação, ou que sejam destinados a servir à defesa da República Federal da Alemanha (RFA), será suficiente, para esclarecer que as disposições da Constituição não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, incluir no texto da Lei Fundamental uma complementação ou um adendo que se limite a esse esclarecimento.

O artigo 79 (2), por sua vez, determina o *quorum* para aprovação das leis de revisão constitucional, e esse *quorum* requer dois terços dos membros do Parlamento Federal (*Bundestag*) e um mínimo de dois terços dos votos<sup>12</sup> do Conselho Federal (*Bundesrat*).

No entanto, e de acordo com o artigo 79 (3), certas disposições da Lei Fundamental são imutáveis/intocáveis, as chamadas cláusulas de “eternidade” ou cláusulas “intangíveis”. Entre esses princípios constitucionais, enumeram-se:

- a Federação em *Länder*;
- o princípio da participação dos *Länder* na legislação;
- os princípios consignados nos artigos 1º e 20 da própria Lei Fundamental.

No artigo 1º, tem-se uma preocupação com a proteção da dignidade do homem, bem como com a vinculação do Poder Estatal aos direitos fundamentais, e o artigo 20 trata dos fundamentos de ordem estatal e do direito de resistência, como sendo a última alternativa no caso de os órgãos dos Poderes Legis-

lativo, Executivo e Judiciário subverterem a ordem constitucional.

Com isso, verifica-se, pois, que qualquer alteração constitucional que atinja o núcleo material ou núcleo essencial/permanente (núcleo “duro”) da Constituição está absolutamente proibida.

Para Konrad Hesse (1998, p. 511), em sua obra “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”,

“nenhuma Constituição pode, por uma proibição de determinadas modificações constitucionais, ser mantida viva se ela perdeu sua força normativa. De outro lado, tampouco ela é capaz de cumprir sua tarefa quando ela, em sua totalidade, é posta à disposição de uma maioria de dois terços: nesse caso, o artigo da modificação converte-se em núcleo da Constituição: a única coisa que está estabelecida é que tudo pode ser alterado ou eliminado”.

Para o mesmo autor, a Constituição deve prever uma abertura para que se produza a conservação da continuidade na transformação histórica, isso porque somente a história pode se sobrepor ao estabelecimento tido como definitivo por (e em) uma Constituição. Assim, prossegue o autor afirmando que, quando a Constituição não mais apresenta essa abertura, possibilitando “uma adaptação na transformação das situações históricas, a autorização do legislador modificador da Constituição” (HESSE, 1998, p. 511) deve abrolhar para suprir essa deficiência. Nesse sentido, é facilmente verificável que a Lei Fundamental autoriza o legislador modificador da Constituição somente no quesito modificação, não, porém, para abolição ou eliminação da essência ou integridade da Constituição. E o que ocorre é o seguinte: a Constituição permanece porque há possibilidade de reforma (seja por mutação constitucional interpretativa, seja por reforma formal). A Constituição permanece exatamente porque não permanece.

A Lei Fundamental de BONN possui um texto com cento e quarenta e seis artigos e cerca de cinquenta e duas Revisões/Emendas à Lei Fundamental.

Fazendo uma breve avaliação das revisões constitucionais até então realizadas, podemos citar aqui algumas delas, consideradas as mais expressivas.

A revisão constitucional de nº 17, datada de 24 de junho de 1968, entre outras coisas, deu poderes ao Parlamento Federal (*Bundestag*) para autorizar, por meio de lei, a vigilância sobre comunicações, sem aviso ao vigiado. Além disso, o controle das ações dos órgãos criados para supervisionar essas atividades (de vigilância) foi retirado do Poder Judiciário, tendo sido entregue às autoridades administrativas.

A emenda nº 36, aprovada em 31 de agosto de 1990, que teve como base o Tratado de Unificação, reformou<sup>13</sup> o preâmbulo, os artigos 23, 51 (2), 135 (2), 143 e 146. Visando já a abertura dos mercados, bem como a harmonização de toda a Europa, foram feitas emendas constitucionais de amplo efeito prático para as privatizações da Ferrovia Federal Alemã – emenda nº 40 (art. 87e, de 20 de dezembro de 1993) – e do Correio Federal Alemão – emenda nº 41 (art. 87f, de 30 de dezembro de 1994).

Foram aprovadas novas revisões constitucionais tratando das metas estatais de proteção ao meio ambiente, de implementação real da igualdade de direitos entre o homem e a mulher, bem como da proteção dos deficientes. Além disso, foram feitos acréscimos modificadores na matéria atinente à distribuição das competências legislativas entre a Federação e os *Länder*.

Considerando a nova situação do Tratado de Maastricht, foi aprovada outra emenda constitucional, estatuindo no sentido de que a Lei Fundamental agora deve prever um esforço da República Federal da Alemanha em buscar e se empenhar sempre em atingir uma Europa que seja unida, solidária e democrática. Após a reforma constitucional, o novo artigo 23 regula também o

papel a ser desempenhado pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelos *Länder* no processo de desenvolvimento da integração européia, mediante a afirmação de uma União Européia.

Em novembro de 1995, entrou em vigor a emenda nº 43, alterando o artigo 106 (3) e (4), estabelecendo a política de distribuição da entrada de tributos, como o imposto de renda. Já em 1997, a emenda nº 44 tratou da garantia da autonomia municipal.

A emenda nº 45, aprovada em 26 de março de 1998, cuida da inviolabilidade de domicílio e a emenda nº 46 reforma questões sobre a Legislatura, constituição e convocação do Parlamento Federal (*Bundestag*).

Por fim, uma das mais recentes emendas, a de nº 50, cuidou da proteção aos animais.

A título de ilustração, dois casos questionando a constitucionalidade de emendas à Lei Fundamental serão aqui (sucintamente) avaliados, casos esses aventados por Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 148-159), em sua obra *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. Cabe salientar, porém, que, até os dias de hoje, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) jamais julgou inconstitucional uma emenda em face da Lei Fundamental de 1949 por ter sido violadora das cláusulas constitucionais “intangíveis” ou das chamadas cláusulas constitucionais de “eternidade”. No entanto, conforme ponderação do autor *supra*, a argumentação utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal não afasta a possibilidade dessa função vir a ser exercida.

a) “Privacidade de Comunicação” –  
“BverfGE” (decisão de 1970)

Conforme já adiantado anteriormente, a emenda nº 17 cuidou da questão da privacidade de comunicação. Com o intuito de verificar/vigiar atos de espionagem e sabotagem, Grã-Bretanha, França e Estados Unidos mantiveram o sistema de comunicações alemão sob sua supervisão até que acordas-

sem acerca da transferência desse poder ao Governo alemão. Para tanto, foi aprovada uma emenda ao art. 10 da Lei Fundamental, emenda essa que dava poderes ao Parlamento para autorizar, por intermédio de lei, a vigilância sobre comunicações sem que a pessoa sob vigilância tivesse que ser informada, bem como, retirava da esfera judicial o controle das ações dos órgãos criados para supervisionar as comunicações, deixando a cargo das autoridades administrativas. Os *Länder* Hessen e Bremen, juntamente com um grupo de advogados e juízes, ajuizaram algumas ações de inconstitucionalidade junto ao TCF, argüindo que a emenda violava os artigos 1º e 20 da Lei Fundamental.

O Tribunal, em sua maioria, considerou constitucional tanto a emenda quanto a lei que a regulamentava, alegando que, desde que respaldadas pela lei, restrições a direitos em função da proteção da integridade da República Federal e de seu sistema democrático eram tidas como válidas. Mediante a utilização da doutrina da “democracia militante” (*Streitbare Demokratie*), “o Tribunal declarou que ataques à democracia liberal não podem ser tolerados em nome de um uso abusivo dos direitos fundamentais” (VIEIRA, 1999, p. 150).

Para o Tribunal, o escopo do artigo 79 (3) da LF está em proteger os valores incorporados pelos artigos 1º e 20 apenas em relação à sua completa eliminação. Além disso, para a maioria, nem o princípio da “dignidade humana” nem o do “Estado de Direito” foram violados, já que somente os princípios da “separação de poderes”, “submissão da legislação à Constituição” e “submissão dos poderes ao Direito e à Justiça” estão assegurados pelo artigo 20. O que excede tais princípios não está protegido pelo artigo 20.

Quanto ao princípio da “dignidade da pessoa humana”, o Tribunal, em sua maioria, afirmou que a

“exclusão da possibilidade de revisão dos atos do Executivo pelo Judiciário também não violava o princípio da

‘dignidade humana’, uma vez que os indivíduos não seriam deixados ao arbítrio das autoridades públicas, mas deveriam ser protegidos por alguma ‘função equivalente ao controle jurisdicional’” (VIEIRA, 1999, p. 151).

Concordando com os votos dissidentes no caso em questão, entende-se que o artigo 79 (3) da LF protege não só os valores preconizados nos artigos 1º e 20 de sua total abolição, mas também, e especialmente, de qualquer alteração que afete sua essência ou sua integridade. Afinal, conforme afirmou a minoria no Tribunal, “direitos só devem ser restringidos em situações de emergência, não em situações legais cotidianas: ‘é contraditório abandonar princípios constitucionais inalienáveis para proteger a Constituição’” (VIEIRA, 1999, p. 152).

b) “O Tratado da União Européia” –  
“BverfGE” (decisão de 1993)

A chamada “cláusula européia” é resultado de uma Emenda feita ao artigo 23 da Lei Fundamental com vistas a torná-la compatível com o processo de unificação da União Européia, ou seja, para tornar a ratificação do Tratado de Maastricht compatível com a LF.

A alegação objeto de questionamento da constitucionalidade de tal revisão perante o Tribunal Constitucional Federal se deu pelo fato de que tanto o Tratado de Maastricht quanto a própria emenda violavam diretamente o princípio da democracia. “Para os requerentes, a transferência de poderes soberanos para uma instituição que exercita este poder sem legitimação popular é incompatível com a Lei Fundamental” (VIEIRA, 1999, p. 157); além disso, a transferência de poderes do *Bundesbank* para o Banco Central Europeu demonstraria ainda mais uma infração do princípio democrático.

Quanto à transferência de poderes soberanos para uma organização supranacional, o Tribunal declarou que não houve transgressão ao princípio da democracia em

razão de o Parlamento (por ser um órgão eleito pelo povo) continuar sendo o cerne do poder. Por outro lado, quanto à alegação de transferência de poderes do *Bundesbank* para o Banco Central Europeu, o Tribunal declarou que

“Esta alteração no princípio democrático, com o propósito de proteger a confiança depositada no valor da moeda, é aceitável porque leva em conta as características especiais (testadas e aprovadas – também em termos científicos – no sistema jurídico alemão), que um Banco Central independente é uma melhor garantia do valor da moeda, e assim de uma sadia base econômica para as políticas orçamentárias consistentes e para o planejamento privado e comercial, no exercício de direitos de liberdade econômica, do que instituições estatais (...) que se apóiam no consenso – no curto prazo – das forças políticas” (VIEIRA, 1999, p. 158).

## 6. Conclusão

Numa tentativa de traçar um perfil para (e da) República Federal da Alemanha, torna-se tarefa fácil verificar o quão sólido é o constitucionalismo ali presente. A Constituição da Alemanha foi, como Lei Fundamental, a Lei Fundamental de BONN, e essa denominação se deu de forma propositada, já que os alemães não admitiam chamar de Constituição aquela norma constitucional que havia sido imposta pelos vencedores da 2ª grande Guerra Mundial, em especial os Estados Unidos da América.

Não obstante isso, e por ocasião da comemoração de 20 anos da República Federal da Alemanha, “em 1969, a Lei Fundamental foi celebrada como sendo a melhor e mais liberal Constituição que vigorou em território alemão, em qualquer época. A Lei Fundamental foi aceita pelos cidadãos como nenhuma

outra Constituição anterior” (ALEMANHA..., 2000, p. 143).

Verifica-se, portanto, que o respeito e o reconhecimento que se tem na Lei Fundamental ultrapassam obstáculos, como, *v.g.*, a imposição da Constituição, o período de turbulência característico do momento em que precedeu ou que foi aprovada – na sequência dos horrores da 2ª Guerra –, que poderiam facilmente ter enfraquecido e descreditoado aquela nova proposta. Mas por outro lado, e de uma maneira até admirável, o povo daquele país, já marcado pelo sofrimento e desgaste do período, preferiu dar um voto de confiança àquela perspectiva que se apresentara.

É sabido que a Lei Fundamental de BONN não foi aprovada para ser uma Constituição definitiva, categórica. Desde o início, foi-lhe reconhecido um caráter efêmero. Mas, a despeito disso, a identificação constitucional foi tão grande que, mesmo tendo a Alemanha recuperado sua autonomia e poder, ainda assim, o povo alemão decidiu pela permanência da Lei Fundamental em sua essência.

É claro que, para que isso fosse possível, ou seja, para que a Lei Fundamental permanesse no tempo, era necessário promover sua adaptação às distintas situações e evoluções que estavam emergindo.

Nesse sentido, e conforme ventilado no decorrer deste trabalho, o Estado Federal Alemão, algumas vezes corretamente e outras, porém, deixando margem a questionamentos, mas de uma maneira geral dentro das regras impostas pelo Estado Democrático de Direito, tentou buscar soluções para o problema das gerações futuras e, dessa forma, procurou encontrar adaptações ao que estava preconizado, por meio de reinterpretções, e, quando isso não foi possível, abriu-se espaço para reconstruções por emendas ou revisões constitucionais.

Assim, conforme já salientado, em meio à aprovação de várias emendas, houve a preocupação em alinhar o país aos ditames do Tratado de Unificação, na busca de uma

solidariedade em toda a Europa. Preocupou-se com a abertura de mercados, com a proteção ao meio ambiente, questão da mais extrema importância nos dias de hoje, com a proteção dos deficientes, mediante uma postura cada vez mais saliente, a do cuidado com a inclusão do outro, do diferente. Além disso, buscou, ainda que tardiamente, estabelecer a igualdade de direitos entre o homem e a mulher. Eminentemente, apropriou sua política às novas definições estabelecidas no Tratado de Maastricht, com vistas a superar a divisão do continente e, com isso, simbolizando o fortalecimento da democracia e do potencial econômico da Europa como um todo.

Portanto, é imperioso reconhecer o empenho da República Federal da Alemanha em se promover, sempre de uma maneira fundamentada e evolucionista. A Lei Fundamental de BONN demonstra corretamente saber coordenar a “rigidez” e a “mobilidade” da Constituição. Afinal, ambas as características são

“por causa da tarefa da Constituição, necessárias a abertura e amplitude, porque somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida, as determinações obrigatórias, porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas. É necessária a coordenação desses elementos para que ambos possam cumprir sua tarefa. O persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso são dados: senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias: senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível” (HESSE, 1998, p. 45).

<sup>1</sup> “Com respeito à queda do Muro, em novembro de 1983, e à consumação da unidade alemã em 3 de outubro de 1990, muitos alemães ainda continuaram admirados com a rapidez com que esse inesperado desenvolvimento histórico se processou. A obrigação da reunificação já estava prescrita na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, mas a maioria das pessoas já tinha perdido a esperança de que algum dia ambas as partes da Alemanha pudessem se reunificar. O objetivo da RDA era o socialismo, que só poderia ser alcançado contra o oeste, lado a lado com a nação irmã, a União Soviética. Os cidadãos não podiam nem mesmo entoar o texto do seu hino nacional, pois nele havia a frase ‘Alemanha, pátria unida’. Foi exatamente esta sentença que se tornou o fãl dos manifestantes nas cidades da Alemanha oriental em 1989. Sim, é verdade: o fim do Estado comunista de trabalhadores e camponeses foi a primeira revolução alemã bem-sucedida e, além do mais, pacífica e democrática. Aquele que, naqueles dias, participou pessoalmente ou acompanhou pela tevê a festa de alegria na Porta de Brandemburgo, que finalmente estava novamente aberta, se recordará sempre dessa data com grande emoção e com a sensação de ter presenciado um dos momentos decisivos da história mundial”. (SCHMID, 2003, p. 6-7).

<sup>2</sup> Dados/informações retirados da obra *Perfil da Alemanha* publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal alemão em 2000, da Revista *Deutschland*, Frankfurt, nº 4 ago./set. 2003 e de página na Internet. Disponível em: <www.government.de. (Bundesregierung Deutschland).

<sup>3</sup> Partido Liberal Democrata (FDP).

<sup>4</sup> União Democrata Cristã da Alemanha (CDU).

<sup>5</sup> Partido Social Democrático da Alemanha (SPD).

<sup>6</sup> Dados/informações retirados da obra *Perfil da Alemanha* publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal alemão em 2000.

<sup>7</sup> “Berlim é ao mesmo tempo um Estado e uma cidade e também a capital da República Federal da Alemanha. Com 3,4 milhões de habitantes – dos quais 440.000 são estrangeiros provenientes de 182 nações –, Berlim é a maior cidade entre Paris e Moscou. Abrangendo uma área de 892 quilômetros quadrados – o tamanho de Munique, Stuttgart e Frankfurt do Meno juntas –, a mais nova metrópole reúne em si os mais diversos centros, bairros e distritos”. (KARASEK, 2003, p. 30).

<sup>8</sup> Em 1849, o imperador austríaco recusou a coroa da Alemanha unida alegando que sua auto-

ridade sobre a Hungria ficaria enfraquecida e o rei da Prússia à época, Frederico Guilherme IV, também recusou a coroa, mas por considerá-la extremamente liberal. Nesse sentido, não se considera uma Constituição para o período que vai de 1848 a 1871, exatamente porque não havia uma consolidação/solidificação constitucional suficiente para se falar em uma Norma Constitucional.

<sup>9</sup> Não obstante nunca ter havido um ato formal de revogação expressa, a “Lei de Habilitação” adotada pelo Estado Nacional-socialista suspendeu materialmente a vigência da Constituição da República de Weimar.

<sup>10</sup> Para muitos doutrinadores, não se pode falar em um Federalismo weimariano, por afirmarem que a República se aproxima muito mais de um modelo de Estado unitário descentralizado sob forma regional.

<sup>11</sup> Para Carl Schmitt (considerado um conservador revolucionário que teve seu apogeu entre as duas grandes guerras, ou seja, nas décadas de 20 e 30, portanto, contemporâneo à República de Weimar), a dualidade amigo/inimigo constitui estritamente a Política. Para Schmitt (apud DINIZ, 1998, p. 155) é importante identificar claramente quem pode representar a ameaça à sobrevivência do que ele considera como o “meu grupo”. “O inimigo político, pois, é o permanente inimigo público. A relação política, isto é, a relação amigo/inimigo, é concreta e existencial, além disso, é determinada em virtude de uma decisão da autoridade política”.

<sup>12</sup> “A expressão *votos* do Conselho Federal se explica pelo fato de que tal órgão é formado por membros dos governos dos Estados federados, sendo que cada Estado tem, pelo menos, três votos, podendo ter mais, conforme o seu número de habitantes”. (FIÚZA, 1997, p. 330).

<sup>13</sup> Salienta-se que as reformas ocorridas podem ser dos seguintes tipos: reforma, derrogação e agregação, dependendo de cada caso.

## Referências

ALEMANHA. *Ley Fundamental para la Republica Federal de Alemania*. Bonn: Departamento de Prensa e Información Del Gobierno Federal, 1949.

ALEMANHA. *Perfil da Alemanha*. Tradução de Assis Mendonça. Frankfurt, Meno: SocietätsVerlag, 2000.

FERNANDO BADÍA, Juan (Coord.). *Regímenes políticos actuales*. 3. ed. rev. e aum. Madrid: Tecnos, 1995.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3. ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KARASEK, Hellmuth. Um resumo ilustrado da capital alemã: retrato de um Estado federado. *Deutschland*, Frankfurt, n. 6, p. 30-38, dez./jan. 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. O Estado Federal Alemão. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SCHMID, Klaus-Peter. 13 anos de unificação alemã. Como se unificam as partes de um todo?. *Deutschland*, Frankfurt, n. 4, p. 05-13, ago./set. 2003.

STATE and citizens. *Bundesregierung Deutschland*. Disponível em: <[www.government.de/](http://www.government.de/)>. Acesso em: 27 maio 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

# A função tributária

Por uma efetiva função social do tributo

Elísio Augusto Velloso Bastos

## Sumário

Introdução. 1. Necessidades públicas – atividade financeira do Estado e o poder/dever de tributar. 2. A função tributária: o poder-dever tributário. 3. Alguns aspectos históricos. Os fatores legitimadores da função tributária ao longo da história. 3.1. A propriedade: síntese evolutiva e função social. 4. A força normativa do direito sobre os fatos. 5. A quem compete efetivar a utilização dos tributos como fator redutor da pobreza e desigualdades sociais? 6. A utilização dos atributos como fator redutor da pobreza e desigualdades sociais: dificuldades e idéias para efetivá-la. 6.1. A primeira grande dificuldade: a mundialização da economia. 6.2. A segunda grande dificuldade: a mobilidade patrimonial. 6.3. A terceira grande dificuldade: o tratamento constitucional da propriedade. Conclusão.

O presente estudo versa sobre a função social do tributo. Sustenta que o chamado poder tributário, em face de ter seu objeto vinculado aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, é, em verdade, um poder-dever ou uma função. A legitimidade do tributo, portanto, apenas pode ser aferida na proporção em que o mesmo for utilizado para tais objetivos.

Assim é que, se a sociedade deve ser destinatária dos tributos, ela deve fazer parte, de igual modo, da relação tributária, devendo obter meios e instrumentos que facilitem, incentivem e viabilizem sua participação.

Elísio Augusto Velloso Bastos é Procurador do Estado do Pará; Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil (Universidade Estácio de Sá); Especialista em Direito Tributário e Legislação Tributária Federal (Universidade Estácio de Sá); Advogado em Belém.

## Introdução

O Poder é um fenômeno sócio-cultural, um fato da vida social<sup>1</sup>. Pertencer a um grupo social é constatar que o mesmo possui determinado poder sobre os indivíduos que o compõem, capaz de impor-lhes condutas, omissivas ou comissivas, ora por mecanismos visíveis como prêmios ou sanções<sup>2</sup>, ora por mecanismos em regra invisíveis que implicam persuasão, obediência voluntária por entendimento de que o poder representa ideais coletivos que devem ser observados<sup>3</sup>.

Em verdade, podemos notar a existência de vários grupos sociais que se inter-relacionam, razão pela qual urge a presença de um Poder maior, capaz de regular, de uma forma bem mais ampla, tal inter-relacionamento, visando evitar conflitos entre tais grupos, bem como desenvolvendo a forma mais eficaz de solução dos conflitos que não se possa evitar. Essa a tarefa do Poder Político<sup>4</sup>. Sucede que o Poder Político exercido pelo Estado tem um preço, um custo, envolve a atuação em diversos ramos e frentes; quer fiscalizando quem age ou propriamente agindo, o Estado necessita estar presente na vida de todos.

Pois bem, para desenvolver essas atividades que regulam a vida humana em sociedade, o Estado precisa, além do dinheiro propriamente dito, planejar seus gastos e despesas para fazer menor o percurso até a almejada realização do bem comum. Essas tarefas a serem realizadas pelo Estado são o que se denomina Atividade Financeira do Estado.

Inserido nessa atividade está o Poder/Dever de Tributar ou função tributária, conforme veremos, com o desiderato precípua de conseguir os meios financeiros necessários para viabilizar o atuar do Estado, que no caso brasileiro tem seus objetivos fundamentais expressos no art. 3º da CF/88, entre os quais a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Procurar-se-á demonstrar que não é apenas a previsão normativa que legitima a cobrança de tributos, nem apenas a observância das garantias constitucionais dos contribuintes, mas também, e, sobretudo, sua efetiva utilização para alcance dos objetivos *supra* referidos. Possui, dessa feita, o tributo uma função social da qual não se pode desviar. A legalidade, a universalidade, a vedação ao confisco, a observância da capacidade contributiva, assim como outras garantias aos contribuintes, não devem ser vistas como ponto de chegada, mas ponto de partida rumo ao alcance de tais objetivos fundamentais.

Afinal, o Estado Social deve deixar de ser um mero garantidor de liberdades e da propriedade para assumir um papel ativo, de fomento à redução das desigualdades, pretendendo atuar, inclusive, sobre o regime da propriedade, que deve ter seu uso legitimado pelo bem-estar causado à comunidade, e não apenas a seu titular.

A relação tributária não pode, portanto, ser pensada como relação bipolar, em que fisco e contribuinte travam luta acirrada para garantir seu espaço. Urge constatar que a relação tributária, no contexto do Estado Social de Direito, como ainda é o Brasil, em que pese as Emendas Constitucionais predatórias e as castrações jurisprudenciais, é tripolar, ou seja, ao lado de fisco e contribuinte, deve atuar a sociedade, destinatária final do produto da exação tributária.

### *1. Necessidades públicas – atividade financeira do Estado e o poder/dever de tributar*

Como salientam Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath (2000, p. 16-17), para o desempenho de toda a atividade que se encontra sob o seu mister, tais como a realização dos serviços públicos, o exercício do poder de polícia, a intervenção no e sobre o domínio econômico, entrega de subvenções econômicas e sociais, desenvolvimento da

pessoa humana, o Estado deve possuir uma fonte de renda, meios materiais para atingir tais objetivos.

É com a receita, em especial as receitas derivadas, e, dentro dessas, os tributos que o Estado obtém os recursos patrimoniais que serão empregados nas despesas públicas, todas vinculadas, no caso do Brasil, como já ressaltamos, aos objetivos fundamentais descritos na Constituição.

Mas o poder/dever de tributar não nasce com o Estado Moderno<sup>5</sup>, sendo, antes, não reflexo da soberania, mas reflexo do poder de se exigir de outrem um sacrifício pessoal, atualmente de cunho patrimonial, em face de um benefício maior<sup>6</sup>. Tal poder nasce e por um bom período da história das civilizações ocidentais tem como único fator de legitimação a manutenção da segurança aos indivíduos. E, se é assim, não se pode identificar a existência de tais contribuições com o Estado Moderno<sup>7</sup>.

Ocorre que a crescente situação de desigualdade social fomentada pelos ideais do liberalismo econômico exigiu uma maior participação do Estado, que passa a ter como suas as necessidades de grande parcela de seus cidadãos, os quais, carentes de recursos, vivem desprovidos de qualquer critério de pertencimento a uma sociedade, à qual estão incluídos formalmente, mas excluídos substancialmente.

Nossa Constituição atual reflete e fomenta a chamada economia social de mercado e, como tal, seu ponto de partida “é a idéia de que o ser humano deve ser o fim último da ordem econômica e social”<sup>8</sup>, aqui incluído o poder/dever de tributar. Desse modo, além de carregar em seu bojo a necessidade de prover as receitas públicas, o poder/dever de tributar assume importante papel na redução das desigualdades sociais.

## 2. A função tributária: o poder-dever tributário

Em verdade, merece ficar assentado desde já neste trabalho que temos por infrutífe-

ra a discussão acerca da natureza do tributo, se um direito ou um dever. Trata-se, em verdade, de um falso problema se colocado à luz da evolução histórica dos direitos, afinal, como bem lembra Sérgio Resende de Barros (2003, p. 3):

“A necessidade gera o dever que gera o poder. (...) Não há poder de comandar, sem dever de obedecer. (...) Não há direito de exigir, sem obrigação de cumprir. (...) Dessa maneira, na origem primária, seja na geração atual e singular de um direito, seja na geração histórica e geral dos direitos, o direito nasce da obrigação, o poder nasce do dever.”

Os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades<sup>9</sup>. Desse modo, da necessidade em se alcançar os objetivos fundamentais de uma sociedade, que no caso da brasileira se encontram fixados no aludido art. 3º da CF/88, nasce o dever do cidadão em contribuir com os recursos disponíveis e proporcionais para criar os meios necessários ao alcance de tais objetivos, e desse dever nasce não só o direito do Estado de “manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover”<sup>10</sup>, mas o direito de cada cidadão em exigir tal contribuição e fiscalizar sua aplicação no sentido de que, uma vez arrecadada, possa ser utilizada no processo de concretização de tais objetivos. Valioso, uma vez mais, citarmos Sérgio Resende de Barros (2003):

“Refletindo as necessidades e sobre as necessidades que os afligem no curso da sua história, os seres humanos se fixam fins, que se tornam valores, que enformam deveres, que sustentam poderes. Estes nascem, assim, com o dever de atender às necessidades que lhes deram origem, por força e na medida das quais eles são poderes-deveres; e não poderes arbitrários”.

Desse modo, o chamado “poder” tributário apenas pode ser entendido como um

poder-dever, ou função<sup>11</sup>, em que seu exercício se encontra condicionado a um fim, pelo que “na função o exercício do poder não é livre, mas pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento” (MEDAUAR, 1999, p. 120-121).

Conclui-se, assim, que a atividade tributária concentra um poder-dever em que participam o Estado, o contribuinte e a sociedade, sendo que tal atividade possui um fim específico que passa pela obtenção dos meios materiais, mas apenas enquanto tais meios servirem para alcançar os objetivos fundamentais refletidos no art. 3º da CF/88<sup>12</sup>.

Não se pode acatar, pois, a tese segundo a qual o indivíduo, na relação jurídica tributária, ocupa, tão-somente seu pólo passivo na condição de sujeito de dever jurídico. Por essa teoria, o cidadão apenas teria direitos na relação jurídica de administração, ou seja, os deveres tributários teriam como correlatos os direitos administrativos<sup>13</sup>.

Tal teoria, fundada na teoria clássica do direito tributário, acarreta, entre outros males, como veremos adiante, a exclusão da sociedade do campo do direito tributário.

### *3. Alguns aspectos históricos. Os fatores legitimadores da função tributária ao longo da história*

Uma das melhores formas de conhecermos determinado instituto jurídico é buscarmos, no transcurso da história, suas várias manifestações. Em sua origem, o tributo estava ligado à cobertura de gastos com guerras, resgates e custeio do aparato burocrático, laico ou religioso. Seu primeiro elemento de imposição foi, certamente, a força, razão pela qual a unilateralidade e a violência foram características da relação tributária. Não é por outro motivo que, para combater os excessos na cobrança, desde cedo movimentos populares reivindicaram limites ao exercício de tal poder.

Todavia, a força é, por si só, um frágil elemento legitimador, desprovida que é de qualquer justificativa ética. Sim, porque “o mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever”<sup>14</sup>. Buscou-se, assim, ao então poder de tributar, ao longo dos tempos, uma série de fatores legitimadores que justificassem sua cobrança: ora era fruto do contrato social, ora cumprimento de um dever inerente à ordem social, ora instrumento de troca visando obter a segurança necessária à vida social, ora resultado, simples, de uma relação e imposição legais, sem a necessidade de qualquer contrapartida por parte do Estado<sup>15</sup>.

Todavia, em que pese tais discursos legitimadores, o fato é que ao longo da história os tributos serviram, e servem em muitas oportunidades até hoje, para fomentar privilégios e dominações, servindo como uma espécie de totem<sup>16</sup>, um instrumento que, ao passo que protege, possibilitando a segurança, domina, pelo que pensamos que a luta a ser travada agora é no sentido de utilizar o tributo como libertador, como redutor das desigualdades sociais e da pobreza crescente em nossa sociedade.

Tal tarefa não é fácil, eis que, como já dito, desde o passado remoto encontramos uma tendência para se utilizar o tributo como forma de garantir privilégios de uma determinada classe social, variante na história humana, em detrimento de uma grande massa de desfavorecidos. Nesse aspecto, a plebe, na República Romana, sustentava os privilégios dos cidadãos romanos<sup>17</sup>. Assim foi, também, durante a Idade Média, na relação suserano e vassalos e durante o Estado Moderno.

Não é sem razão, pois, que já em 1215 a história nos apresenta um dos primeiros textos normativos a tentar opor limites ao então poder de tributar do soberano. Trata-se da Magna Carta<sup>18</sup>, que, em seus itens 12<sup>19</sup> e 41<sup>20</sup>, ofertava um esboço de garantias de viés tributário. A mesma linha, aliás, é travada pelo *Bill of Rights* inglês de 1689. Em tal do-

cumento, fica vedada, no artigo 10, a cobrança de tributos excessivos, bem como se obsta a cobrança de tributos pelo Monarca sem a necessária intervenção do Parlamento (art. 4).

Não é sem razão, também, que entre as reivindicações da Revolução Francesa, e das demais revoluções burguesas em geral, está a universalidade da contribuição e o consequente fim dos privilégios tributários do clero e da nobreza e da sobrecarga dos demais membros da sociedade (camponeses, operários, artesãos, comerciantes, banqueiros, proprietários de manufaturas...) <sup>21</sup>. Também se constata que um dos motivos claramente firmados na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, foi o que se denominou “lançamento de taxas” sem o consentimento dos colonos.

Portanto, a oposição de direitos e garantias tributárias ao suserano e ao Estado é corolário da oposição de direitos, de um modo geral, dos administrados ao Poder Público, o qual passa a ter suas atividades igualmente reguladas e vinculadas pelo direito, e tal limite é tão mais verdadeiro e efetivo à medida que são criados instrumentos, à disposição dos cidadãos, capazes de tornar a norma jurídica realidade.

Veja-se, todavia, que é dessa época que surgem as garantias, até hoje vigentes, dos contribuintes em face do fisco, intrínsecas à proteção ao direito de propriedade; afinal, como o tributo invadia a esfera patrimonial do cidadão, devia ser limitado para que a propriedade fosse respeitada.

O que assusta, em verdade, é constatar-se que a relação tributária se encontra até hoje com o pé no século XVIII, marcada e protegida pelos direitos humanos da chamada primeira geração voltados à propriedade (que, na prática, vai fazer de certos homens capazes de exercitar direitos políticos); à liberdade (que possibilitará o livre exercício do comércio sem a intervenção estatal, visando alcançar ou aumentar as propriedades individuais, e assim ganhar ou aumentar o poder político); e à segurança (indispensável ao regime cujos direitos po-

líticos advêm da propriedade, e, portanto, impensável nos regimes absolutistas de então, capazes de tornar o Estado como titular de direitos e, sobretudo, obrigações).

Desde o século XVIII, a preocupação com a finalidade do tributo ocupou o segundo plano. Afinal, em primeiro estavam os limites à exação, tais como a legalidade, a universalidade, a isonomia, o não confisco, entre outros, fixados previamente e que legitimavam a exação desde que observados. A legitimidade do tributo era fixada *a priori*. Tais limites serviam, insista-se, para obstar eventual desvario estatal na cobrança dos tributos, o que, a história demonstra, ocorreu com desconcertante força e habitualidade.

No final dos oitocentos, durante os novecentos e especialmente durante o momento atual, todavia, tal concepção merecerá alteração, eis que a própria concepção de propriedade sofrerá profundas modificações com a passagem do Estado Liberal de Direito para Estado Social de Direito. Muda-se a substância do Estado, muito embora a forma (“de direito”) permaneça. É certo que os efeitos de tal alteração ainda não foram bem entendidos, percebidos e efetivados, mas o fato é que o Estado social de direito vai trazer, em seu bojo, uma nova concepção ao direito de propriedade e, assim, uma nova concepção à relação tributária. Vejamos:

### 3.1. *A propriedade: síntese evolutiva e função social*

Dentro do tema ora em análise, importante traçarmos as linhas gerais da evolução do conceito de propriedade, eis que é sobre este que irá recair, direta ou indiretamente, o tributo. Assim, como bem salienta Hannah Arendt (1997, p. 71-74):

“A propriedade e a riqueza são historicamente de maior relevância para a esfera pública que qualquer outra questão ou preocupação privada, e desempenharam (...) o mesmo papel como principal condição para a admissão do indivíduo à esfera pública e à plena cidadania (...).

Antes da era moderna (...), todas as civilizações tiveram por base o caráter sagrado da propriedade privada. A riqueza, ao contrário (...), nunca antes fora sagrada (...).

(...)

Assim, não é realmente exato dizer que a propriedade privada, antes da era moderna, era vista como condição axiomática para admissão à esfera pública; ela era muito mais do que isso (...); ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado (como no caso do escravo) significava deixar de ser humano”.

Para os antigos, assim, a propriedade estava ligada essencialmente à terra, a algo imóvel. A propriedade possuía, então, um conceito extremamente restrito. Tal fato, aliado a sua efetiva importância até mesmo para caracterizar a humanidade de seu titular, e todas os direitos advindos de tal reconhecimento, consagra a sacralização da propriedade imóvel.

Na Idade Moderna, a riqueza surge como fruto essencialmente individualista<sup>22</sup>, destinado, em sua essência, ao uso e ao consumo. Tal característica levaria, certamente, ao desaparecimento, cedo ou tarde, da riqueza. Surge, daí, a idéia de se transformar a riqueza em mais riqueza, em capital, portanto, por meio do processo de acumulação.

“Somente quando a riqueza se transformou em capital, cuja função única era gerar mais capital, é que a propriedade privada igualou ou emulou a permanência inerente ao mundo compartilhado por todos. Essa permanência, contudo, é de outra natureza: é a permanência de um processo e não a permanência de uma estrutura estável. Sem o processo de acumulação, a riqueza recairia imediatamente no processo oposto de desintegração através do uso e do consumo.

A riqueza comum, portanto, jamais pode tornar-se comum no sentido que atribuímos ao mundo comum; permaneceu – ou, antes, destinava-se a permanecer – estritamente privada. Comum era somente o governo, nomeado para proteger uns dos outros os proprietários privados na luta competitiva por mais riqueza.” (ARENDDT, 1997, p. 79).

Desse modo, sempre que a propriedade estiver travestida das vestes de capital, merecerá especial proteção do ordenamento jurídico.

O auge desse novo pensamento acerca da propriedade e da riqueza encontraremos no final dos setecentos e nos oitocentos, os quais, seguramente, foram marcados, não por outro motivo, por um período de: 1. vivência máxima do capitalismo moderno; 2. valorização sem limites da propriedade privada e do individualismo; 3. da espoliação de uma classe trabalhadora, cuja venda do trabalho era sua única forma de participação no mercado; 4. de lutas sociais sangrentas; 5. subserviência acentuada do Estado à “mão invisível” do mercado, entre outros aspectos.

Tais circunstâncias certamente levaram a mudanças de concepção no regime capitalista. Tornava-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital<sup>23</sup>. Surgem os movimentos socialistas<sup>24</sup> e comunistas visando a superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de contra-reforma<sup>25</sup>, surgem os movimentos de socialização do capitalismo, pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social, ao instaurar um Estado social, preservar a ordem capitalista<sup>26</sup>.

Aliás, é exatamente esse raciocínio que encontramos já na encíclica *rerum novarum*<sup>27</sup>, de 15 de maio de 1891, um marco da doutrina social da igreja católica, que, visando reparar as eventuais falhas do mercado, organizar e proteger a sociedade, oferta uma alternativa às teorias socialistas pelo reconhecimento do que chamou de “questão

social”, no sentido de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o Estado humanizar os rigores do capitalismo chamado liberal.

Tal mudança de certa forma cristaliza-se em textos constitucionais, primeiramente na Carta Mexicana de 1917<sup>28</sup>, passando pela de Weimar de 1919<sup>29</sup> e pelas diversas Constituições dos mais diversos países que vieram em período posterior, passando por nossa atual Constituição.

O Estado social, assim, deixa de ser apenas o mero *government by law* e pretende se transformar no complexo *government by policies*, na medida em que se pretende preocupar com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas e na medida em que transcende a importância individualista da propriedade, que doravante faz emanar deveres sociais. Mister, pois, um planejamento cada vez mais firme e verdadeiramente dirigente, instrumentalizado por políticas públicas que visam coordenar os diversos interesses presentes na sociedade para atingir certos objetivos sociais de caráter nacional.

As constituições, como a brasileira em vigência, passam a desejar a direção não só dos fins do Estado, mas dos fins de algumas instituições de relevo, tais como a propriedade, a empresa, o mercado, entre outras, para que nas mesmas seja introduzida uma “dimensão política no cálculo econômico, buscando a constituição de um sistema econômico social, ... ou seja, a prevalência de critérios políticos que permitem superar a rigidez da lógica econômica na busca do bem-estar coletivo”<sup>30</sup>.

As liberdades, inclusive as de comércio e indústria, passam a ter por finalidade o bem-estar social, a verdadeira igualdade de oportunidades, cabendo ao Estado garantir a liberdade igual a todos, bem como assegurar a constante busca pela redução das desigualdades sociais. Ora, e um dos principais mecanismos de que o Estado poderá utilizar para promover a redução das desigualdades

sociais é o tributo, o qual passa a ter essa relevante função “extrafiscal”<sup>31</sup> a ser alcançada.

Evidente que a noção de tributo e de sua legitimação sofrerá profunda alteração. Mais do que nunca o tributo precisa ser visto e tratado como uma instituição social, e não apenas como um fato econômico ou financeiro<sup>32</sup>. Todavia, em que pese tal transformação, o fato é que a relação jurídica tributária ainda é vista, até hoje, com os olhos setecentistas ou oitocentistas, ora sob a ótica do fisco, ora, esta com mais frequência, sob a ótica do contribuinte.

Os manuais e tratados de direito tributário se esforçam em abordar as garantias dos contribuintes, não sem razão, eis que as mesmas, vez por outra, cedem lugar a equívocos e abusos indevidos por parte do poder público. Todavia, poucas linhas são escritas em prol das garantias para o terceiro elemento da relação tributária: a sociedade, ou a parcela da mesma que vive carente de recursos e à margem dos principais processos econômicos e políticos, (sobre)vivendo, em um número cada vez maior, abaixo da linha de pobreza. São, em última análise, ou deveriam ser por força constitucional, os destinatários de grande parte dos tributos e como tais têm absoluto interesse em participar ativamente daquela relação.

Tal inanição não é por desatenção, certamente. Ela é promovida, em boa parte, por viúvos e viúvas do liberalismo econômico que criticam a participação ativa do Estado na economia, que chamam de democracia esse regime aristocrático e mantenedor do *status quo* e que, dóceis ao poder, desprezam o povo, já que este não detém, de fato, o poder. Sustentam ser inaceitável a transformação do Estado em uma “enorme máquina de redistribuição que se converte, segundo Frederic Bastiat, em: uma grande farsa na qual todo mundo se esforça em viver a expensas de todo mundo”<sup>33</sup>.

Uma vez mais merece ressalva que, considerada a realidade histórica do período em que foi proferida bem como a boca pela qual foi exprimida, nada há de preocupan-

te na frase de Frederic Bastiat, filósofo francês do século dezanove e membro da Assembléia Nacional da Revolução de 1848, na França, ferrenho defensor do Estado mínimo para o qual os recursos extraídos da sociedade acabariam nas mãos dos burocratas, e, como tal, melhor deixá-los nas mãos de seus donos, que fariam melhor proveito.

Preocupante é tal idéia ainda ser aprovada dois séculos depois. Afinal, em nosso País, cerca de 21 milhões de pessoas podem ser considerados indigentes e 50 milhões como pobres. Sucede que, em que pese tal índice, a causa principal da exclusão social brasileira não é a falta de recursos no País, eis que a nossa renda *per capita* é comparável à de nações mais ricas do mundo. Vivemos hoje no Brasil com uma das maiores concentrações de renda do mundo. Não há como pensarmos no Estado e no próprio Direito sem pensar no papel de distribuição de riquezas e redução da pobreza que devam exercer, inclusive por força de nossa Constituição.

Assim, a grande farsa é pensar que o mercado irá solucionar os problemas de que se alimenta. Urge a intervenção do Estado e, como em sua forma ainda permanece “de direito”, deverá fazê-lo a partir do direito, em especial do direito tributário, “que pelo impacto de seus tributos” poderá destruir “a antiga ordem social” e, simultaneamente, financiar “a reconstrução, esta última disciplinada pelos demais ramos do Direito Positivo”<sup>34</sup>.

Não há como deixar de constatar, de igual modo, que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão sendo negligenciados. Tal constatação, todavia, gera algumas questões: terá o direito, em especial o tributário, a força normativa necessária para promover tal novo e nobre desiderato aos tributos, os quais, tradicionalmente, são utilizados para manutenção de privilégios? A quem cabe promover e fiscalizar a promoção desse novo papel? É o que tentaremos responder, doravante.

#### 4. A força normativa do direito sobre os fatos

Nenhum cientista talvez seja capaz de negar a efetiva influência da realidade ou dos valores sobre as normas. Esse, talvez, o mérito considerável de Ferdinand Lassalle (2000)<sup>35</sup>, que, ao expor tal influência, gritou, a todos pulmões, que a Constituição estava nua, e em muitos aspectos está mesmo. Não há como negar que a Constituição, e o direito que ela tão bem expressa como ápice normativo, foi criada para proteger e garantir uma certa ordem vigente, e não para legitimar ou possibilitar revoluções. Tanto isso é verdade que os ideais revolucionários sempre estão alicerçados em direitos naturais, quase nunca positivados pela ordem jurídica que se deseja substituir.

Não há como negar que tal função, em regra, vem sendo meticulosamente exercida, mesmo, alguns dizem, mediante a figura do Estado do bem-estar social. Nesse sentido, as Constituições dirigentes e suas normas programáticas são usadas, com desconcertante habitualidade, para negar os valores constitucionalizados.

Ocorre que, sob a vontade de deitarmos fora a água da bacia, não poderemos jogar junto a criança que está lá dentro.

Se, por um lado, as Constituições devem refletir os valores de seu tempo, por outro, tais valores devem ser revestidos de normatividade jurídica para serem eficazes. Ou seja, a Constituição possui a importante missão de qualificar a realidade como realidade jurídica e, a partir daí, destacar, em ação inversa, sua eficácia para impor condutas. A Constituição, portanto, deve ser considerada como a verdadeira “criadora do Estado de Direito, pois, se antes dela o poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Lei Fundamental ele... converte-se a Poder de direito, desencarnado e despersonalizado”<sup>36</sup>.

Ocorre que a criatura, no momento de sua concepção e, posteriormente, de seu iní-

cio de vida, por trazer a essência de seu criador, modifica-o, passa a ter vida e destino autônomos. Afinal, como salientou Engels (1987, p. 42) “um fator histórico, por ter sido engendrado por outros fatos, em última instância econômicos, reage também por sua vez e pode reagir sobre aquilo que o cerca, inclusive sobre suas próprias causas”.

Parece-nos, portanto, assistir razão aos que, como Konrad Hesse (1991, p. 24-25), acreditam que a Constituição, ao passo que não pode estar desvinculada das condições econômicas, sociais e políticas presentes em uma sociedade em um certo período de tempo, não pode ser entendida apenas como reflexo opaco dessas condições.

O mesmo se diga dos tributos que, pensados e criados como forma de manter o *status quo*, devem ter vida independente e posterior. É certo, pois, que se acredita na idéia de que tanto a Constituição, o direito, os tributos e outras instituições criadas ou recriadas pelo Estado Moderno certamente continham tal desejo de manutenção, o mesmo que tende a prevalecer se não tomarmos consciência de tal armadilha perigosa e se não tomarmos consciência de que o caminho para alcançar a força normativa da Constituição, especialmente a social, é árduo e cheio de desvios perigosos, como árduo e perigoso será o caminho para fazer do tributo um mecanismo de redução progressiva das desigualdades sociais e da pobreza.

##### 5. *A quem compete efetivar a utilização dos tributos como fator redutor da pobreza e desigualdades sociais?*

Evidente que o direito *per se* não pode mudar as estruturas, ou resolver graves problemas sociais; poderá fazê-lo, isto sim, o povo, os administrados, os cidadãos em uma luta constante e infundável, tendo por base as políticas criadas pela Constituição, na procura da concretização de certos ideais, sobretudo de redução das desigualdades, solidariedade e reconhecimento, que se encontram em seu alicerce.

Assim é que o processo de concretização da Constituição deverá ser compartilhado por todos os membros de uma sociedade, que devem ser, e, sobretudo sentirem-se, responsáveis por seu destino. A chamada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de que trata Peter Habermas (1997), produz uma exegese mais realista e mais democrática. Afinal, não só o processo de criação, mas o de desenvolvimento posterior do direito constitucional, deverá ser pluralista.

Consoante Habermas (1997), vivenciar a norma é interpretá-la, razão pela qual, por não serem os Juízes os únicos a vivenciar o direito, certamente não seriam apenas eles os legitimados a interpretar a norma jurídica.

A ampliação do círculo dos agentes interpretativos seria apenas consequência da necessidade, de integração da realidade no processo de interpretação. Afinal, quem mais estaria legitimado a transformar a Constituição em realidade constitucional senão todos os que a vivenciam?

Desse modo, conclui que o povo “é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania” (HABERLE, 1997, p. 37).

No mesmo sentido John Rawls (2002, p. 432-433):

“Não pode haver nenhuma interpretação legal ou socialmente aprovada desses princípios que moralmente tenhamos sempre de aceitar, nem mesmo quando a interpretação é da corte suprema de justiça ou do legislativo. De fato, cada função constitucional, o legislativo, o executivo e o judiciário, apresenta a sua interpretação da constituição e dos ideais políticos que a informam. Embora o judiciário possa ter a última palavra na solução de qualquer caso particular, ele não está imune a poderosas influências políti-

cas que podem forçar a revisão de sua interpretação da constituição. (...). O tribunal de última instância não é o judiciário, nem o executivo, nem o legislativo, mas sim o eleitorado como um todo... Não há perigo de anarquia desde que haja uma harmonia adequada nas concepções de justiça dos cidadãos e se respeitem as condições do recurso à desobediência civil”.

Importante uma ampliação e aperfeiçoamento nas formas de participação no processo constitucional das “potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição”, para que o direito processual constitucional possa “tornar-se parte do direito de participação democrática” (RAWLS, 2002, p. 48).

Dessa forma, a força normativa da Constituição certamente está contida, ainda que parcialmente, em sua desmistificação, no sentido de que não deve ser temido um debate franco, aberto e constante acerca de sua justificação<sup>37</sup>, acerca de sua efetiva compatibilidade com os princípios de justiça presentes em uma determinada sociedade e acerca de seu efetivo cumprimento.

O cidadão deve, como isso, deixar de ser um mero admirador do Estado espetáculo, ganhando a consciência de que o Estado, longe de ser superior, é meramente servidor do cidadão, cabendo a este lembrar que o “Estado lhe pertence, que os eleitos são seus eleitos e os ministros seus ministros. Eles estão onde estão graças a ele, e para ele. Compete-lhe, portanto, controlar ativamente este poder. Tendo sempre em mente esta verdade evidente: O Estado, somos nós”.<sup>38</sup>

Importante lembrar, todavia, que o cidadão apenas estará apto a exercer esse relevante papel na medida em que lhe seja garantida a sensibilidade e a acessibilidade em relação às alternativas de conduta e de resultado postas à sua escolha<sup>39</sup>. Nesse sentido, aliás, Schwartzberg (1978, p. 335-350) fornece-nos preciosos ensinamentos acerca dos caminhos a serem seguidos em busca de uma sociedade mais igualitária.

Em primeiro lugar, alerta que deve ser assegurado ao cidadão não apenas o direito à informação, mas o direito ao conhecimento<sup>40</sup>, ao saber. Ainda, há que ser assegurada uma melhor distribuição do tempo destinado ao trabalho (a ser reduzido), à vida privada (tempo destinado à amizade, amor, vida familiar) e tempo de vida pública (a ser aumentado consideravelmente), de forma que o cidadão deixe de ser, tão-somente, mero espectador de uma minoria de atores sociais.

Mister, ainda, que haja a organização da sociedade civil contra excesso, e, complementamos, a inércia do poder estatal, de forma a possibilitar uma maior descentralização da autoridade, regionalizando os espaços. Por fim, salienta Schwartzberg (1978) serem importantes, do mesmo modo, algumas medidas junto ao processo eleitoral, como a publicidade das despesas eleitorais, sua limitação e seu financiamento pelo Estado, além do necessário compromisso público, ou, como menciona, contrato de opinião pública, entre o candidato e o povo, por meio do qual este possa exercer um maior controle.

Podemos certamente incluir nessas medidas a criação e desmistificação de um maior número de instrumentos que possibilitem a participação direta do cidadão no estabelecimento, execução e fiscalização de políticas públicas, como o *recall*, o referendo, o plebiscito, atuação em conselhos de educação, movimentos sociais, audiências públicas, reuniões acerca do orçamento participativo, entre outras medidas.

No campo tributário, mister a criação de instrumentos para que o cidadão, ainda que não contribuinte, possa sentir-se responsável pela fiscalização dos tributos, concessões de isenções e demais benefícios fiscais, aplicação dos recursos para gradual alcance das finalidades constitucionais, recolhimento devido da carga tributária, entre outros aspectos.

Recente pesquisa realizada pelo Ibope a pedido da ONG Ação Educativa<sup>41</sup> ratifica a

importância de tais caminhos para o alcance de uma sociedade mais igualitária. Tal pesquisa revela que cerca de 56% dos brasileiros *não* desejam participar de práticas capazes de influenciar as políticas públicas; entre essas pessoas, 35% informam como motivo para essa apatia a falta de informação; outros 25%, a falta de tempo; outros 21% informam que tais práticas são chatas; 9% acreditam que tais práticas não são importantes, sendo que 9% não souberam revelar o motivo.

Não há dúvida, portanto, que tais caminhos são de vital importância para que o Estado possa fixar e atingir suas metas. Afinal, a maior característica do Estado Social é a fixação de metas, finalidades a serem atingidas. Tal finalidade-mor, cujo alcance depende não só de ação do Estado, mas da sociedade civil, é, certamente, uma melhor distribuição, não só produção, mas, sobretudo, na apropriação das riquezas.

O alcance de tal finalidade, ainda que não totalmente, significa a própria razão legitimadora do Estado, equivalendo “à sua própria existência, no sentido de que o poder estatal vive de sua justificação”<sup>42</sup>. Aliás, não só o poder estatal vive de sua justificação, mas todo e qualquer poder, inclusive o econômico, adquire sua legitimidade *a posteriori*, ou seja, na medida em que efetivamente alcança, num buscar constante, as finalidades que lhe são atribuídas.

Pelo exposto, conclui-se que a Constituição pode ter com a realidade, com os demais elementos que forma a superestrutura de uma sociedade, uma relação de influência e condicionamentos recíprocos. Ademais, não há como negar que “o direito, ainda mais que outras ciências sociais, tem a capacidade de valorizar o elemento humano no conhecimento social. Não são leis econômicas, de mercado ou deterministas que influenciam o conhecimento social, mas sim o indivíduo”<sup>43</sup>.

Nesse aspecto, a pretensão da Constituição em estabelecer uma certa disciplina jurídica da economia e do mercado, definindo os pontos fulcrais da organização eco-

nômica, estabelecendo critérios legitimadores para o exercício da livre iniciativa, não é apenas uma utopia ou engodo, apesar de exercer tal papel com certa frequência.

O caminho a trilhar, todavia, não é fácil, sendo repleto de dificuldades das quais três, em especial, merecem ressalva em face de sua importância. Passaremos a analisá-las, tentando, ao final, expor idéias para efetivar a função social do tributo. Vejamos:

## 6. A utilização dos tributos como fator redutor da pobreza e desigualdades sociais: dificuldades e idéias para efetivá-la

A efetivação da finalidade maior dos tributos no Estado brasileiro é tarefa extremamente árdua. Frise-se, primeiramente, que é árdua toda e qualquer concretização do Estado social se não percebermos que o ideal de individualismo exacerbado ou mesmo de utilitarismo é completamente contrário ao Estado Social. Mister identificarmos, ainda, as seguintes dificuldades:

### 6.1. A primeira grande dificuldade: a mundialização da economia

A primeira dificuldade de relevo que merece destaque nasce em face da chamada globalização, em especial da sujeição dos Estados às políticas econômicas<sup>44</sup> de organismos internacionais como a OMC, BID, FMI, bem como aos interesses de grandes grupos econômicos<sup>45</sup>, eis que o poder de impor políticas públicas internas se encontra certamente mitigado, sendo que muitos já apontam para o fato de ela restringir-se, atualmente, apenas no regime das compras governamentais. Tal situação é especialmente sentida no Brasil, onde jazem instrumentos anacrônicos e ineficientes de efetivação de tais políticas.

Ademais, considerando-se que no Brasil a população dos consumidores efetivos é reduzida, a exportação é o caminho para escoar uma boa parte de nossa produção, pelo que deveremos ter preços competitivos

para o mercado internacional. Mas como ser competitivo com países que trabalham praticamente com o sistema capitalista clássico, com condições subumanas de trabalho e remuneração?

Tal fato, inclusive, possibilita aos grandes grupos econômicos a escolha do local e condições que desejam trabalhar, ameaçando partir ou se instalar em outro paraíso (que pode ser tanto interno ao País, quanto externo) caso suas condições (via de regra repletas de renúncia fiscal, financiamento público e baixo valor da mão-de-obra) não sejam acatadas pelo Poder Público local.

Aqui um paradoxo: apesar da mundialização dos mercados, a riqueza e a pobreza são sentidas, a pequeno e médio prazos, no interior das fronteiras dos Estados<sup>46</sup>, mas a saída passa, também, por ações globais, externas à soberania dos Estados.

Ainda no que concerne às condições impostas pelos grandes grupos econômicos, lembre-se que, pelo menos em nível federal, a renúncia fiscal é cada vez maior, como se depreende dos dados constantes dos anexos à lei orçamentária para o ano de 2006<sup>47</sup>, que prevêem a renúncia de R\$42,5 bilhões para o ano de 2006, superior em 35,7% em relação ao ano de 2005. Aqui três informações merecem destaque: 1. O tributo cuja renúncia terá maior elevação é a contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS), seguida pelo Programa de Integração Social (PIS), ambas contribuições para a seguridade social; 2. em números, todavia, serão as reduções no campo do Imposto de Renda que importarão na maior parte da desoneração aos contribuintes, chegando em R\$14,7 bilhões previstos para o ano em estudo.

Jonh Kenneth Galbraith (1988, p. 306-307) identifica a tendência pela “dependência generalizada na utilização da redução de impostos, em lugar do aumento dos gastos públicos”, a qual, conforme ensina, tem privilegiado, na grande maioria dos casos, “as faixas de renda mais altas da tecnoestrutura”, afirmando, ainda, que tais redu-

ções de impostos “têm elevado a desigualdade na distribuição da renda. Também constituem um método ineficiente de expansão da procura, pois a renda é devolvida aos contribuintes mais ricos, os quais, em grande parte, a poupam”.

Assim, mister a participação direta do cidadão na apreciação de certas renúncias tributárias que importem em valor considerável de receita pública. Mister, ainda, a divulgação em grande escala de tais renúncias, as quais deverão envolver discussão prévia e ampla acerca de seus efeitos. Renúncias fiscais têm-se mostrado um péssimo fomentador de redução de pobreza e desigualdades, pelo que urge um controle rígido acerca das mesmas.

#### 6.2. A segunda grande dificuldade: a mobilidade patrimonial

Cientistas já apontam para as inúmeras e consideráveis conseqüências na propriedade privada causadas pelo fortalecimento das relações virtuais, na medida em que atualmente se torna impossível prever a vida do atual capitalismo sem os atuais sistemas de comunicação, em especial da rede mundial de computadores (*internet*).

Ademais, o acentuado desenvolvimento tecnológico, com a velocidade jamais vista na história da humanidade, tem a capacidade de gerar uma quantidade inimaginável de “novidades obsoletas”. Processo de produção, bens e serviços tornam-se ultrapassados pela mais recente inovação tecnológica do momento<sup>48</sup>. Nesse mundo, a propriedade passa a ser

“uma instituição lenta demais para se ajustar à nova velocidade de uma cultura veloz. A propriedade baseia-se na idéia de que possuir um ativo fixo ou uma propriedade em um período extenso de tempo é valioso. ‘Ter’, ‘guardar’ e ‘acumular’ são conceitos prezados (...). Ter, guardar e acumular, em uma economia em que a mudança em si é a única constante, faz cada vez menos sentido” (RIFKIN, 2001, p. 5).

Assim é que cada vez mais, no mundo em que vivemos, o que se destaca não é a qualidade ou raridade do produto ou serviço, mas sua mobilidade<sup>49</sup>. Tal fato gera reflexos imediatos e profundos na estrutura das empresas. É marcante a redução progressiva de seus ativos fixos, quer imóveis, quer maquinários, quer de estoque. Tal mudança certamente trará alterações não só nas relações inter-humanas, mas em nossas instituições políticas, jurídicas, sociais e econômicas, eis que estas estão e sempre estiveram interligadas a nossas relações com a propriedade e riqueza.

Tal constatação da flexibilização histórica do conceito de propriedade é fundamental para defendermos: 1. a exação tributária deverá estar atenta a essa mudança, para que passe a incidir sobre essas novas formas de riqueza; 2. a flexibilização do conceito de função social. Dessa forma, nem a tributação nem a função social deverão ficar atreladas a um conceito de propriedade dos antigos ou dos modernos.

Assim, fundamental que a tributação seja alicerçada em uma “estrutura tributária fortemente progressiva”<sup>50</sup> cobrada, sobretudo, sobre o enriquecimento, sobre o capital financeiro, especialmente na saída do território brasileiro. Fundamental, ainda, que a tributação esteja atenta à referida mudança do perfil da propriedade para que possa inserir, verdadeiramente, nas grandes riquezas.

### *6.3. A terceira grande dificuldade: o tratamento constitucional da propriedade*

Nosso ordenamento constitucional parece não caracterizar a função social como um elemento necessário ao reconhecimento da propriedade, na medida em que, uma vez ausente, a propriedade deixaria de ser protegida pelo ordenamento jurídico, passível, inclusive, de desapropriação sem indenização, quer posterior, quer, muito menos, prévia e justa.

Em verdade, o art. 182, § 4º, e 184 e seus parágrafos impossibilitam essa conclusão, extraindo boa parte da coerência do princí-

pio, obrigando a indenização por desapropriação, mesmo em caso de descumprimento da função social, o que, em alguns casos, poderá servir como um prêmio aos que não exercerem tal função. Não há dúvidas, assim, que o sancionamento pelo mau uso dos bens, inclusive os produtivos, poderia ser celebrado de forma mais enérgica por nosso ordenamento jurídico.

De outra banda, a previsão constante do art. 174, de que o planejamento, ou seja, a previsão de comportamentos futuros, criação de método para aferição de seu cumprimento, e meios sancionadores para que o mesmo possa ser realizado, vital para uma Constituição Dirigente, é apenas indicativo para o setor privado, parece contribuir ainda mais para o esvaziamento do princípio da função social.

Nesse sentido, seria fundamental uma emenda constitucional que identificasse a função social como um elemento fundamental à caracterização jurídica da propriedade, na medida em que sua ausência retiraria qualquer possibilidade de proteção por parte do ordenamento jurídico.

## *Conclusão*

Certamente não vemos dúvidas acerca do relevante papel exercido pela função tributária na consecução dos meios financeiros para que o Estado possa manter-se.

Todavia, não se pode aceitar a idéia de um Poder/Dever de Tributar hedonista, desatrelado de ideologia. Não há como negar, também, que o tributo, antes de qualquer coisa, é um grande veículo de transferência de riqueza, com o agravante de, historicamente, possibilitar a transferência de riqueza (poder) dos menos dotados para os mais aquinhoados de patrimônio.

Urge assim, de forma imediata, que o oposto tenha lugar.

O Poder Tributário, para ter legitimidade, não basta estar disposto ou efetivado em textos normativos. Necessário é que o mes-

mo seja exercido dentro de limites firmados pelo soberano (o povo) e, precipuamente, em benefício deste.

Trata-se de exigir que a ação do Estado, financiada pelos tributos, esteja voltada para a valorização da produção, do trabalho, do meio ambiente, das crianças, da arte, da cultura, dos idosos, enfim, voltada para a prática de atos socialmente responsáveis.

Nesse aspecto, seguindo a linha da necessidade de uma cidadania procedimentalmente ativa, é importante salientar, uma vez mais, que a sociedade civil, como partícipe que é da relação jurídica tributária, possui importante papel a cumprir, eis que a esta também é fundamental a vontade de Constituição de que falava Hesse (1991, p. 19). Exige-se, portanto, um novo tipo de consumidor, de contribuinte e de cidadão.

Mister, assim, que o Estado exerça um papel ativo no exercício de sua função mais relevante nos tempos atuais, a função de planejar, de conduzir ao futuro, de criar padrões sólidos de comportamento para a sociedade, e, em especial, para os agentes econômicos. Fundamental medir os gastos pelas necessidades públicas e não pelas necessidades da política fiscal ou monetária.

Urge, ainda, destacar o importante papel a ser exercido pelo direito como elemento controlador e limitador do poder econômico.

Não se pode esperar que a redução das desigualdades sociais seja concretizada sem a redução necessária e proporcional do poder econômico e da livre iniciativa. Afinal, o que se pretende com tal objetivo é, “simplesmente”, modificar radicalmente a finalidade da atividade econômica, da acumulação individualista e, assim, o bem-estar de ninguém<sup>51</sup> para o bem-estar de um número cada vez maior de pessoas.

Mister, ainda, o papel igualmente ativo da sociedade civil, no controle dos atos praticados pelo Estado e contribuintes, no sentido de uma gradual efetivação dos objeti-

vos fundamentais da República Federativa do Brasil. Afinal, as comunidades são os veículos mais eficazes para produção de transformações sociais.

Importante, ainda, a reflexão dos agentes econômicos acerca de que “cálculo imbecil e míope fazem (...) que os leva a suportar, para se protegerem, os mesmos sacrifícios que, aceitos de outra forma, evitariam o aumento deste oceano de miséria que ameaça engolfá-los um dia?” (PASSET, 2003, p. 157).

Afinal, não há estratégias de desenvolvimento da sociedade como um todo que não exijam um rompimento com o individualismo marcante nas sociedades inspiradas nos ideais burguês-liberais. Tal rompimento não será feito sem conflitos, mas, lembre-se, é conflito que redistribui.

#### Notas

<sup>1</sup> Na medida em que sua finalidade e exercício apenas podem ser avaliados tendo a coletividade por referência. Nesse sentido, ver Thomas Ransom Giles (1885, p. VII).

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver José Afonso da Silva (1997, p. 110).

<sup>3</sup> Idéia desenvolvida pela teoria sociológica da legitimação, que poderá englobar outros fatores, como a identidade ideológica com a autoridade, docilidade, entre outros.

<sup>4</sup> Ver Norberto Bobbio (1999, p. 110-114), que identifica três formas de poder: o econômico (indução comportamental àqueles que não possuem certos bens escassos e valiosos por parte daqueles que os possuem), o ideológico (indução comportamental daqueles que possuem certas formas de saber) e o político (indução pelo uso legítimo da força).

<sup>5</sup> Usa-se o adjetivo moderno, qualificando o substantivo Estado, para fixar uma instituição política que nasce da ruína do sistema feudal, caracterizada não apenas pelo uso legítimo e exclusivo da força, mas por ser planejada, teleológica, funcionalmente específica e internamente estruturada como uma organização formal e complexa, como salienta Gianfranco Poggi (1981, p. 106).

<sup>6</sup> É verdade que tal sacrifício pode ser exigido pela força, mas a força, como veremos, é fator frágil e temerário de legitimação.

<sup>7</sup> Urge esclarecer que, muito embora hoje o conceito de tributo esteja atrelado, de forma grandiosa, à noção de Estado, em face, talvez, do monopó-

lio da tributação por parte deste, urge destacar que o Estado é criação social bem posterior àquele. Nesse sentido, ver Alberto Nogueira (1999, p. 131).

<sup>8</sup> Consoante lição de Paul Bernd Spahn (2001, p. 70).

<sup>9</sup> Conforme Sérgio Resende de Barros (2003, p. 3).

<sup>10</sup> Ver Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 13), ao tratar, com precisão, sobre a função (poder-função) no direito.

<sup>11</sup> Aliás, é nesses precisos termos que devemos entender a própria função social da propriedade, como lembra Fábio Konder Comparato (1986, p. 75).

<sup>12</sup> Evidentemente que há tributos com destinação específica, mas não é dessa destinação que nos ocuparemos neste trabalho. Tratar-se-á, pois, tão-somente, da finalidade extrafiscal que deverá nortear todo tributo, prevista no art. 3<sup>o</sup> da CF/88.

<sup>13</sup> Nesse sentido, ver Alfredo Augusto Becker (1998, p. 237-244).

<sup>14</sup> Como bem alertou Jean-Jaques Rousseau (1987 p. 24).

<sup>15</sup> Como nos quer fazer sugerir a redação do art. 3<sup>o</sup> do CTN.

<sup>16</sup> Algo com espírito guardião e auxiliar, que, embora perigoso para os outros, reconhece e poupa os seus próprios filhos, mas, em compensação, estes ficam na obrigação sagrada de não destruir seu totem, como explica-nos Sigmund Freud (1999, p. 13).

<sup>17</sup> Ver indispensável obra de Sílvio Meira (1978).

<sup>18</sup> Trata-se do mais importante dos “pactos” ingleses, em que figuravam, formalmente, concessões do Monarca aos Súditos, mas que, não raro, como é o caso da própria Magna Carta, eram obtidas por reivindicações destes. Editada em 1215, foi imposta a João Sem Terra, mas ratificada, posteriormente, em 37 oportunidades distintas. Continua a afirmação de direitos imemoriais corporativos da aristocracia e clero ingleses, estabelecendo um *modus vivendi* com o monarca. Sobre a *Magna Charta Libertatum Angliae Terrae*, ver Ivor Jennings (1965, p. 44-47) e Sérgio Resende de Barros (2003, p. 327-362).

<sup>19</sup> “Nenhuma ‘ajuda’ ou ‘tributo de isenção militar’ será estabelecida em nosso reino sem o consentimento geral, a não ser para o resgate de nossa pessoa, para fazer cavaleiro nosso filho primogênito, e para casar nossa filha primogênita. Para estes propósitos, somente poderá ser estabelecida uma ajuda razoável. De igual maneira se procederá quanto às ajudas da cidade de Londres”.

<sup>20</sup> “Todos os mercadores poderão entrar ou deixar a Inglaterra, livremente e com toda a segurança, e poderão permanecer ou viajar em seu interior, por terra ou água, com propósitos de comércio, sem quaisquer restrições ilegais, de acordo com os antigos e legítimos costumes (...)”.

<sup>21</sup> Como espelho das reivindicações burguesas do final dos setecentos, ver o clássico opúsculo de Emmanuel Joseph Sieyès (2001), que conclama o Terceiro Estado a lutar para que a nobreza carregue também o peso de um tributo que era, inclusive, mais útil a ela.

<sup>22</sup> Surge a idéia de riqueza e propriedade perfeitas, em oposição à propriedade imperfeita do feudalismo, já que doravante nenhuma pessoa poderá ser o proprietário dela “como eu e ao mesmo tempo”. Essa a natureza excludente da propriedade burguesa de que nos fala Mercier de La Rivière (apud NUNES, 2003, p. 29).

<sup>23</sup> Conhecida por muitos a história dos movimentos do operariado na Inglaterra já no início dos oitocentos sob o comando de Robert Owen, com a busca pela implementação do cooperativismo revolucionário, associações de ofícios, oficinas cooperativas, entre outras instituições do gênero. É desse período o *Factory Act* inglês de 1833, que estabelece uma tímida proteção aos trabalhadores ingleses. Lembre-se, ainda, o trabalho de Charles Fourier na França de 1825, ambos citados por Paul Singer (2002, p. 24-35).

<sup>24</sup> Ver Manifesto do Partido Comunista de 1848.

<sup>25</sup> Salutar e lúcida a lição de Raimundo Faoro (1985, p. 7-8), citando Macaulay, para o qual “as reformas não são outra coisa do que melhoramentos numa estrutura consagrada pelo tempo. O reformismo assenta sobre descontentamentos que podem, se não pacificados, pôr em risco o sistema constitucional. O papel dos conservadores não é, como se supõe, resistir ao que se fará, ainda que por meios não previstos, mas, isolados os insurgentes, manter e assegurar a continuidade do esquema básico de poder”.

<sup>26</sup> Veja-se Eros Roberto Grau (2003, p. 25-26), acerca do fato de que a Constituição é criada e utilizada como instrumento de dominação ideológico.

<sup>27</sup> Destaque-se a passagem que trata especialmente dos tributos: “É por isso que entre os graves e numerosos deveres dos governantes que querem prover, como convém, ao público, o principal dever, que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça, chamada distributiva. Mas, ainda que todos os cidadãos, sem exceção, devam contribuir para a massa dos bens comuns, os quais, aliás por um giro natural, se repartem de novo entre os indivíduos, todavia, as constituições respectivas não podem ser nem as mesmas, nem de igual medida”.

<sup>28</sup> Em especial de seus arts. 25 e 27.

<sup>29</sup> Em especial cito seu art. 153, *in fine*, que estabelece que “a propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum”.

<sup>30</sup> Ver Gilberto Bercovici (2002, p. 121).

<sup>31</sup> Nesse sentido se questiona, inclusive, o termo extrafiscal, que oferta a falsa idéia de que o alcance das finalidades previstas no art. 3º da CF/88, quer pela arrecadação quer com outras intervenções estatais, estaria fora do campo rotineiro dos tributos. Em outras palavras, em cada tributo deverá estar ínsito o alcance de tais finalidades, pelo que não se trata de extrafiscalidade, mas da fiscalidade propriamente dita.

<sup>32</sup> No dizer de Lucien Mehl e Pierre Beltrame (apud NOGUEIRA, 1999, p. 165).

<sup>33</sup> Pascal Salin (apud NOGUEIRA, 1999, p. 186).

<sup>34</sup> No dizer feliz de Alfredo Augusto Becker (1998, p. 597).

<sup>35</sup> Considerado por muitos o pai do sociologismo jurídico, o qual afirma que a força ativa que causa influência em todas as normas, vinculando seu conteúdo, até certo ponto, é formada por determinados “*fatores reais de poder*” que atuam no interior de cada sociedade e informam todos os atos normativos vigentes. Tais fatores reais de poder é que formariam a essência de toda e qualquer Constituição.

<sup>36</sup> Conforme ressalta Georges Burdeau (apud COELHO, 1994, p. 9).

<sup>37</sup> Afinal, o direito constitucional é um direito de compromisso e conflito, no preciso dizer de Gilberto Bercovici (2002, p. 128).

<sup>38</sup> Na lição de Schwartzberg (1978, p. 334).

<sup>39</sup> No preciso dizer de Eros Grau (2003, p. 181), em consonância com os ideais de John Rawls (2002) já aludidos.

<sup>40</sup> Afinal, poder e conhecimento se realimentam em um processo circular, como salienta Gilberto Dupas (2003, p. 54).

<sup>41</sup> Divulgada pelo Jornal Folha de São Paulo de 26/11/2003, p. A9, realizada entre 29/10 e 2/11, que entrevistou cerca de 2000 brasileiros e cuja margem de erro chega aos 2,2 pontos percentuais.

<sup>42</sup> Conforme salienta Gilberto Bercovici (2002, p. 126), que cita Hermann Heller.

<sup>43</sup> Como bem assevera Calixto Salomão Filho ([199-], p. 268).

<sup>44</sup> Os Estados estão cada vez mais subordinados a metas monetárias rígidas com pouquíssima flexibilidade para voltarem à prática das políticas keynesianas. Nesse sentido, ver, entre outros, Gilberto Dupas (2003, p. 73).

<sup>45</sup> Que não cansam de reivindicar como públicos interesses particulares.

<sup>46</sup> Ver Dupas (2003, p. 70).

<sup>47</sup> Divulgados pelo Ministério do Planejamento e noticiados pelo jornal Folha de São Paulo, caderno Dinheiro, p. B7, de 17/9/2005, por matéria intitulada “Renúncia Fiscal aumenta 35,7% em 2006”, de Julianna Sofia.

<sup>48</sup> Nesse sentido, fundamental citar a previsão, hoje concreta, firmada por Gordon Moore (apud RIFKIN, 2001, p. 16), fundador da Intel, de que o

“poder de processamento de chips de computador continuaria a dobrar a cada 18 meses, enquanto o custo da produção de chips se manteria constante ou diminuiria”. Todavia, tal realidade, apesar de ser mais facilmente sentida no campo dos eletrônicos, não ocorre apenas com estes, mas com toda a sorte de outros produtos.

<sup>49</sup> Ver Dupas (2003, p. 53-55).

<sup>50</sup> No preciso dizer de Galbraith (1988, p. 307).

<sup>51</sup> Afinal, como bem assevera Renè Passet (2003, p. 154), como os agentes econômicos “gostam de se enganar. Tantas vidas dedicadas à acumulação de algo que, para os outros, constitui apenas o meio de Ter acesso a uma vida minimamente decente. Escravos de um instrumento. Na hora do último suspiro, um deles teria constatado – com desespero, mas já era tarde – que nunca passara de uma bomba de aspirar dinheiro... Pobres coitados!

O poder, dirão. O poder, realmente: poderio irrisório de ínfimos micróbios, deliciando-se – num átimo de segundo – em esmagar populações de outros ínfimos micróbios, perdidos num grão de areia que gira no infinito do universo”.

## Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos, paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição e o papel do estado no domínio econômico. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 02, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na constituição. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 47, n. 184, jun./dez. 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 63, jul./set. 1986.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FAORO, Raimundo. *Constituinte: a verdade e o sofisma, na obra constituinte e democracia no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

- GALBRAITH, Jonh Kenneth. *A economia e o interesse público*. São Paulo: Pioneira, 1988. p. 306-307.
- GILES, Thomas Ransom. *Estado, poder, ideologia*. São Paulo: EPU, 1885.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- JENNINGS, Ivor. *Magna Carta and its influence in the world today*. Inglaterra: British Information Services, 1965.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Cartas filosóficas e o Manifesto Comunista de 1848*. São Paulo: Moraes, 1987.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRA, Sílvio. *Direito tributário romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PASSET, René. *Elogio da globalização: por um contestador assumido*. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2003.
- POGGI, Gianfranco. *A evolução do estado moderno*. São Paulo: Zahar, 1981.
- RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 432-433.
- RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para Networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1987.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, [199-].
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O estado espetáculo*. Rio de Janeiro; São Paulo: Difel, 1978.
- SIYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SOFIA, Juliana. Renúncia fiscal aumenta 35,7% em 2006. *Folha de São Paulo – Dinheiro*, São Paulo, B7, 17 set. 2005.
- SPAHN, Paul Bernd. A ordem econômica e social na constituição. In: CARNEIRO, José Mário Brasileiro; FERREIRA, Ivette Senise (Orgs.). *50 anos da lei fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001.



# Atuação de grupos de pressão na tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança

Gustavo Henrique Fideles Taglialegra  
Paulo Afonso Francisco de Carvalho

## Sumário

1. Introdução. 2. Fases do processo de políticas públicas. 3. Participação de grupos de pressão na formulação de políticas públicas. 4. As teorias de políticas públicas e os grupos de pressão. 4.1. O pluralismo. 4.2. O elitismo. 4.3. O neocorporativismo. 4.4. O neo-institucionalismo. 5. Aspectos legais anteriores à aprovação da nova Lei de Biossegurança. 5.1. A CTNBio e suas competências. 5.2. Os órgãos de registro e fiscalização e suas competências. 5.3. A questão das células-tronco. 5.4. O imbróglio jurídico. 6. A nova Lei de Biossegurança. 6.1. O processo de autorização do uso OGM. 6.2. As células-tronco. 7. Tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança. 7.1. Projeto apresentado pelo Poder Executivo. 7.2. Tramitação na Câmara dos Deputados. 7.3. Tramitação no Senado Federal. 7.4. Tramitação final na Câmara dos Deputados. 8. Definição sobre o processo de autorização do uso de OGM. 9. Estratégias utilizadas pelos grupos de pressão. 10. Conclusão.

## 1. Introdução

Gustavo Henrique Fideles Taglialegra é Consultor Legislativo do Senado Federal na área de agricultura, Mestre em Agronegócios pela UnB/UFMS/UFMG e Engenheiro Agrônomo pela ESALQ-USP.

Paulo Afonso Francisco de Carvalho é Professor do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Doutor em Economia pelo Moscow State Institute of International Relations.

A discussão causada pelos alimentos geneticamente modificados ou transgênicos é de longa data, seja no Brasil, seja em âmbito internacional. A intensa polêmica que se observa abarca componentes de saúde pública, de proteção ao meio ambiente e de segurança alimentar, além de relevantes aspectos econômicos.

Até a aprovação da nova Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de

2005), as atividades que envolvem o uso de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados estavam disciplinadas pela Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995 – com as alterações decorrentes da Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001 – e pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente regulamenta o art. 225, sobre o meio ambiente, da Constituição Federal, inclusive no que tange à exigência de estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, como condição para a obtenção de licenciamento ambiental, a ser emitido pelo Ministério do Meio Ambiente.

Contudo, a Lei nº 8.974, de 1995, concedia à CTNBio competência para autorizar a liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados, sem a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental. Essa divergência entre uma lei geral e uma lei específica era, segundo Victorino (2004), a fonte do impasse com os ambientalistas. Para Custódio (2001), a Lei nº 8.974, de 1995, não obstante tratar de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, omitia, sem justificativa, a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, o que, em sua opinião, ofendia flagrantemente as normas constitucionais.

Durante os anos de vigência da Lei nº 8.974, de 1995, travou-se uma batalha jurídica entre os atores da sociedade favoráveis e os contrários à adoção dos OGM no Brasil. A confusão jurídica que se estabeleceu nos tribunais brasileiros tinha como foco a falta de clareza da legislação então em vigor com respeito às competências da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e do Ministério do Meio Ambiente para emitir a decisão final sobre a autorização do plantio e da comercialização de Organismos Geneticamente Modificados.

Concretamente, a disputa jurídica iniciou-se quando, em 1998, a CTNBio emitiu parecer técnico conclusivo favorável ao uso comercial da soja *Roundup Ready*, da Monsanto. Segundo o parecer, não há risco ambiental no cultivo, nem risco para a segurança alimentar no consumo da soja geneticamente modificada. Em seguida, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) e a organização não governamental Greenpeace ingressaram com ação civil pública e obtiveram liminar que proibia a União de autorizar o plantio da soja transgênica sem o licenciamento ambiental emitido pelo Ministério do Meio Ambiente, o que dependia da elaboração, pela Monsanto, de estudo e relatório prévio de impacto ambiental (EIA-RIMA).

Para Dolabella, Araújo e Faria (2005), a Lei nº 8.974, de 1995, não foi capaz de estabelecer um processo normativo adequado para a regulação do uso de Organismos Geneticamente Modificados. Os autores consideram que “conflitos a partir de sua regulamentação desembocaram em contenciosos judiciais, com o deferimento de liminar que suspendeu a liberação da soja resistente ao herbicida glifosato”, o que gerou “inúmeros impasses administrativos, políticos e legais, assim como um processo de letargia nas instituições brasileiras de pesquisa e desenvolvimento em biotecnologia”.

Em paralelo a toda essa discussão jurídica, os agricultores brasileiros, ao perceberem os benefícios econômicos da soja geneticamente modificada, passaram a plantar, ilegalmente, sementes clandestinas da soja *Roundup Ready*. Os primeiros plantios se iniciaram no Estado do Rio Grande do Sul, ainda no final da década de 90, sendo que a primeira apreensão de soja transgênica ocorreu naquele Estado em 1998. Na safra 2002/2003, a soja geneticamente modificada representava cerca de 70% da produção de soja do Rio Grande do Sul (EMBRAPA, 2003). Segundo Buainain & Silveira (2003), a adoção da soja *Roundup Ready* pelos agricultores do Rio Grande do Sul deve-se à fa-

cilitação do processo produtivo, o que favorece a gestão da propriedade e a redução de custos.

Com efeito, essa era uma situação de fato que colocou na agenda nacional a necessidade de reformulação da legislação sobre os organismos geneticamente modificados. Porém, enquanto a reforma da legislação ainda estava em discussão, o Governo Federal se viu obrigado a editar, nos anos de 2002, 2003 e 2004, medidas provisórias para permitir, excepcionalmente, o plantio e a comercialização da soja transgênica.

Faria (2003) destaca a divergência de opiniões entre organizações ambientalistas, de defesa do consumidor, institutos de pesquisa, associações de classe, comunidade científica, sindicatos rurais, agricultores, cooperativas agropecuárias e empresas de biotecnologia. A autora cita como exemplo de entidades contrárias à liberação dos transgênicos as organizações integrantes do movimento “Por um Brasil Livre de Transgênicos” e o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC). Entre as entidades que atuam favoravelmente à liberação do plantio e da comercialização de OGM, a autora cita a Associação Brasileira de Agribusiness, além das empresas de biotecnologia, apoiadas por entidades de classe do setor agropecuário. Segundo Faria (2003), há, dentro do próprio Governo Federal, divergências frontais entre os Ministérios do Meio Ambiente e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento a respeito da pertinência da produção de alimentos geneticamente modificados.

Também no Congresso Nacional, as discussões sobre o tema fizeram parte da agenda política nos últimos anos. Desde 1996, foram realizadas onze audiências públicas no Senado Federal e sete na Câmara dos Deputados. Nessas audiências públicas, trataram-se de assuntos polêmicos, como a rotulagem de alimentos geneticamente modificados, os possíveis danos ao ambiente e à saúde humana, além dos impactos socioeconômicos que poderiam resultar da liberação do plantio e da comercialização de

organismos geneticamente modificados. No período de 1997 a 2003, conforme levantamento feito por Faria (2003), diversos projetos de lei com propostas de alteração na legislação sobre biossegurança foram apresentados no Congresso Nacional.

A tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança é um exemplo concreto de formulação de política pública – no caso a Política Nacional de Biossegurança – em que diversos atores, com opiniões divergentes, atuaram diretamente no Congresso Nacional, com o objetivo de moldar o Projeto de Lei de Biossegurança de acordo com suas opiniões e interesses. De acordo com o que propõe a teoria neo-institucionalista, a atuação dos grupos de pressão depende do ambiente institucional do Congresso Nacional, tanto no que se refere às suas instituições internas – normas que regulamentam o processo legislativo – quanto no que tange às instituições externas, relativas principalmente ao sistema eleitoral e ao apoio da opinião pública.

Nesse sentido, surge como problema de pesquisa o estudo da forma como o caso da tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança, a participação de grupos de pressão no processo e sua interação com o ambiente institucional, pode ser explicada pelas teorias que tratam do processo de formulação de políticas públicas.

## *2. Fases do processo de políticas públicas*

A construção de políticas públicas é um processo contínuo, que se inicia com a colocação de um determinado tema na agenda de discussões do país, passa pela formulação das normas que instituem a nova política pública e por sua implementação propriamente dita, e se completa com a avaliação de sua eficiência. Segundo Pedone (1986), “nenhuma dessas atividades internas do processo de políticas públicas é independente das outras, e menos ainda independente do ambiente da cultura política e dos

grupos ao redor da política específica". Não obstante a interdependência dessas etapas, o processo de políticas públicas é didaticamente dividido nas fases de construção da agenda, formulação, implementação e avaliação.

Cobb e Elder (1971) consideram que o estudo da construção da agenda é importante porque mostra a natureza da relação entre o meio social e o processo governamental. A fase de construção da agenda é a etapa do processo de políticas públicas em que um determinado tema adquire certo grau de importância, de forma que passa a despertar o interesse da sociedade, da mídia, dos legisladores e de grupos privados específicos, além do próprio governo.

Kingdon (1984 apud VIANA, 1996) define agenda como "o espaço de constituição da lista de problemas ou assuntos que chamam a atenção do governo e dos cidadãos". Segundo o autor, há três tipos de agenda, a sistêmica, a governamental e a de decisão. A primeira é composta pelos temas que são preocupação da sociedade há anos, mas sem merecer a atenção do governo. A segunda é formada pelas questões que merecem a atenção do governo e a terceira contém as matérias a serem decididas. Segundo Cobb e Elder (1971), para que um tema adquira o *status* de agenda, é necessário que "seja alvo de atenções, o que está relacionado com a mobilização de tendências e com as influências e reações das comunidades políticas, referendadas por um consenso geral das elites".

A formulação de políticas públicas é a fase em que, no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, são discutidas as alternativas e uma delas é escolhida para compor a política pública. Para Hoppe e Dijk (1985 apud VIANA, 1996), a fase de formulação de políticas públicas ocorre em um espaço político de trocas, indeterminações, conflito e poder, enquanto a fase de implementação se define em um espaço administrativo, concebido como um processo racionalizado de procedimentos e rotinas.

A formulação de políticas públicas é a fase em que, sob intensa politização, se analisam inúmeras alternativas para o problema, levando-se em conta diversos fatores e contextos. Nessa fase, ouvem-se opiniões diversas e contraditórias e há disputa de interesses para avançar ou bloquear a proposta (PIOVESAN, 2002).

A fase de implementação é a etapa em que o Poder Executivo literalmente executa as políticas públicas. Segundo Pedone (1986), a implementação é o momento em que a administração pública age a fim de atender diretrizes estabelecidas pelo Legislativo ou pelo próprio Executivo. Kiviniemi (1985 apud VIANA, 1996) define a implementação como sendo a fase em que se implantam intenções para se obter impactos e conseqüências, sendo que o sujeito das ações é o governo e o objeto são os cidadãos e os grupos privados. Dessa forma, a implementação é vista como ação social, manifestada no encontro de diferentes intenções e de diferentes atores.

A avaliação, outra fase do processo de políticas públicas, tem por objetivo a comparação das situações verificadas antes e após a implementação de um projeto. A Organização das Nações Unidas (ONU) define avaliação de políticas públicas da seguinte forma:

"(...) processo orientado a determinar sistemática e objetivamente a pertinência, eficiência, eficácia e impacto de todas as atividades à luz de seus objetivos. Trata-se de um processo organizativo para melhorar as atividades ainda em marcha e ajudar a administração no planejamento, programação e futuras tomadas de decisão" (COHEN; FRANCO, 1994).

### *3. Participação de grupos de pressão na formulação de políticas públicas*

Aragão (1994) define grupos de pressão como sendo aqueles que "atuam junto ao poder público com o objetivo de obter vantagens, benefícios, resguardar interesses ou

impor determinados pontos de vista, envolvendo procedimentos de esclarecimento, informação e doutrinação". O autor considera que as ações dos grupos de pressão podem incluir tanto ações legítimas, tais como relações públicas, propaganda, fornecimento de informações, quanto ilegais, como coação, constrangimento, corrupção e advocacia administrativa.

Cavalcanti ([198-]) conceitua grupos de pressão como sendo aqueles grupos organizados para a defesa de interesses próprios, de natureza diversa, que atuam sobre os órgãos responsáveis do estado para obter os benefícios de seu interesse.

Os representantes dos grupos de pressão no Congresso Nacional, chamados de lobistas, atuam, segundo Graziano (1994), mediante pressão ou persuasão; utilizando-se de argumentos técnicos, buscam o acesso e a influência sobre os tomadores de decisão.

Na obra *A lógica da ação coletiva*, originalmente publicada em 1965, Mancur Olson (1999) teoriza sobre o processo de formação dos grupos e demonstra a falta de representatividade do sistema de grupos. Segundo o autor, a racionalidade individual não se traduz, necessariamente, em racionalidade coletiva. Dessa forma, a atuação dos grupos se dá em defesa de interesses próprios, e não em benefício da sociedade como um todo.

Segundo Piosevan (2002), os grupos de pressão atuam nas várias fases de decisão de uma política pública, e os regimes democráticos proporcionam alguma transparência ao definirem as arenas públicas e as regras formais que viabilizam essas pressões. Entretanto, a autora afirma que os grupos de pressão que participam da arena decisória representam apenas uma pequena parte das demandas da sociedade, o que acentua a possibilidade de conflito entre interesses representados e não representados.

Lobato (1997) considera que a participação de atores sociais contribui para o avanço do processo político, tendo constatado que:

"O processo político é tanto mais amplo, quanto mais atores sociais dele fizerem parte, sejam institucionalizados ou não, estejam ou não representados em grupos formais de interesse. (...) Das relações estabelecidas entre esses atores resultará a política pública em si, sendo esta apenas uma das etapas do processo".

Ao analisar a influência dos grupos de pressão sobre o Poder Legislativo, Cavalcanti ([198-]) conclui que a atuação desses grupos permeia as diversas fases do processo legislativo, desde a apresentação dos projetos de lei até o próprio trabalho das Comissões. Durante a fase de votação, a pressão pode se dar tanto coletivamente, sobre o Plenário, como individualmente, por intermédio de pressões pessoais.

As bancadas suprapartidárias também são um canal de acesso dos grupos de pressão. Elas reúnem parlamentares com interesses comuns, muitas vezes não coincidentes com os interesses dos partidos. Por estarem intimamente ligadas a interesses específicos de determinados grupos, as bancadas são, em muitos casos, a porta de entrada desses grupos no parlamento. No caso da tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança, por exemplo, a bancada ruralista teve papel preponderante na defesa da liberação do transgênicos, enquanto a bancada evangélica atuou pela proibição das pesquisas com células-tronco embrionárias e da clonagem terapêutica.

Como os parlamentares possuem como objetivo primordial a reeleição, uma estratégia freqüente dos grupos de pressão é a tentativa de conquistar o apoio da opinião pública. Se o grupo consegue demonstrar ao congressista que seus pontos de interesse são bem vistos pela opinião pública, o acesso à formulação da política torna-se mais fácil. Para conquistar o apoio da opinião pública, os grupos de pressão utilizam-se de instrumentos como a propaganda. Segundo Ramos (2005), conquistar o apoio da opinião pública pode ser mais fácil em al-

gumas questões do que em outras. Em questões tecnicamente complexas, como no caso da Reforma da Previdência, é mais difícil despertar o interesse público. Porém, em questões em que é possível embutir um certo grau de emoção, como no caso das células-tronco, é mais fácil cativar a opinião pública.

Por meio dos poderes constitucionais para interferir diretamente no processo legislativo, propor moções e emendas, fazer recomendações a ministros, entre outras, os parlamentares são capazes de promover a defesa dos interesses ou causas dos grupos de pressão (CAVALCANTI, [198-]).

Aragão (1994) desenvolve um raciocínio para demonstrar que fatores influenciam no acolhimento, pelos parlamentares, das reivindicações dos grupos de pressão. Nesse sentido, o autor considera o parlamentar como indivíduo que tem como principal objetivo a manutenção ou o fortalecimento de seu poder político, ou seja, a garantia da reeleição, ou sua indicação para algum cargo público no Executivo ou no Judiciário. Nesse sentido, ao apoiar as posições de um determinado grupo de pressão, a primeira avaliação que o parlamentar faz é se há risco ou benefício para o seu poder político. O autor afirma, ainda, que a credibilidade e a legitimidade da entidade demandante também são analisadas pelo parlamentar.

#### 4. As teorias de políticas públicas e os grupos de pressão

Há diversas teorias em Ciência Política que tentam explicar o processo de formulação de políticas Públicas. O presente capítulo fará uma revisão das principais teorias, quais sejam: o pluralismo, o elitismo, o neocorporativismo e o neo-institucionalismo. Posteriormente, a revisão dessas teorias servirá de base para a avaliação da atuação dos grupos de pressão no processo de formulação da Política Nacional de Biossegurança.

#### 4.1. O pluralismo

A teoria pluralista propugna que os diversos grupos de pressão têm acesso às agências governamentais e ao Congresso Nacional, podendo influenciar diretamente no processo decisório. Segundo Ramos (2005), para os pluralistas, a atuação dos grupos de pressão na formulação de políticas públicas se aproxima do liberalismo econômico clássico, dos mercados em concorrência perfeita. No caso do pluralismo, o acesso de novos grupos dispostos a exercer seus direitos políticos é livre, assim como é livre a entrada de novos concorrentes nos mercados perfeitamente competitivos.

Robert Dahl (1956 apud MIGUEL, 2003), representante pioneiro do pluralismo, lançou, em 1956, a obra *Um prefácio à teoria democrática*, na qual apresenta, segundo Miguel (2003), a primeira síntese da teoria pluralista. Para Dahl (1956 apud MIGUEL, 2003), se não é possível contar com o governo do povo, ou mesmo com o governo da maioria, pode-se ao menos ter um sistema político que distribua a capacidade de influência entre muitas minorias.

Segundo Labra (2000), os pluralistas clássicos enfatizam elementos como a dispersão do poder, o livre acesso de grupos de pressão concorrentes às arenas de decisão e concedem escassa importância tanto ao governo e à burocracia, quanto à ideologia. Nesse sentido, atribui-se ao Estado um papel apenas residual, pois os próprios grupos geram uma divisão mais ou menos equilibrada do poder.

Lobato (1997) considera que o pluralismo está calcado principalmente na experiência americana e entende que a formulação de políticas públicas é dada segundo o jogo de forças empreendido por diferentes grupos de interesses que, atuando com o governo, procuram maximizar benefícios e reduzir custos, e que a conquista desses interesses depende da capacidade dos grupos de serem mais fortes politicamente que outros grupos com interesses contrários, ou

seja, a aptidão dos grupos para influenciar na formulação de políticas públicas depende de sua competência para competir.

#### 4.2. O elitismo

Miguel (2003) relata que C. Wright Mills, ao publicar *A Elite do Poder*, em 1956, uma das obras precursoras do elitismo, analisou a história política dos Estados Unidos, chegando à conclusão de que, por trás da fachada democrática e dos reclamos rituais de obediência à vontade popular, cristalizava-se o domínio de uma minoria, que monopolizava todas as decisões-chave. Mills constatou que os líderes capitalistas, as lideranças políticas e a cúpula militar formavam uma única elite, dividida em três setores, ligados por mecanismos de integração que geravam uma visão de mundo unificada e interesses compartilhados.

Segundo Miguel (2003), Wright Mills demonstra que os direitos liberais e os mecanismos eleitorais de participação apenas esconderiam o fato de que a esmagadora maioria da população estava excluída das decisões mais importantes.

O elitismo, ao contrário do pluralismo, propõe a existência de uma “elite”, que concentra o poder nas esferas política, militar e econômica. Segundo Ramos (2005), para os autores elitistas, a elite concentra o poder político, exerce-o de maneira autocrática e cria mecanismos que visam a sua perpetuação no poder, impedindo que qualquer outro segmento social se aproxime do centro decisório.

Mills (1981) afirma que a elite “forma uma entidade social mais ou menos compacta, seus componentes tornam-se membros conscientes de uma classe social (...). Aceitam-se, compreendem-se, casam-se entre si, e procuram trabalhar e pensar, se não juntos, pelo menos de forma semelhante (...)”. Ainda sobre o comportamento das elites, Mills (1981) avalia que “as pessoas das altas rodas também podem ser consideradas como membros de um estrato social elevado, como um conjunto de grupos cujos

membros se conhecem, se vêem socialmente nos negócios, e por isso, ao tomarem decisões, levam-se mutuamente em consideração”.

#### 4.3. O neocorporativismo

O neocorporativismo surgiu da crítica ao modelo pluralista, por considerar que este carece de capacidade para explicar o processo de intermediação entre sociedade e Estado, pois, além da atuação de grupos de interesse, há características intrínsecas ao próprio Estado, que também interferem no direcionamento e na atuação dos próprios grupos de pressão. No neocorporativismo, o Estado é um ator importante, quer sua atuação possa ser caracterizada como democrática ou autoritária (RAMOS, 2005).

Dessa forma, Lobato (1997) considera que a contribuição do neocorporativismo está no reconhecimento de que o processo de formulação de políticas públicas não se reduz à pressão de grupos perante o governo, como no pluralismo. Ainda sobre o neocorporativismo, o autor afirma que esse modelo teórico:

“(...) propugna um novo ‘contrato’ entre Estado e sociedade como forma de resolução dos conflitos. Através da institucionalização de grupos, sindicatos, corporações, partidos, estes tornam-se co-responsáveis pela elaboração da política, possibilitando agregar demandas difusas, e permitindo uma visão intersetorial das mesmas”.

Segundo Ramos (2005), nos arranjos neocorporativistas, representantes de empresários, trabalhadores e do Estado negociam em fóruns institucionalizados e, portanto, reconhecem-se como sujeitos portadores de direitos. Para Teixeira (2002), os teóricos neocorporativistas propugnam que as sociedades modernas criaram vínculos entre grupos de interesses e setores do Estado, de forma que sua organização e competição se fazem dentro do próprio Estado. Essas redes políticas indicariam, segundo o autor, relações de dependência entre o governo e os grupos de interesse.

O neocorporativismo pode, segundo Ortega (1998), ser definido como a presença hegemônica de corporações que monopolizam ou oligopolizam a representação dos diferentes grupos de interesse. O autor considera que, atualmente, há uma tendência de a sociedade organizar-se em corporações, cujas cúpulas passam a ser as responsáveis pela intermediação social. Nesse contexto, o Estado mantém sua autonomia relativa, mas também se submete às pautas das corporações.

A respeito da representação de interesses, Ribeiro (1993) considera que ela se dá não apenas pela vontade dos indivíduos representados, mas atende a um complexo mecanismo que vai desde a definição de quais demandas são relevantes e plausíveis, passando pela capacidade de tais demandas homogeneizarem os indivíduos em torno de seus representantes, até chegar ao papel que as instituições públicas desempenham no sentido de torná-las aceitáveis ou não, ou mesmo de reconhecerem seus interlocutores. Segundo o autor, o *status* público atribuído pelo Estado aos grupos de interesses é um item crucial na intermediação de interesses na sociedade.

#### 4.4. O neo-institucionalismo

A teoria neo-institucionalista, ou neo-institucionalismo, explica o papel das instituições – regras ou práticas que regulam as tomadas de decisão – no processo de formulação de políticas públicas.

Segundo Ramos (2005), a vertente denominada neo-institucionalismo histórico considera que a competição entre os grupos é influenciada pela estrutura institucional, sendo que o Estado tem papel fundamental, pois atua como agente definidor das próprias instituições.

Para Hall e Taylor (2003), o institucionalismo histórico desenvolveu-se como reação contra a análise da vida política com base na teoria de grupos, comum nas décadas de 60 e 70. O autor mostra que os teóricos do institucionalismo histórico não pon-

tuam as instituições como único fator que influencia a vida política, mas procuram situar as instituições numa cadeia causal que deixe espaço para outros fatores.

Outra vertente, denominada neo-institucionalismo da escolha racional, reconhece que há assimetria de informação entre os agentes. Como a informação perfeita não é um bem disponível, a racionalidade é também limitada (RAMOS, 2005). A autora mostra que os teóricos neo-institucionalistas consideram as instituições como instrumentos estabilizadores do processo político no ambiente do Poder Legislativo. Nesse sentido, a formulação de políticas públicas ocorre em um contexto institucional em que há interação entre diversos atores com interesses distintos.

Hall e Taylor (2003) relatam que o institucionalismo da escolha racional surgiu no contexto do estudo de comportamentos no interior do Congresso dos Estados Unidos, onde a notável estabilidade das decisões não poderia ser explicada pelos postulados clássicos da escolha racional. Em geral, os estudos dos institucionalistas racionais a respeito do funcionamento do Congresso Americano buscam explicar como os regulamentos do Congresso afetam o comportamento dos legisladores e por que foram adotados, com especial atenção ao sistema de comissões do Congresso e às relações entre o Congresso e as autoridades administrativas independentes.

Com relação aos limites impostos pelas instituições à atuação dos grupos de pressão, Ramos (2005) considera que, por maior que seja a organização e a coesão do grupo, e por mais influentes que sejam as suas lideranças, o seu grau de acesso é condicionado às aberturas proporcionadas pelo arcabouço institucional do Congresso Nacional.

Truman (1971 apud RAMOS, 2005) reconhece que a estrutura institucional do processo decisório é que molda os pontos de acesso abertos aos grupos, e que as políticas são influenciadas não apenas pelas

instituições externas (sistema eleitoral e partidário), mas também pelas instituições internas do Congresso Nacional. É o caso das normas que regulam o processo legislativo, emanadas pela Constituição Federal, em primeira instância, e pelos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em nível mais detalhado. Para o autor, fatores como as regras de seleção das lideranças e dos detentores do poder de estabelecer a pauta do dia, o cronograma e a duração do debate, entre outras especificidades do processo legislativo, são fundamentais em termos de estruturar o acesso ao processo decisório. Dessa forma, o autor considera que os grupos que conhecem bem o regimento interno e possuem relações pessoais com os ocupantes de postos-chave no Congresso são certamente favorecidos.

Segundo Ramos (2005), uma vantagem importante é conquistada por aqueles grupos que conseguem prover os parlamentares de informações técnicas associadas à assessoria política. São instituições informais que também têm um peso determinante no processo decisório. Nesse sentido, sobretudo quando a agenda parlamentar trata de temas técnicos e complexos, abrem-se oportunidades para a atuação dos grupos de pressão.

Truman (1971 apud RAMOS, 2005) ressalta que legisladores têm seus próprios “grupos de interesse”, os quais podem coincidir ou não com as posições partidárias. Os parlamentares com determinados interesses passam a formar as chamadas bancadas suprapartidárias. No caso do Projeto de Lei de Biossegurança, foi significativa a participação da bancada ruralista no processo decisório.

Segundo Frade (1996 apud RAMOS, 2005), as bancadas suprapartidárias exercem as funções de: “defender interesses levados ao Congresso por grupos externos, agrupando parlamentares dos diversos partidos com envolvimento nos temas; auxiliar os grupos de pressão no processo de articulação com os parlamentares dos di-

versos partidos; atender demandas ordinárias dos grupos de pressão oriundas das bases dos parlamentares”.

## 5. Aspectos legais anteriores à aprovação da nova Lei de Biossegurança

### 5.1. A CTNBio e suas competências

O Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 8.974, de 1995, em seu art. 5º, autorizava o Poder Executivo a criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), estabelecia sua composição e os critérios para a escolha de seus membros, enquanto o art. 6º, por seu turno, definia suas competências. Porém, os arts. 5º e 6º foram vetados pelo Presidente da República, sob alegação de inconstitucionalidade por vício de iniciativa<sup>1</sup>.

Com os vetos aos artigos que criavam e estabeleciam as competências da CTNBio, a Lei nº 8.974, de maneira excêntrica, referia-se por diversas vezes à CTNBio, um órgão inexistente do ponto de vista legal, inclusive imputando-lhe atribuições relativas ao processo de autorização da liberação de uso de organismos geneticamente modificados.

No final de 1995, foi editado o Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995, que dispõe sobre a vinculação, as competências e a composição da CTNBio. Note-se que, diante do vácuo legal proporcionado pelos vetos aos artigos 5º e 6º da Lei nº 8.974, de 1995, o governo se viu obrigado a estabelecer, mediante decreto, as competências da CTNBio. Permanecia, no entanto, a falha de a CTNBio não ter sido criada por lei.

O Decreto nº 1.752, de 1995, estabelecia, entre outras, as seguintes competências para a CTNBio:

- a) propor a Política Nacional de Biossegurança;
- b) emitir parecer técnico prévio conclusivo sobre qualquer liberação de OGM no meio ambiente, encaminhando-o ao órgão competente;

c) emitir parecer técnico prévio conclusivo sobre registro, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte de produto contendo OGM ou derivados, encaminhando-o ao órgão de fiscalização competente;

d) exigir como documentação adicional, se entender necessário, Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto no Meio Ambiente (RIMA) de projetos que envolvam a liberação de OGM no meio ambiente, além das exigências específicas para o nível de risco aplicável;

De acordo com a Constituição Federal, a criação de órgãos públicos, bem como a definição de suas competências, deve ser feita por lei. Dessa forma, a validade da criação da CTNBio por meio de decreto era questionável juridicamente, bem como os atos praticados pelo órgão supostamente inexistente.

Ademais, a determinação do decreto regulamentador de que compete à CTNBio exigir, se entender necessário, o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) para os projetos que envolvam a liberação de OGM no meio ambiente colide com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente.

O art. 10 da Lei nº 6.938, de 1981, determina que as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, ou capazes de causar degradação do meio ambiente, dependerão de prévio licenciamento ambiental do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). A Constituição Federal, por sua vez, determina, no art. 225, que incumbe ao Poder Público “exigir, na forma da Lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental”.

Nesse sentido, nota-se que a exigência de EIA/RIMA para atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente é determinação constitucional. A definição do órgão competente

para indicar se a atividade é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente é dada por lei, no caso a Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Dessa forma, não poderia um decreto revogar a Lei. Por isso, não obstante o Decreto nº 1.752, de 1995, estabelecer que a CTNBio tem competência para exigir, ou não, o EIA/RIMA, isso não prejudica a atribuição conferida ao IBAMA pela Lei nº 6.938, de 1981.

Para sanar a questão da legitimidade da CTNBio, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 2.137, de 28 de dezembro de 2000<sup>2</sup>. A Medida Provisória altera a Lei nº 8.974, de 1995, para criar, efetivamente, a CTNBio, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, tendo como finalidade o “apoio técnico consultivo e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos conclusivos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados”<sup>3</sup>.

Entre as competências da CTNBio estabelecidas pela Medida Provisória nº 2.137, de 2000, estão a de emitir parecer técnico prévio conclusivo, caso a caso, sobre atividades, consumo ou qualquer liberação no meio ambiente de OGM e a de identificar as atividades decorrentes do uso de OGM e derivados potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e da saúde humana.

### *5.2. Os órgãos de registro e fiscalização e suas competências*

O art. 7º da Lei nº 8.974, de 1995, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, estabelece as competências, relativas à regulamenta-

ção do uso de OGM, dos órgãos de Fiscalização dos Ministérios da Saúde (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA), da Agricultura (Secretaria de Defesa Agropecuária) e do Meio Ambiente (IBAMA).

O *caput* do art. 7º determina que, no exercício de suas competências, os órgãos de fiscalização devem observar o parecer técnico prévio conclusivo da CTNBio. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que parecer técnico prévio conclusivo da CTNBio vincula os demais órgãos da administração quanto aos aspectos de biossegurança do OGM por ela analisados, preservadas as competências dos órgãos de fiscalização de estabelecer exigências e procedimentos adicionais específicos às suas respectivas áreas de competência legal.

Entre as competências dos órgãos de fiscalização, destacam-se:

a) fiscalização e monitoramento das atividades e projetos relacionados a OGM;

b) emissão do registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas, ou para a liberação no meio ambiente;

c) expedição de autorização para o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM;

d) emissão de autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM;

e) expedição de autorização temporária de experimento de campo com OGM.

Em síntese, a legislação anterior à aprovação da nova Lei de Biossegurança, por um lado, estabelecia que a CTNBio teria poder de emitir parecer vinculante sobre os riscos ambientais e à saúde do OGM, porém, por outro lado, estabelecia que a palavra final, ou seja, a emissão dos registros e das autorizações, ficava a cargo dos órgãos de fiscalização dos Ministérios envolvidos, tanto para as atividades de plantio e comercialização, quanto para a importação e as pesquisas com organismos transgênicos.

### 5.3. A questão das células-tronco

A legislação brasileira sobre biossegurança trata, em um mesmo diploma legal, de dois temas distintos: a relação das atividades que envolvam o uso de organismos geneticamente modificados e das atividades que utilizam células-tronco embrionárias.

Apesar de não ser o tema foco deste trabalho, por estar disposta na mesma Lei, a regulação das atividades de engenharia genética afeta diretamente as discussões sobre transgênicos. Por esse motivo, a questão das células-tronco deve ser tratada em paralelo ao tema dos transgênicos.

As células-tronco são células indiferenciadas, que possuem a capacidade de diferenciar-se em outros tipos de células, podendo formar vários tipos de tecidos, como tecido nervoso, epitelial e conjuntivo. Essa capacidade de diferenciação é a razão do potencial do uso das células-tronco no tratamento de doenças, principalmente as degenerativas. As células-tronco são de dois tipos: células-tronco adultas e células-tronco embrionárias.

As células tronco-adultas são extraídas a partir de células adultas de tecidos pouco diferenciados, como é o caso das células do cordão umbilical, da medula óssea e de alguns tipos de células sanguíneas. Esse tipo de pesquisa não é proibido por lei e vem sendo realizado há anos, inclusive no Brasil (FARIA; ROMERO, 2003).

Já as células tronco-embrionárias são obtidas a partir de embriões de até cinco dias. Segundo Faria & Romero (2003), as células-tronco embrionárias são capazes de originar todos os tipos de células que compõem o organismo de um indivíduo, possuindo, segundo especialistas, imenso potencial terapêutico. As células-tronco embrionárias podem ser obtidas de duas formas. Uma delas é a sua extração a partir de embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, armazenados em clínicas de fertilização. Outra forma de obtenção de células-tronco embrionárias seria a produção

de embriões específicos, por meio da técnica da clonagem.

Com relação às pesquisas e tratamentos com células tronco embrionárias, a Lei nº 8.974, de 1995, proíbe a manipulação genética de células germinais humanas, ou seja, veda qualquer interferência no material genético dos gametas (óvulo e espermatozói-de) humanos. O objetivo dessa vedação é impedir todo o tipo de clonagem humana realizada a partir de gametas. Dessa forma, é proibida a obtenção de células-tronco embrionárias a partir da clonagem humana.

A mesma Lei proíbe, também, o armazenamento e a manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível. Isso significa que é vedada a utilização de embriões humanos para produção de células-tronco embrionárias, mesmo que seja para fins terapêuticos. Ressalte-se que a Lei não proíbe a pesquisa ou os tratamentos com o uso de células-tronco adultas, como as do cordão umbilical ou da medula óssea.

#### 5.4. O imbróglio jurídico

Em setembro de 1998, a CTNBio emitiu parecer favorável à liberação do plantio e da comercialização da soja transgênica *Roundup Ready*. Logo em seguida, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e a ONG ambientalista Greenpeace ingressaram na Justiça Federal com ação cautelar, com o objetivo de impedir a liberação comercial da soja transgênica.

A cautelar era acessória de ação civil pública, que questionava a competência da CTNBio para emitir pareceres favoráveis à liberação de organismos geneticamente modificados, sem a realização de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA). O argumento utilizado era que a Lei nº 6.938, de 1981, estabelece que compete ao IBAMA a definição da necessidade de EIA/RIMA para fins de licenciamento ambiental. As Ações foram distribuídas à 6ª Vara da Justi-

ça Federal, em Brasília, sob responsabilidade do Juiz Antônio de Souza Prudente.

Ainda em setembro de 1998, a Justiça Federal concedeu liminar à medida cautelar impetrada por Greenpeace e Idec, proibindo a União de autorizar o plantio comercial de soja transgênica enquanto não regulamentar a comercialização de produtos geneticamente modificados e realizar estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA).

Em agosto de 1999, o juiz da 6ª Vara Federal de Brasília, Antônio Souza Prudente, confirmou, por sentença, medida cautelar que suspende o plantio da soja transgênica no País até que seja realizado o EIA/RIMA. Em agosto do ano seguinte, a 2ª Turma do TRF (Tribunal Regional Federal) da 1ª Região apreciou e rejeitou, por unanimidade, os recursos da Monsanto e da União.

Em junho de 2000, o mesmo juiz proferiu sentença sobre a ação civil pública, exigindo o EIA/RIMA não apenas para a soja transgênica, mas para qualquer organismo geneticamente modificado a ser introduzido no Brasil. A União e a Monsanto recorreram da sentença ao TRF. O julgamento pela 5ª Turma do TRF da 1ª Região foi iniciado em fevereiro de 2002. A decisão final foi proferida em junho de 2004, época em que o Projeto de Lei de Biossegurança tramitava no Senado Federal.

A sentença do TRF, favorável aos apelantes, reconhece a competência da CTNBio para decidir sobre a necessidade ou não de EIA/RIMA. O Tribunal interpretou que não há conflito entre a Lei 8.974, de 1995, que concede à CTNBio competência para identificar a necessidade de EIA/RIMA para a liberação de OGM, e a Lei 6.938, de 1981, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente. Segundo a sentença, como se tratam de duas leis ordinárias, não há hierarquia entre elas, podendo a Lei nº 8.974, de 1995, dispor especificamente sobre a exigência de EIA/RIMA para a liberação de OGM. Ressalte-se, no entanto, que o parecer específico da CTNBio sobre a soja *Roundup Ready* permanece suspenso.

## 6. A nova Lei de Biossegurança

### 6.1. O processo de autorização do uso de OGM

A nova Lei de Biossegurança criou processos distintos para a liberação da pesquisa com OGM e para a liberação do uso comercial desses organismos geneticamente modificados. No caso dos processos que solicitam autorização para a realização de pesquisas com OGM, a decisão final cabe à CTNBio, que deve encaminhar o processo de liberação aos “órgãos e entidades de registro e fiscalização”<sup>4</sup>, para o exercício de suas atribuições de fiscalização.

No caso de processos que visam a liberação do uso comercial de OGM, compete à CTNBio a emissão de decisão técnica sobre sua biossegurança, inclusive para identificar se o OGM em questão é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, caso em que seria necessária a realização de EIA/RIMA e a emissão, pelo IBAMA, de licenciamento ambiental.

Entre as competências da CTNBio, destacam-se:

a) estabelecer normas para as pesquisas com OGM e derivados de OGM;

b) estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados;

c) proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;

d) estabelecer requisitos relativos à biossegurança para autorização de funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

e) autorizar, cadastrar e acompanhar as atividades de pesquisa com OGM ou derivado de OGM;

f) autorizar a importação de OGM e seus derivados para atividade de pesquisa;

g) emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus deriva-

dos, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

h) identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana.

A nova Lei de Biossegurança criou a figura do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), formado por onze Ministros de Estado, que tem competência para, após a decisão da CTNBio, avocar e decidir, em última e definitiva instância, sobre os processos relativos a atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados. Cabe, também, ao CNBS julgar os eventuais recursos dos órgãos de registro e fiscalização contra a decisão da CTNBio nos processos de liberação comercial de OGM.

A nova Lei de Biossegurança tenta dirimir a controvérsia jurídica que anteriormente existia quanto à necessidade de EIA/RIMA para a liberação comercial de OGM. A nova Lei atribui à CTNBio a competência para identificar os OGM que são “potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente”. Caso sejam assim considerados pela CTNBio, a liberação dependerá de licenciamento ambiental emitido pelo IBAMA, o qual exigirá, conforme determina o art. 225, §1º, IV, a realização de EIA/RIMA.

Entre as competências dos órgãos de registro e fiscalização, destacam-se:

a) fiscalizar as atividades de pesquisa de OGM e seus derivados;

b) registrar e fiscalizar a liberação comercial de OGM e seus derivados;

c) emitir autorização para a importação de OGM e seus derivados para uso comercial;

d) manter atualizado no SIB o cadastro das instituições e responsáveis técnicos que realizam atividades e projetos relacionados a OGM e seus derivados;

e) subsidiar a CTNBio na definição de quesitos de avaliação de biossegurança de OGM e seus derivados.

No caso de parecer favorável da CTNBio, ou aprovação pelo CNBS, em caso de avocação ou recurso, a Lei de Biossegurança estabelece atribuições específicas para os órgãos de registro e fiscalização.

Ao Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento cabe emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que utilizem OGM e seus derivados destinados a uso animal, na agricultura, pecuária, agroindústria e áreas afins.

À ANVISA cabe emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados a uso humano, farmacológico, domissanitário e áreas afins.

À Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República compete emitir as autorizações e registros de produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados ao uso na pesca e aquicultura.

O IBAMA, por sua vez, tem competência para emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que envolvam OGM e seus derivados a serem liberados nos ecossistemas naturais, bem como para emitir o licenciamento ambiental, nos casos em que a CTNBio identificar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

### 6.2. As células-tronco

Com relação ao caso das células-tronco, a nova Lei de Biossegurança permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Segundo a Lei de Biossegurança, os embriões considerados inviáveis e os embriões congelados três anos ou mais, na data da publicação da Lei, e os já congelados na data da publicação da Lei, quando completarem três anos, contados a partir da data de congelamento. A Lei estabelece que, em

qualquer caso, para a utilização dos embriões, é necessária a autorização dos genitores. Ademais, a Lei de Biossegurança veda explicitamente a comercialização do material biológico proveniente dos embriões, sendo sua prática tipificada como crime de contrabando de órgão e tecidos.

Com relação à clonagem humana, a Lei de Biossegurança proíbe tanto a clonagem reprodutiva como aquela realizada com fins terapêuticos para a obtenção de embriões, a partir dos quais poder-se-ia extrair células-tronco embrionárias.

## 7. Tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança

### 7.1. Projeto apresentado pelo Poder Executivo

Antes de ser apresentado à Câmara dos Deputados, na forma de Projeto de Lei, o anteprojeto de Lei de Biossegurança foi discutido no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a participação dos Ministérios do Meio Ambiente, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, do Desenvolvimento Agrário, da Saúde e de Ciência e Tecnologia.

Durante a fase de discussão do anteprojeto, eram claras as divergências internas do próprio governo. Enquanto os Ministérios da Agricultura e de Ciência e Tecnologia defendiam a concessão de poderes conclusivos à CTNBio para a liberação dos OGM, os Ministérios do Meio Ambiente, do Desenvolvimento Agrário e da Saúde defendiam que a liberação deveria depender de prévio licenciamento ambiental, pelo Ibama, e de análise de riscos à saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Ao final das discussões, o projeto encaminhado ao Poder Legislativo concedia poderes restritos à CTNBio, sendo estes seus principais pontos:

a) exigência, para a liberação de OGM, de parecer favorável da CTNBio e de licenciamento ambiental emitido pelo Ibama;

b) o parecer da CTNBio, se negativo, vincula os demais órgãos e entidades da administração quanto aos aspectos de biossegurança de OGM e derivados;

c) criação do Conselho Nacional de Biossegurança, órgão composto por 12 Ministros de Estado e que tem competência para apreciar, “se entender necessário, em última e definitiva instância, os aspectos de conveniência e oportunidade, os pedidos de autorização para atividades que envolvam a construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, comercialização, importação, exportação, armazenamento, pesquisa, consumo, liberação e descarte de OGM e seus derivados<sup>5</sup>.”

d) rotulagem dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados;

e) manutenção da proibição à clonagem humana e à manipulação de embriões humanos com vistas à produção de células-tronco.

Assim que foi apresentado pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei nº 2.401, de 2005, recebeu o apoio de entidades resistentes à liberação dos transgênicos, mas também manifestações contrárias de entidades e empresas favoráveis aos OGM.

Um manifesto (Cf. ISA, 2004) assinado por 67 entidades ambientalistas, enviado ao Presidente da República, expressa o apoio ao Projeto de Lei de Biossegurança “encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 31/10/2003, e sua preocupação quanto ao risco de (...) ser descaracterizado em sua tramitação”. Ainda no mesmo manifesto, as entidades signatárias pedem ao “Governo Federal e aos Parlamentares Federais todo o empenho necessário à sua aprovação no Congresso sem alterações”.

Por outro lado, mais de cem cientistas e entidades ligadas à área de biotecnologia assinaram o “Manifesto de brasileiros sobre o Projeto de Lei de Biossegurança 2401/2003” (Cf. MANIFESTO..., 2003), segundo o

qual o “projeto de lei encaminhado pelo Executivo ao Legislativo não distingue avaliação técnica da nova tecnologia de questões sociais, políticas e econômicas”. O manifesto apresenta, ainda, uma série de sugestões de alterações ao projeto de lei de biossegurança com vistas a simplificar o trâmite necessário para a liberação de OGM.

## 7.2. Tramitação na Câmara dos Deputados

Logo após a apresentação do Projeto de Lei de Biossegurança à Câmara dos Deputados, foi criada a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 2.401, de 2003. Foi escolhido como relator o Deputado Aldo Rebelo, então líder do governo na Câmara dos Deputados.

O Deputado Aldo Rebelo apresentou seu parecer à comissão especial em 20 de janeiro de 2003. Porém, o parecer não chegou a ser votado, pois o relator foi nomeado Ministro da recém-criada Secretaria Especial de Coordenação Política e Relações Institucionais, pelo Presidente da República, em 23 de janeiro do mesmo ano. Por esse motivo, foi designado como novo relator o Deputado Renildo Calheiros.

O parecer do Deputado Aldo Rebelo continha substitutivo bastante favorável aos interesses da bancada ruralista e das entidades favoráveis aos OGM. O substitutivo do Deputado Aldo Rebelo ampliava o poder da CTNBio. Entre as principais medidas sugeridas pelo relator, destacam-se:

a) Estabelece competência à CTNBio para emitir parecer prévio conclusivo, que vincula os demais órgãos da administração;

b) a CTNBio teria, também, competência para identificar se a atividade relacionada à biotecnologia é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, caso em que seria necessário o licenciamento ambiental, emitido pelo Ibama;

c) o CNBS teria competência para analisar, exclusivamente quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus

derivados, dirimir conflitos entre a CTNBio e os órgãos de registro e fiscalização, além de ser responsável pela autorização, em última e definitiva instância, das atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados;

d) no caso da autorização para realização de atividades de pesquisa com OGM ou derivados, a competência é exclusiva da CTNBio, em última e definitiva instância;

e) rotulagem obrigatória dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados;

f) manutenção da proibição à clonagem humana e fim da vedação à manipulação de embriões humanos com vistas à produção de células-tronco.

Após o licenciamento do Deputado Aldo Rebelo, o novo relator do Projeto de Lei de Biossegurança, Deputado Renildo Calheiros, apresentou novo parecer; desta vez o substitutivo era favorável à posição das entidades ambientalistas e contrário aos interesses da bancada ruralista. A súbita mudança de rumo na tramitação ocorreu graças à ação mais enérgica da Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, que, com o respaldo do Presidente da República, conseguiu mudar o teor do relatório.

A pressão exercida pelos grupos ambientalistas e pelo Ministério do Meio Ambiente nesse momento foi eficiente, inclusive, para conseguir aprovar requerimento de urgência para a matéria, o que permitiu o envio do parecer do Deputado Renildo Calheiros diretamente ao Plenário, sem que fosse votado pela Comissão Especial. Os grupos ambientalistas sabiam que, se submetido à Comissão Especial, provavelmente o parecer seria derrotado pela bancada ruralista, que detinha maioria naquela Comissão.

Os principais pontos do substitutivo do Deputado Renildo Calheiros, que constituiu o texto aprovado pela Câmara dos Deputa-

dos e foi encaminhado ao Senado Federal, são os seguintes:

a) no caso da autorização para realização de atividades de pesquisa com OGM ou derivados, a competência é exclusiva da CTNBio, em última e definitiva instância;

b) o CNBS seria a última e definitiva instância competente para autorizar o uso comercial de OGM e derivados, após a aprovação pela CTNBio e pelos órgãos de registro e fiscalização;

c) o Ibama seria o órgão responsável por avaliar a necessidade de licenciamento ambiental e de EIA/RIMA;

d) proibição do uso de embriões para a produção de células-tronco e autorização para a realização de clonagem com fins terapêuticos;

e) rotulagem dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.

Durante a tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança na Câmara dos Deputados, foram apresentadas 304 emendas, sendo 278 na Comissão Especial e 26 no Plenário. A sugestão de emendas foi uma das principais formas de participação dos grupos de pressão na tramitação dos projetos. As propostas de emendas eram enviadas pelos grupos de pressão aos parlamentares ligados a seus interesses. Esses parlamentares assumiam a autoria das emendas e as apresentavam formalmente para tramitação.

A bancada ruralista foi o canal para recebimento de emendas dos grupos de interesse favoráveis à liberação dos OGM. Os principais grupos que encaminharam emendas aos parlamentares da bancada ruralista foram: Confederação Nacional da Agricultura (CNA), Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), Associação Nacional de Biossegurança (ANBIO) e a empresa Monsanto.

Por sua vez, as propostas de emendas elaboradas pelos grupos de pressão contrários à liberação dos transgênicos – entre os

quais se destacam o Greenpeace, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) e a organização não-governamental “Por um Brasil Livre de Transgênicos” – eram encaminhadas a parlamentares da bancada ambientalista e a deputados do Partido dos Trabalhadores ligados à Ministra do Meio Ambiente Marina Silva.

Segundo Dolabella, Araújo e Faria (2005), o texto aprovado pela Câmara dos Deputados era “dúbio e tecnicamente impreciso”. As imperfeições do texto podem ser creditadas às “negociações e modificações de última hora, conduzidas pelo relator de forma a atender aos diversos setores envolvidos”. Os autores relatam, ainda, alguns detalhes dos bastidores da votação do projeto na Câmara dos Deputados:

“Horas antes da votação em Plenário, em reunião sob o comando do Presidente João Paulo Cunha, com a participação das várias lideranças partidárias e de grupos parlamentares interessados, de representantes do Ministério do Meio Ambiente e do Ministro Aldo Rebelo, fechou-se o acordo político para a aprovação do Substitutivo Renildo Calheiros, contrariamente ao desejado pelo Ministro da Agricultura Roberto Rodrigues, também presente à Reunião”.

Após a aprovação da redação final do Projeto de Lei de Biossegurança pela Câmara dos Deputados, o texto foi encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu a denominação de Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 9, de 2004.

### 7.3. Tramitação no Senado Federal

No Senado Federal, o Projeto de Lei de Biossegurança foi inicialmente distribuído às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de Assuntos Econômicos (CAE) e de Assuntos Sociais (CAS). Em seguida, foi apresentado, e aprovado, requerimento assinado pelo Senador Osmar Dias, então presidente da Comissão de Educação, para que o projeto fosse, também, apreciado

por aquela Comissão. O próprio Senador Osmar Dias viria a ser relator da matéria na Comissão de Educação.

Por força de requerimentos aprovados, CCJ, CAE e CAS passaram a analisar conjuntamente o Projeto de Lei, tendo sido designado relator o Senador Ney Suassuna.

No início da tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança no Senado Federal, um grupo de 13 organizações científicas favoráveis aos transgênicos enviou carta a todos os senadores, a qual pede mudanças no texto aprovado pela Câmara dos Deputados<sup>6</sup>. Entre as mudanças sugeridas pelos grupos signatários da carta, destacam-se:

- a) concessão de competência à CTNBio para julgar, em última e definitiva instância, sobre os pedidos de liberação de OGM;
- b) parecer vinculante da CTNBio, tanto para atividades comerciais, quanto para atividades de pesquisa com OGM;
- c) que estudos de impacto ambiental sejam exigidos somente quando a CTNBio considerar que a atividade é potencialmente causadora de degradação do meio ambiente;
- d) convalidação dos atos praticados pela CTNBio desde 1995 até a presente data;
- e) fim da proibição do uso de embriões para a produção de células-tronco embrionárias.

Durante a tramitação do projeto no Senado, foram realizadas seis audiências públicas, organizadas pela Comissão de Educação e pela Comissão de Assuntos Sociais.

Em 25 de maio de 2004, em audiência pública realizada pela Comissão de Educação, a Presidente da ANBio, Leila Macedo Oda, defendeu a mudança no Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados. Segundo a cientista, apenas um órgão – no caso a CTNBio – deve decidir sobre a biossegurança, e o conselho político (CNBS) deve decidir sobre a pertinência socioeconômica e política da comercialização. Essa posição foi corroborada pelo representante da CNA, Getúlio Pernambuco, para quem a decisão da CTNBio deve ser terminativa, tanto para a pesquisa quanto para a comercialização.

Na mesma audiência pública, o representante do Ministério da Agricultura deixou claro que a Pasta defende que a CTNBio seja o “órgão competente, efetivamente, para fazer esgotar a análise dos eventos que envolvam OGM”, inclusive na definição das atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, de forma a atender o requisito constitucional, que exige, nesses casos, o licenciamento ambiental e a realização de estudo de impacto ambiental. O Ministério do Meio Ambiente, por sua vez, possui entendimento diverso. Segundo seu representante, João Paulo Capobianco, a diferenciação dos processos de liberação da pesquisa e da comercialização dá maior agilidade à pesquisa, pois sobre esta haveria decisão terminativa da CTNBio.

No dia seguinte, 26 de maio de 2004, houve nova audiência pública. O vice-presidente da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), Luís Roberto Baggio, apresentou as seguintes sugestões de alteração do Projeto de Lei de Biossegurança: conceder competência à CTNBio para a liberação comercial de OGM; conceder ao CNBS competência para decidir, em última e definitiva instância, sobre a liberação comercial de OGM; exigência de licenciamento ambiental apenas quando a CTNBio considerar que a atividade é potencialmente poluidora; convalidação dos pareceres já emitidos pela CTNBio. A OCB considera, ainda, que o substitutivo do Deputado Aldo Rebelo – apresentado, mas não votado pela Câmara dos Deputados – contempla a contento os interesses do cooperativismo e do agronegócio do país.

O substitutivo do Senador Osmar Dias, aprovado pela Comissão de Educação, acolhe a maior parte dessas reivindicações, além de pontos do parecer do Deputado Aldo Rebelo. Entre os principais pontos do substitutivo, destacam-se:

- a) o parecer da CTNBio vincularia os demais órgãos da administração;
- b) a CTNBio seria responsável pela identificação das atividades com OGM que se-

jam potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, o que, na prática, lhe daria a competência para decidir sobre a necessidade de licenciamento ambiental e de EIA/RIMA;

- c) o CNBS analisaria apenas os processos de liberação comercial por ele avocados;

- d) a CTNBio seria a única e definitiva instância com competência para autorizar atividades de pesquisa com OGM;

- e) criou mecanismo de recurso contra o parecer da CTNBio. O recurso seria impetrado pelos órgãos de registro e fiscalização e decidido pela própria CTNBio;

- f) rotulagem obrigatória dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados;

- g) estabelecia a não aplicação da Lei de Agrotóxicos (7.802, de 11 de julho de 1989) às plantas geneticamente modificadas com função biocida<sup>7</sup>;

Com relação às células-tronco, o parecer do Senador Osmar Dias demonstrava o interesse do parlamentar em autorizar o uso de embriões humanos para a produção de células-tronco. Porém, o texto do substitutivo ficou ambíguo e tecnicamente impreciso, de forma que, no substitutivo, não fica claro o fim das proibições ao uso de embriões humanos para a produção de células-tronco embrionárias e à clonagem humana com fins terapêuticos.

Após a aprovação do parecer do Senador Osmar Dias pela Comissão de Educação, o projeto passou a tramitar conjuntamente na CCJ, CAE e CAS, sob relatoria do Senador Ney Suassuna. Foram realizadas reuniões com a participação de representantes de organizações favoráveis e contrárias aos transgênicos, e também com representantes dos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Como resultado dessas negociações, surgiu novo substitutivo, que fazia modificações pontuais no substitutivo do

Senador Osmar Dias, entre as quais destacou-se:

a) criou mecanismo de recurso ao CNBS, a ser impetrado pelos órgãos de registro e fiscalização contra o parecer da CTNBio. Dessa forma, caso, por exemplo, o Ministério do Meio ambiente não concorde com o posicionamento da CTNBio a respeito da necessidade de licenciamento ambiental e de EIA/RIMA, o Ministério poderá recorrer ao CNBS;

b) O CNBS passaria a analisar apenas os processos de liberação de OGM por ele avocados, ou aqueles que forem objeto de recursos por parte dos órgãos de registro e fiscalização;

c) modificação da redação do artigo que permite a produção de células-tronco embrionárias, autorizando o uso de embriões humanos que estivessem congelados há mais de três anos, e sempre com o consentimento dos genitores;

d) proibição da clonagem humana, tanto para fins reprodutivos quanto para fins terapêuticos.

O mecanismo de recurso contra a decisão da CTNBio, a ser decidido pelo CNBS, foi sugerido ao relator Ney Suassuna pela Consultoria Legislativa, órgão de *staff* do Senado Federal. Os consultores legislativos designados para assessorar o relator na tramitação da matéria, ao analisarem o parecer do Senador Osmar Dias, constataram que o mecanismo de recurso constante do substitutivo da Comissão de Educação era inócuo, pois remetia a decisão sobre o recurso à CTNBio. Ou seja, o recurso seria avaliado pelo próprio órgão autor do parecer questionado. A proposta, acatada pelo relator, determina que o recurso contra o parecer da CTNBio seja apreciado pelo CNBS, que seria a instância política responsável por dirimir os eventuais conflitos entre os órgãos técnicos envolvidos no processo.

Após a tramitação pelas Comissões, o Projeto de Lei de Biossegurança foi encaminhado ao Plenário do Senado Federal para

a votação final. Antes, porém, da votação no Plenário, houve reunião de líderes, com a participação dos dois relatores, para a definição dos detalhes do texto que seria votado. Nessa reunião, foi fechado acordo em torno do texto do substitutivo Ney Suassuna; foram, ainda, acolhidas sugestões pontuais oferecidas pelo Senador Osmar Dias e foi, também, definida a aprovação do uso de embriões humanos para a produção de células-tronco embrionárias.

Em seu parecer de plenário, o Senador Ney Suassuna acolheu emenda da Senadora Heloisa Helena, que proibia a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso. Tecnologia genética de restrição de uso é a introdução de genes com o objetivo de produzir estruturas reprodutivas estéreis nas plantas<sup>8</sup>. Esse item não constava do acordo firmado na reunião de líderes, motivo que ensejou grandes discussões durante a aprovação. Porém, logo que a bancada ruralista compreendeu que a emenda lhe era favorável, o item foi aprovado.

Durante a tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança no Senado, foram apresentadas 20 emendas em Plenário. O Senado Federal aprovou o Projeto de Lei de Biossegurança com alterações. Por esse motivo, a proposição teve que retornar à Câmara dos Deputados para apreciação das modificações introduzidas pelo Senado.

#### *7.4. Tramitação final na Câmara dos Deputados*

Com o retorno do projeto à Câmara, foi reinstalada a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 2.401, de 2003. De acordo com as regras do processo legislativo, a Câmara dos Deputados teria poderes para manter o substitutivo do Senado Federal, para retornar ao projeto inicialmente aprovado pela Câmara ou para construir um novo texto a partir de trechos de uma e de outra versão. Não poderia, no entanto, elaborar uma nova redação.

Inicialmente o Deputado Renildo Calheiros foi novamente designado para ser o relator da matéria. O Deputado solicitou prazo para a elaboração do parecer. O prazo solicitado não foi concedido, e o relator foi substituído pelo Deputado Darcísio Perondi. Dolabella, Araújo e Faria (2005) assim relatam o episódio:

“Designado novamente relator, o Deputado Renildo Calheiros, na reunião convocada para apreciar a matéria, solicitou mais prazo para elaborar parecer que atendessem às diferentes demandas políticas que se apresentavam ao tema. A Comissão, no entanto, majoritariamente formada por membros favoráveis ao texto aprovado no Senado Federal, não concedeu a dilatação do prazo, destituindo-o da função. O Presidente da Comissão nomeou relator substituto o Deputado Darcísio Perondi, um dos principais defensores da liberação dos produtos transgênicos no Parlamento. Quinze minutos após, o novo relator apresentou seu voto favorável ao Substitutivo do Senado Federal, o qual foi aprovado por ampla maioria da Comissão.”

Um fato interessante sobre a segunda tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança na Câmara dos Deputados precisa ser destacado. Todo o debate sobre o projeto foi polarizado para a questão liberação do uso de embriões humanos para a produção de células-tronco embrionárias. A atenção da mídia, passando pela atuação dos grupos de pressão e pelos discursos dos parlamentares, estavam todos voltados para a importância das células-tronco no tratamento de doenças degenerativas. As discussões sobre os transgênicos ficaram em segundo plano, conforme relatam Dolabella, Araújo e Faria (2005):

“A votação se deu em clima emocional, com a presença orquestrada de dezenas de cidadãos, inclusive crianças, acometidos de doenças degene-

rativas, a pressionar, visualmente ou pela palavra, os parlamentares que estavam a apreciar a matéria. Agricultores, naquela noite, deram lugar a outra categoria de demandantes, presentes como massa de manobra capaz de pressionar a opinião pública e os parlamentares em torno de legítimas esperanças, que lhes foram estimuladas pelas lideranças dos setores sociais interessados na aprovação do projeto de lei. Assim, em realidade, os OGM ‘pegaram carona’ no tema ‘células-tronco’.”

No Plenário da Câmara, a matéria foi votada em 2 de março de 2005, tendo sido aprovado de forma integral o substitutivo do Senado Federal. Em seguida, o projeto foi encaminhado ao Presidente da República, para sanção.

A nova Lei de Biossegurança foi sancionada pelo Presidente da República em 24 de março de 2005, sob o nº 11.105, de 2005, com sete vetos parciais, os quais, contudo, não alteraram a essência do projeto.

#### *8. Definição sobre o processo de autorização do uso de OGM*

O estudo da tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança demonstra que houve intensa participação dos grupos de pressão no processo, desde a elaboração do anteprojeto até a discussão dos vetos ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional. *Grosso modo*, os grupos que atuaram nas discussões e na tramitação do projeto podem ser classificados em favoráveis e em contrários à liberação imediata dos organismos geneticamente modificados.

Note-se que essa classificação simplista adotada nesta pesquisa tem por objetivo facilitar o entendimento das formas de atuação dos diferentes grupos de pressão que participaram da formulação da nova política de biossegurança. Em verdade, os grupos classificados como “contrários” devem ser entendidos como aqueles que defendem

que o processo de liberação de OGM deve ser mais restritivo, com a aplicação do chamado “princípio da precaução”. Já os grupos de pressão classificados como “favoráveis” são aqueles que defendem a simplificação do processo de liberação dos produtos transgênicos.

Ao longo do processo de formação da agenda, e durante a tramitação propriamente dita do Projeto de Lei de Biossegurança, as discussões e a atuação dos grupos de pressão se deram de forma mais intensa em torno de alguns temas mais polêmicos. Entre esses temas, o que gerou mais polêmica foi, sem dúvida, a definição sobre o processo de autorização para o uso de organismos geneticamente modificados. Essa definição envolve a demarcação dos papéis da CTNBio, do CNBS e dos órgãos ministeriais no processo de autorização. A posição dos grupos de pressão com relação a esse tema, bem como sua influência no texto final aprovada serão apresentadas a seguir.

A definição do papel da CTNBio no processo de liberação do uso de OGM foi o ponto nevrálgico das discussões em torno da política nacional de biossegurança. O estudo das posições dos grupos de pressão sobre esse tema passa pela definição do “Princípio da Precaução”. A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, proclamada durante a Conferência da Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, consagra, em seu item nº 15, o princípio da precaução:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Em atendimento ao princípio da precaução, a Constituição Brasileira exige a reali-

zação de estudo prévio de impacto ambiental para atividades ou obras potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Em complementação, a legislação ambiental infraconstitucional determina que o IBAMA, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, é responsável pelo licenciamento e pela exigência dos Estudos de Impacto Ambiental e respectivos Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA).

Nesse sentido, os grupos de pressão ligados a entidades ambientalistas defendiam que a nova Lei de Biossegurança concedesse ao Ministério do Meio Ambiente a competência para avaliar a necessidade de realização do EIA/RIMA tanto para as atividades de pesquisa quanto para o uso comercial dos organismos geneticamente modificados.

Por sua vez, os grupos ligados a entidades ruralistas e às empresas de biotecnologia defendiam que a CTNBio, como órgão técnico responsável pela biossegurança, deveria ter a competência para avaliar, caso a caso, se a atividade que envolve o uso da biotecnologia é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, caso em que seria necessária a realização de EIA/RIMA. Esses grupos de pressão defendiam, ainda, que o parecer da CTNBio vinculasse os demais órgãos da administração. Nesse caso, os órgãos ministeriais, como o Ibama e a Anvisa, teriam apenas papel burocrático de registrar as variedades geneticamente modificadas já autorizadas pela CTNBio.

Teoricamente, as duas posições resguardam o princípio da precaução, haja vista que seria uma lei ordinária que determinaria que órgão da administração federal teria a competência para avaliar se o caso concreto exige ou não a aplicação do instituto constitucional do EIA/RIMA. No entanto, as entidades ambientalistas acreditam que conceder essa competência à CTNBio seria tornar letra morta o princípio da precaução, pois consideram que o órgão não o aplicou

por ocasião da emissão do parecer que liberou o uso comercial da soja *Round up Ready* (PARANHOS, 2005).

O texto final da Lei de Biossegurança estabelece, para os casos de liberação comercial, um procedimento intermediário entre as posições defendidas pelos grupos de pressão favoráveis e contrários aos transgênicos. A nova lei cria a possibilidade de recurso contra a decisão da CTNBio, que pode ser impetrado pelos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde, da Agricultura Pecuária e Abastecimento, e pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca. Esse recurso deve ser analisado pelo CNBS, conselho composto por Ministros de Estado, que teria o poder para liberar, em última e definitiva instância, o uso comercial de OGM ou para determinar a realização de EIA/RIMA.

No caso das pesquisas com OGM, o texto final é favorável aos grupos que defenderam a menor burocratização do processo de liberação. Assim, os pedidos de autorização para a realização de pesquisas com organismos transgênicos serão decididos pela CTNBio, em última e definitiva instância.

### 9. Estratégias utilizadas pelos grupos de pressão

O papel desempenhado pelo governo do Presidente Lula no processo de tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança difere em vários aspectos da atuação em outros projetos de interesse do governo. No caso da reforma da previdência, por exemplo, o governo assumiu papel de líder do processo em contraposição aos grupos de pressão, que agiam como *veto players* (RAMOS, 2005).

No caso do Projeto de Lei de Biossegurança, o próprio governo estava dividido. De um lado o Ministério do Meio Ambiente, chefiado pela Ministra Marina Silva, ambientalista e militante do partido do Presidente da República, o PT. De outro, o Ministro da Agricultura, sem vinculação partidária, porém histórico líder do cooperativismo rural

e ardoroso defensor dos organismos geneticamente modificados.

O Partido dos Trabalhadores, durante toda a fase de construção da agenda sobre os transgênicos – iniciada em torno de 1995, sob o Governo Fernando Henrique Cardoso –, assumiu posição contrária à liberação dos organismos geneticamente modificados. Um dos parlamentares líderes da frente contra os transgênicos era justamente a então Senadora Marina Silva, que chegou a apresentar Projeto de Lei propondo moratória de cinco anos para os transgênicos. Diversos outros parlamentares do PT apresentaram projetos tendentes a retardar a liberação dos OGM no Brasil.

A Ministra do Meio Ambiente do governo do presidente Lula é internacionalmente reconhecida como defensora das questões ambientais. Suas estreitas relações com o Partido dos Trabalhadores e com o próprio Presidente Lula impediam que o governo assumisse uma posição aberta em favor dos transgênicos.

Por outro lado, o Ministério da Agricultura também era uma pasta forte dentro do governo Lula. As sucessivas safras recordes obtidas nos primeiros anos do governo Lula e o amplo apoio obtido pelo Ministro com os parlamentares da bancada ruralista eram as principais razões da força política daquela pasta dentro do governo.

Nesse sentido, o governo passou a adotar uma postura aparentemente ambígua. Ao mesmo tempo em que a Casa Civil apoiava as propostas da Ministra Marina Silva – pelo menos na primeira fase da tramitação na Câmara dos Deputados<sup>9</sup> –, o governo concedia autonomia ao Ministério da Agricultura para negociar suas propostas diretamente no Congresso.

Dessa forma, tanto os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos quanto os contrários passaram a contar com o apoio governamental no Congresso. Os grupos favoráveis eram apoiados pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, e os grupos contrários trabalhavam ao lado dos

representantes do Ministério do Meio Ambiente. Essa dualidade de interesses dentro do próprio governo tem explicação na teoria neocorporativista, haja vista que os grupos de interesses estabelecem vínculos com setores do Estado, os quais passam a competir internamente, conforme demonstrou Teixeira (2002).

Os grupos de pressão dispunham de canais de acesso ao processo legislativo formais e informais. Os canais formais são, por exemplo, a participação dos grupos de interesse em audiências públicas. Os canais informais estão relacionados ao contato direto com os parlamentares, a sugestão de emendas e o trabalho de *lobby* exercido junto aos relatores. A cientista Leila Oda, presidente da ANBio, por exemplo, afirmou em entrevista à Agência Brasil que a Associação havia enviado 57 emendas ao Projeto de Lei para diversos parlamentares (Cf. CRISTINA, 2004).

A Comissão Especial da Câmara dos Deputados, responsável pela análise do Projeto de Lei de Biossegurança, era formada, em sua maioria, por parlamentares da bancada ruralista, portanto, favoráveis à liberação dos transgênicos. Por esse motivo, o parecer do Deputado Aldo Rebelo, se submetido a voto, deveria ser aprovado pela Comissão. Em um primeiro momento, após ser indicado como novo relator, o Deputado Renildo Calheiros estava propenso a acolher o parecer Aldo Rebelo. No entanto, naquele momento, o Governo sugeriu a adoção de novo parecer, contemplando as propostas do Ministério do Meio ambiente. Para que o novo parecer não fosse rejeitado, adotou-se a estratégia procedimental de aprovar requerimento de urgência, para que a matéria deixasse a Comissão Especial e fosse apreciada diretamente pelo Plenário.

O acordo em torno da aprovação do parecer Renildo Calheiros foi possível graças ao apoio da bancada evangélica. Como o novo relator decidiu manter a proibição ao uso de embriões humanos na produção de

células-tronco embrionárias, os evangélicos concordaram em votar a favor do substitutivo Renildo Calheiros.

Após a derrota dos grupos favoráveis aos transgênicos na Câmara dos Deputados, os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos concentraram forças no *lobby* junto aos senadores. Logo depois da aprovação do substitutivo Renildo Calheiros pela Câmara dos Deputados, um grupo de cientistas, capitaneados pela ANBio, iniciou uma série de visitas aos gabinetes dos senadores. Durante as visitas, foi entregue carta aos senadores contendo as reivindicações das organizações científicas.

Uma importante estratégia utilizada nesse momento foi a união de esforços entre os grupos favoráveis aos transgênicos e os cientistas que defendiam a autorização para o uso de embriões humanos na produção de células-tronco embrionárias. Como as células-tronco possuem grande apelo social, graças à possibilidade de cura de doenças degenerativas, tinham amplo apoio da opinião pública. Houve, também, grande apoio da mídia, por meio da veiculação de diversas reportagens a respeito dos potenciais benefícios das pesquisas com células-tronco embrionárias. Essa estratégia se intensificou ainda mais na segunda fase de tramitação na Câmara dos Deputados, quando toda a atenção da mídia, e também dos discursos em plenário, estava voltada para a questão das células-tronco. Naquele momento, os transgênicos tornaram-se um tema secundário, e as modificações introduzidas pelo Senado foram aprovadas com certa facilidade.

Um bom relacionamento com o relator da matéria é fundamental para que os grupos de pressão possam exercer influência sobre o processo legislativo. Ciente disso, a bancada ruralista do Senado adotou a estratégia procedimental de aprovar requerimento para que o Projeto de Lei de Biossegurança fosse apreciado pela Comissão de Educação<sup>10</sup>. Naquela Comissão, a relatoria foi avocada por seu presidente, o Senador

Osmar Dias, integrante da bancada ruralista. Dessa forma, foi aberto um canal de influência direto entre os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos e o processo legislativo no Senado Federal. Por meio desse canal, grupos de pressão favoráveis aos transgênicos, tais como ANBio, CNA e OCB, passaram a enviar propostas de emendas – e até mesmo de substitutivos – diretamente ao gabinete do relator.

Durante tramitação final na Câmara dos Deputados, outra estratégia procedimental foi utilizada pela bancada ruralista. O relator do projeto, Renildo Calheiros, foi destituído da função e, em seu lugar, foi nomeado o Deputado Darcísio Perondi (PMDB-RS), integrante da bancada ruralista e defensor dos transgênicos. Segundo matéria veiculada no jornal *O Estado de São Paulo* (Cf. PLANALTO..., 2004), a Secretaria de Coordenação Política do Palácio do Planalto teria apoiado a estratégia regimental.

### 10. Conclusão

O imbróglgio jurídico em torno do processo de liberação dos organismos geneticamente modificados e a situação de fato gerada pelo plantio ilegal de soja transgênica em algumas regiões do País trouxeram as discussões sobre os transgênicos para a agenda governamental, entre os temas considerados prioritários. O Governo viu-se obrigado a editar três medidas provisórias para permitir o plantio da soja transgênica, até então considerada ilegal pelo Poder Judiciário. Ante o clima de incerteza jurídica e a situação de fato criada pelos agricultores, tornou-se consenso, na sociedade e no Governo, a necessidade de se formular uma nova Lei de Biossegurança. Nessa fase de construção da agenda, o Congresso Nacional exerceu papel de centralizador de debates. Diversas audiências públicas foram realizadas, nas quais os grupos de interesse, tanto os favoráveis quanto os contrários, puderam expressar sua opinião a respeito da matéria.

Cabe destacar que a fase de construção da agenda se estendeu ao longo dos Governos FHC e Lula, enquanto a fase de formulação propriamente dita concentrou-se no Governo Lula. O Governo FHC apoiava abertamente a liberação dos transgênicos, tanto que a União figurou, ao lado da Monsanto, como parte na ação judicial movida pelo Greenpeace e pelo IDEC contra o parecer da CTNBio que autorizava o plantio de soja geneticamente modificada.

O Partido dos Trabalhadores, que, durante a maior parte da fase de construção da agenda, fez oposição incondicional ao governo, tinha posição contrária aos OGM. Assim, após a vitória do PT nas eleições presidenciais de 2002, seria natural que o Governo Lula da Silva mantivesse a posição partidária contrária aos organismos geneticamente modificados. Assim, ao compor o seu Ministério, o Presidente escalou para a Pasta do Meio Ambiente a ambientalista Marina Silva, reconhecida por sua atuação contrária aos OGM. No entanto, para a Pasta da Agricultura foi indicado o líder ruralista Roberto Rodrigues, tradicional defensor dos transgênicos. Estava iniciada a divergência interna no governo, que se estenderia por toda a fase de formulação da Política Nacional de Meio Ambiente.

Essa divergência entre diferentes áreas do governo ao longo do processo de formulação de políticas públicas encontra respaldo na teoria neocorporativista. Aliás, os teóricos neocorporativistas consideram que os grupos de interesses estabelecem vínculos com setores do Estado, de forma que sua organização e competição se fazem dentro do próprio Estado. No caso da formulação da Política Nacional de Biossegurança, ficam claros os vínculos dos grupos de pressão contrários aos transgênicos com o Ministério do Meio ambiente e dos grupos de ruralistas e das empresas de biotecnologia com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

A análise do processo de tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança mostra que

os grupos de pressão atuaram condicionados pelas instituições internas do Congresso Nacional. Escolha e substituição de relatores, apresentação de emendas, apresentação de requerimentos de urgência, são todas estratégias permitidas pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e largamente utilizadas pelos grupos de pressão. Nesse sentido, verificam-se características da teoria neo-institucionalista na formulação da Lei de Biossegurança.

De acordo com os teóricos do neo-institucionalismo, a eficiência dos grupos de pressão aumenta quando estes conhecem bem o arcabouço institucional que regula o processo legislativo. No caso estudado, são encontrados exemplos de estratégias adotadas pelos grupos de pressão baseadas nessas instituições internas. Entre essas estratégias, podem-se destacar: a aprovação de requerimento de urgência para retirar o Projeto de Lei de Biossegurança da Comissão Especial e enviá-lo diretamente ao Plenário da Câmara; a aprovação de requerimento, no Senado, para que fosse ouvida a Comissão de Educação, e a conseqüente indicação do Senador ruralista Osmar Dias para a relatoria; e a destituição do Deputado Renildo Calheiros da relatoria do projeto, na segunda fase de tramitação na Câmara dos Deputados.

A atuação dos grupos de pressão ocorreu tanto por meio do uso de instituições formais quanto por meio de instituições informais. As instituições formais permitem, por exemplo, a participação direta dos grupos de pressão em audiências públicas promovidas pelas Comissões do Congresso. As instituições informais, por sua vez, envolvem relações pessoais dos grupos de pressão com os parlamentares, que lhes permitem participar diretamente do processo legislativo.

Há grupos que já possuem relações estreitas e regulares com determinados parlamentares. É o caso, por exemplo, de entidades como CNA e OCB, favoráveis aos trans-

gênicos, que normalmente são representadas pelos parlamentares da bancada ruralista, quaisquer que sejam os projetos em tramitação no Congresso Nacional. Por outro lado, grupos como os que defendiam a liberação do uso de embriões humanos na produção de células-tronco embrionárias não exercem a atividade lobista de forma freqüente. Esses grupos de pressão, formados basicamente por cientistas, tiveram que criar seu próprio espaço de negociação entre os parlamentares.

São instituições informais os acordos entre os diferentes segmentos de representação dentro do Congresso. Um bom exemplo de aliança informal ocorreu no final da tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança na Câmara dos Deputados, quando os grupos contrários aos transgênicos adotaram a estratégia de apoiar proibição da manipulação de embriões para produção de células-tronco em troca do apoio da banca evangélica ao texto do parecer Renildo Calheiros. A estratégia utilizada possibilitou a cooptação de votos suficientes para a aprovação, pelo Plenário da Câmara, do substitutivo que restringia os poderes da CTNBio e concedia ao Ibama a competência para decidir sobre a necessidade de licenciamento ambiental, e, conseqüentemente, para exigir a realização de EIA/RIMA, nos processos de autorização do uso comercial de OGM.

As instituições eleitorais também influenciam diretamente no processo decisório dos parlamentares. Nesse sentido, a união, no Senado Federal, entre os grupos defensores dos transgênicos e os grupos defensores das células-tronco foi bastante eficiente em mostrar aos parlamentares o apoio da opinião pública, que, em última análise, se traduz em votos. Quando o debate, no Congresso e na mídia, deslocou-se para a questão das células-tronco, com todo apelo emocional proporcionado pela possibilidade de cura de doenças degenerativas, o apoio da opinião pública ao projeto como um todo foi maciço e a discussão sobre o processo

de liberação dos transgênicos ficou em segundo plano.

O texto final aprovado da nova Lei de biossegurança mostra que os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos tiveram a maior parte de suas reivindicações atendidas. A norma aprovada concede poderes plenos à CTNBio para decidir sobre os pedidos de autorização referentes a projetos de pesquisa com OGM, além de dar-lhe a competência para decidir se será, ou não, necessário o licenciamento ambiental pelo Ibama no caso de pedidos de uso comercial de OGM.

No entanto, os grupos de pressão favoráveis tiveram que ceder com relação à possibilidade de recurso contra as decisões da CTNBio, que poderá ser impetrado pelos órgãos de registro e fiscalização, e apreciado pelo Conselho de Ministros. A aprovação desse dispositivo foi crucial para reduzir a resistência de parlamentares tradicionalmente contrários aos transgênicos, sobretudo dentro do partido do Governo, o PT.

Os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos mostraram-se mais eficientes em moldar a nova Lei de Biossegurança. Essa eficiência pode ser creditada a alguns fatores, como, por exemplo, o poderio econômico e político das organizações envolvidas – empresas de biotecnologia e entidades ruralistas, respectivamente.

Os grupos de pressão contrários aos transgênicos, formados majoritariamente por entidades ambientalistas e de defesa do consumidor, possuíam uma linha de argumentação mais abstrata e complexa, tal como a necessidade de aplicação do princípio da precaução em vista de possíveis riscos ambientais e à saúde humana. Os grupos favoráveis à liberação dos organismos geneticamente modificados possuíam linha de argumentação mais concreta, baseada em dados que indicam as vantagens econômicas – para os próprios grupos interessados – do uso dos produtos transgênicos.

Em outras palavras, os grupos que defendem interesses próprios de segmentos

específicos da sociedade mostraram-se mais influentes no processo decisório que os grupos que se propunham a defender interesses da sociedade como um todo. Essa observação encontra respaldo na teoria de Olson sobre a falta de representatividade do sistema de grupos. As entidades ambientalistas, por exemplo, tinham dificuldade em legitimar sua representatividade, pois, dada a complexidade técnica do tema, a própria sociedade não tinha uma clara opinião formada sobre a conveniência, ou não, da liberação do uso dos organismos geneticamente modificados no Brasil.

A influência dos grupos de pressão contrários aos transgênicos, embora menor, também aparece na nova Lei de Biossegurança. Pontos como o já mencionado recurso ao Conselho de Ministros e a obrigatoriedade da rotulagem de alimentos que contenham organismos geneticamente modificados foram bandeiras defendidas por esses grupos durante a tramitação do Projeto de Lei de Biossegurança no Congresso Nacional. Pode-se afirmar que a presença de um Ministério do Meio Ambiente forte, atuando ao lado dos grupos de pressão contrários aos transgênicos, permitiu a aprovação de uma Lei de Biossegurança mais equilibrada e menos radical do que pretendiam, inicialmente, os grupos de pressão favoráveis aos transgênicos, pretensões essas reveladas nos substitutivos do Deputado Aldo Rebelo e do Senador Osmar Dias.

### Notas

<sup>1</sup> O Projeto de Lei de Biossegurança que resultou na aprovação da Lei nº 8.974, de 1995, era de autoria do Senador Marco Maciel. O art. 61, §1º, II, e, da Constituição Federal determina que as leis que disponham sobre a criação de Ministérios e órgãos da administração pública são de iniciativa privativa do Presidente da República. Esse foi o motivo dos vetos aos art. 5º e 6º.

<sup>2</sup> A Medida Provisória nº 2.137, de 28 de dezembro de 2000, foi sucessivamente reeditada, até que a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, manteve em vigor a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23

de agosto de 2001, até sua revogação total pela Lei nº 11.105, de 2005, a nova Lei de Biossegurança.

<sup>3</sup> Art. 1º da Medida Provisória nº 2.137, de 28 de dezembro de 2000.

<sup>4</sup> Entenda-se como “órgãos e entidades de registro e fiscalização” aqueles de que trata o art. 16 da Lei nº 10.105, de 2005 (Lei de Biossegurança), quais sejam: a Secretaria de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura; o IBAMA, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente; a ANVISA, vinculada ao Ministério da Saúde; e a Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca.

<sup>5</sup> O Parágrafo único do art. 7º do PL 2.104, de 2003, determinava, ainda, que pronunciamento do CNBS em última e definitiva instância quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade requeria a manifestação favorável da CTNBio e dos órgãos e entidades de registro e fiscalização. Em suma, de acordo com o projeto de lei original, o CNBS seria a instância política com poderes para impedir, por razões de “conveniência e oportunidade”, a liberação de OGM, após a sua aprovação pela CTNBio e pelos órgãos de registro e fiscalização.

<sup>6</sup> Os signatários da carta aos senadores são os seguintes: Associação Nacional de Biossegurança (ANBio), Academia Brasileira de Ciências (ABC), Associação Brasileira de Biotecnologia (Abrabi), Associação Brasileira de Distrofia Muscular, Associação Brasileira para a Proteção dos Alimentos (Abrapa), Centro Brasileiro de Estocagem de Genes, Centro de Estudos do Genoma Humano, Sociedade Brasileira de Alimentação e Nutrição (SBAN), Sociedade Brasileira de Ciência e Tecnologia de Alimentos (SBCTA), Sociedade Brasileira de Genética (SBG), Sociedade Brasileira de Melhoramento de Plantas (SBMP), Sociedade Brasileira de Microbiologia (SBM) e o Programa de Pós-Graduação em Biotecnologia Vegetal – UFRJ.

<sup>7</sup> Entende-se por plantas geneticamente modificadas com função biocida aquelas nas quais são introduzidos genes para a produção de inseticidas, ou de fungicidas, visando o controle de pragas e doenças. Um exemplo de planta biocida é o milho *bt*.

<sup>8</sup> Um exemplo de tecnologia de restrição de uso é o “gene terminator”, criado pela empresa Monsanto, com o objetivo de impedir que os agricultores multipliquem as sementes por ela produzidas. O uso de tal tecnologia foi rejeitado em todo o mundo por questões de bioética.

<sup>9</sup> O Projeto de Lei original encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados contemplava a maior parte das propostas do Ministério do Meio Ambiente. A Casa Civil apoiou, ainda, o substitutivo do Deputado Renildo Calheiros, favorável aos ambientalistas.

<sup>10</sup> O projeto foi inicialmente distribuído para as Comissões de Assuntos Sociais, de Assuntos Eco-

nômicos e de Constituição, Justiça e Cidadania. Posteriormente foi aprovado em Plenário o Requerimento nº 41, de 2005, de autoria do Senador Osmar Dias, para que o projeto fosse, também, apreciado pela Comissão de Educação.

## Referências

ARAGÃO, M. de. *Grupos de pressão no Congresso Nacional: como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994.

BUAINAIN, Antônio Márcio; SILVEIRA, José Maria da. Por que precisamos dos transgênicos?. *Revista Agroanalysis*, Brasília, n. 8, v. 23, nov. 2003.

CAVALCANTI, T. B. *Grupos de pressão*. Brasília: Fundação Projeto Rondon Ministério da Educação, [198 –].

COBB, W. R.; ELDER, V. C. The politics of agenda building: an alternative perspective for modern democratic theory. *Journal of Politics*, [S.l.], v. 33, 1971.

COHEN, E.; FRANCO, R. *Avaliação de políticas sociais*. Petrópolis: Vozes, 1994.

CRISTINA, Lana; JÚNIOR, Ubirajara. Dizendo “não” a uma nova tecnologia. *Associação Nacional de Biossegurança*, Rio de Janeiro, 4 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.anbio.org.br/noticias/pl.htm>>. Acesso em: [2005?].

CUSTÓDIO, H. B. Direito do consumidor e os organismos geneticamente modificados. *Revista de Direitos Difusos*, Rio de Janeiro, n. 8, v. 2, p. 1011-1056, ago. 2001.

DOLABELLA, R. H.; ARAÚJO, J. C. de; FARIA, C. R. S. M. A lei de biossegurança e seu processo de construção no Congresso Nacional. *Cadernos Asle-gis*, Brasília, n. 25, v. 8, n. 25, jan./abr. 2005.

EMBRAPA, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Cronologia do embargo judicial. *EMBRAPA*, Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.cnpso.embrapa.br/download/cronologia\\_sojarr.pdf](http://www.cnpso.embrapa.br/download/cronologia_sojarr.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2005.

FARIA, C. R. S. M. A polêmica dos transgênicos: aspectos técnicos, legais e econômicos. *Senado Consultoria Legislativa*, Brasília, 2003. Disponível em: <[www.senado.gov.br/web/conleg/artigos\\_sociais.htm](http://www.senado.gov.br/web/conleg/artigos_sociais.htm)>. Acessado em: 17 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. ; ROMERO, L. C. P. Clonagem humana: um panorama da questão. *Senado Consultoria Legislativa*, Brasília, 2003. Disponível em: <[www.senado.gov.br/web/conleg/artigos/politi-](http://www.senado.gov.br/web/conleg/artigos/politi-)

- casocial/ClonagemHumana.pdf>. Acessado em: 21 maio 2005.
- GRAZIANO, G. Lobbying, troca e definição de interesses: reflexões sobre o caso americano. *Dados*, [S.l.], n. 30, v. 2, p. 317-340, 1994.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. The three versions of neo-institutionalism. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2003.
- ISA, Cristiane Fontes. ONGs lançam manifesto em defesa do texto original do PL da biossegurança. *Sociedade Ambiental*, São Paulo, 28 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=1536>>. Acesso em: [2005?].
- LABRA, Maria Eliana. Patterns of decision-making in Chile's health care sector. *Dados*, [S.l.], n. 1, v. 43, 2000.
- LOBATO, L. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 31, p. 30-48, fev./mar. 1997.
- MANIFESTO de brasileiros sobre o projeto de lei de biossegurança. *Conselho de Informação sobre Biotecnologia*, São Paulo, 8 dez. 2003. Disponível em: <[http://www.cib.org.br/pdf/manifeto\\_pl\\_encaminhamento.pdf](http://www.cib.org.br/pdf/manifeto_pl_encaminhamento.pdf)>. Acesso em: [2005?].
- MIGUEL, Luis Felipe. 3-D political representation: elements for an amplified theory of political representation. *Revista brasileira Ciências Sociais*, São Paulo, n. 51, v. 18, fev. 2003.
- MILLS, C. W. *A elite do poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999. (Clássicos: 16).
- ORTEGA, A. C. Corporativismo e novas formas de representação de interesse na agricultura: uma abordagem teórica. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, n. 4, v. 36, out./dez. 1998.
- PARANHOS, J. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 14, p. 57-59, jan./mar. 2005.
- PEDONE L. *Formulação, implementação e avaliação de políticas públicas*. Brasília: FUNCEP, 1986.
- PIOSEVAN, M. F. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. 2002. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, São Paulo, 2002.
- PLANALTO intervém por transgênicos e biossegurança passa em comissão. *Associação Nacional de biossegurança*, Rio de Janeiro, 4 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.mrweb.com.br/clientes/anbio-noticias/geral2.asp?cod=1066>>. Acesso em: [2005?].
- RAMOS, D. P. *Comportamento parlamentar e grupos de pressão: um estudo de caso da reforma da previdência (1995-1998)*. 2005. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política, Brasília, 2005.
- RIBEIRO, José M. Neocorporatist arrangements and defense of physicians' interests. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 9, p. 5-20, jan./mar. 1993.
- RODRIGUES, L. F. OGMs: organismos geneticamente modificados: reflexos no direito ambiental e no direito econômico - concorrência e consumidor. *Revista de Direitos Difusos*, Rio de Janeiro, v. 8, ago. 2001.
- TEIXEIRA, S. M. F. O desafio da gestão de redes políticas. In: VII CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. *Anais...* Caracas: Centro de Información e documentación, 2003. Disponível em: <<http://www.clad.org>>. Acesso em: [2005?].
- VIANA, A. L. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 30, p. 5-43, mar./abr. 1996.
- VICTORINO, V. I. P. Participação pública na construção da biossegurança no Brasil: a questão dos transgênicos. *Convergência*, México, n. 35, mai./ago. 2004.
- MANIFESTO de brasileiros sobre o projeto de lei de biossegurança. *Conselho de Informação sobre Biotecnologia*, São Paulo, 8 dez. 2003. Disponível em: <[http://www.cib.org.br/pdf/manifeto\\_pl\\_encaminhamento.pdf](http://www.cib.org.br/pdf/manifeto_pl_encaminhamento.pdf)>. Acesso em: [2005?].

# Certificação ambiental, desenvolvimento sustentável e barreiras à entrada

Daniel Rocha Corrêa

## Sumário

Apresentação. 1. Desenvolvimento e meio ambiente. 1.1. Crescimento e desenvolvimento. 1.2. Propostas transformadoras. 2. O desenvolvimento sustentável no direito internacional e no direito brasileiro. 3. A certificação ambiental como um meio para o desenvolvimento sustentável. 4. Certificação ambiental e barreiras à entrada. 5. Conclusões.

## Apresentação

Este trabalho resultou da pesquisa *A Certificação Ambiental no Brasil: um instrumento na promoção do desenvolvimento sustentável*, desenvolvida a partir de apoio do Fundo de Incentivo à Pesquisa (FIP) da PUC Minas.

Nosso ponto de partida foi a constatação de que, na esfera da economia, os recursos naturais são necessários para a satisfação das necessidades humanas e também sofrem os custos decorrentes de uma série de atos de produção ou de consumo, sua escassez leva à busca de meios mais racionais de aproveitamento; uma preocupação que se justifica pela possibilidade extrema de extinção da vida, inclusive humana, na Terra - problema que foi destacado pela Divisão de Assuntos de Ciência e Tecnologia da Escola Superior de Guerra (1989, p. 130).

Na busca de uma mudança, a preocupação ambiental passou a constituir fonte de questionamento dos modelos tradicionais de desenvolvimento (BERGEL, 1992). Uma

Daniel Rocha Corrêa é Advogado, Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG.

das propostas que surgiu nessa tentativa de compatibilizar as preocupações ambientais com o desenvolvimento econômico foi o *desenvolvimento sustentável*. Ela reflete um desejo de harmonização das iniciativas atuais com as expectativas em relação ao futuro e mostrou-se um referencial muito importante numa série de normas jurídicas quer internacionais, quer internas, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil que está em vigor.

O Brasil é reconhecido como um dos países com uma das legislações mais avançadas em relação à necessidade de proteção do meio ambiente, porém é preciso buscar novos meios para colocá-la em prática e intensificar os já existentes. Por isso, procuramos compreender como o Estado pode utilizar a certificação ambiental, ou seja, a implantação de *sistemas de gestão ambiental* pelas empresas, para atingir o desenvolvimento sustentável. Destacamos a adequação da certificação ambiental como um meio para implantação de uma política de proteção ambiental situada no contexto maior de uma política econômica. Nessa perspectiva, salientamos a necessidade do estímulo estatal à busca da certificação pelas empresas, especialmente as pequenas e médias, para atingir uma tripla finalidade: a redução do impacto ambiental, a defesa da concorrência no plano interno e para manter e aumentar o mercado internacional dos produtos e serviços brasileiros.

## 1. *Desenvolvimento e meio ambiente*

### 1.1. *Crescimento e desenvolvimento*

Nesse esforço de reflexão sobre meios para implementação de uma política de desenvolvimento que seja ambientalmente positiva, devemos primeiro compreender o que é o desenvolvimento, pois não há uma única definição para o fenômeno nem um único meio para chegarmos aos resultados previstos, para depois estabelecermos as relações entre desenvolvimento e meio ambien-

te, em especial o sentido que se dá ao *desenvolvimento sustentável*.

Um dos primeiros teóricos a se ocupar com o tema do desenvolvimento econômico foi Joseph A. Shumpeter. Para o autor, o desenvolvimento representa o *processo de mudança espontânea e descontínua* que se baseia no estágio precedente e cria as bases para ulteriores estágios de desenvolvimento (SHUMPETER, 1957, p. 75).

Uma observação que podemos fazer em relação a essa definição é quanto ao seu fundamento liberal, pois, quando o autor qualifica o desenvolvimento como um processo de mudança espontânea, afasta a ação de alguma força que não aquelas que levariam a um equilíbrio natural do mercado. O modelo liberal não é satisfatório nesse ponto, pois alguns agentes econômicos podem atuar de modo a influenciar conscientemente os resultados do mercado, assim como o próprio Estado, mesmo quando não seja agente econômico, pode intervir para estimular ou conter a economia. Nesse ponto, podemos ampliar a definição para dizer que o desenvolvimento é um processo de mudança passível de ser provocado também pela política econômica privada das empresas e pela política econômica do Estado.

Além dessa visão do desenvolvimento como um processo, podemos dizer que o desenvolvimento econômico é também um objetivo a ser perseguido (Cf. STREETEN, 1979, p. 30).

O próximo passo, nessa tarefa de compreendermos o que é o desenvolvimento, é dizermos que ele difere da idéia de crescimento. O próprio Shumpeter (1957) afirmou que o desenvolvimento difere do mero crescimento da economia, pois é um processo qualitativamente diferente deste. Segundo o autor, o desenvolvimento dá-se a partir do emprego diferente dos meios produtivos existentes, ou seja, do emprego de inovações, enquanto o crescimento é uma mera mudança de dados, como a riqueza.

Embora o crescimento seja um dos meios para propiciar aprimoramentos qualita-

tivos que fazem parte do desenvolvimento, Paul Streeten (1979, p. 31) destaca que um pode ocorrer sem que haja o outro, pois a satisfação de necessidades qualitativas não está diretamente atrelada à satisfação de metas quantitativas. Mesmo sendo fundamentalmente diferentes, não podemos desprezar as metas quantitativas do crescimento, pois, como Amartya Sen (2000, p. 57) destaca, o crescimento pode proporcionar uma infra-estrutura necessária para a satisfação de necessidades maiores. No mesmo sentido, Richard Posner (1998, p. 23) também salienta os benefícios indiretos que o aumento da riqueza pode proporcionar.

Entendemos que, como o desenvolvimento expressa-se por mudanças mais amplas e profundas do que quando lidamos com o crescimento, limitá-lo ao aumento da riqueza não é saudável quando pensamos a realidade brasileira, marcada por severas desigualdades, que são próprias do subdesenvolvimento. Posner (1984, p. 133) afirma que a *maximização da riqueza* é um importante objetivo na América e em outros Estados ricos, mas não cremos que seja o mais importante em um país como o nosso.

Sobretudo após a II Guerra Mundial, conforme Magalhães (1978), o desenvolvimento passou a figurar como um objetivo constitucionalmente estabelecido pelos Estados.

No entanto, muitas das políticas conduzidas a partir da difusão da crença na legitimidade do objetivo eram embasadas na concepção de que, para desenvolver, era necessário crescer. De acordo com essa lógica, Meier e Baldwin (1968, p. 12) definiram o desenvolvimento econômico como “[...] um processo pelo qual a renda nacional de uma economia aumenta durante um longo período de tempo”.

Apesar desse esforço, ainda no século XX, intensificou-se o debate a respeito do fenômeno do desenvolvimento, pois, no plano econômico, verificou-se o aumento da diferença entre os países ricos (em geral do norte) e os países pobres (em geral do sul), o

superendividamento destes, o aumento da devastação ambiental e da poluição. Tais efeitos fomentaram o surgimento de novas concepções sobre o desenvolvimento.

Enquanto as concepções tradicionais do desenvolvimento são incapazes de considerar os custos decorrentes do desenvolvimento, por exemplo, em relação ao meio ambiente, e não alcançam toda a amplitude dos resultados que se espera seja característico do desenvolvimento, um resultado de uma mudança qualitativa, por enfatizarem apenas aspectos quantitativos do processo, as novas concepções, que nomearemos transformadoras, levam em conta essa dupla problemática.

### 1.2. Propostas transformadoras

Entre as propostas transformadoras, destacaremos os trabalhos de Celso Furtado, François Perroux, Amartya Sen, o *desenvolvimento humano* e também a perspectiva do *desenvolvimento sustentável*.

O brasileiro Celso Furtado (1974), referência mundial no pensamento econômico relativo ao desenvolvimento, chamou a atenção para a impossibilidade de reprodução nos países pobres dos mesmos padrões de vida dos países ricos.

Mesmo assim, entendemos que os padrões de vida atuais dos países pobres podem ser aprimorados. A referência para apuração do grau de desenvolvimento deve ser a realidade interna, embora os padrões externos, em especial de um país com níveis mais avançados de qualidade de vida, possam ser tomados como exemplo de até onde se pode chegar.

François Perroux (1987, p. 98), ao discorrer sobre o Novo Desenvolvimento, é claro ao advertir que a teoria geral da economia surgiu a partir da experiência dos países desenvolvidos e que ela atende apenas aos interesses peculiares daquelas realidades. Segundo ele, a aplicação desta teoria aos países em desenvolvimento depende de uma crítica prévia com vistas a sua adequação às diferenças.

Amartya Sen (2000) afirma que o desenvolvimento tem na expansão das liberdades seu objetivo e meio. Sua tese é tão importante que lhe rendeu o prêmio Nobel de economia. Para o autor, a amplitude do conceito de desenvolvimento vai muito além da expansão da renda e da riqueza, que são critérios limitados para a aferição do seu nível.

Outra proposta que destacamos é a do *desenvolvimento humano*, cujo primeiro mérito está na própria terminologia que coloca ênfase na própria pessoa humana, mesmo que não seja capaz de retratar uma medida completa da realidade analisada. Como destaca Amartya Sen (2000, p. 58), o *desenvolvimento humano* é um processo de expansão da educação, serviços de saúde e outras condições da vida humana.

Nessa perspectiva transformadora, a última concepção a que nos referimos é a do *desenvolvimento sustentável*. Como não podemos universalizar o modelo de desenvolvimento sem atentar para o impacto negativo causado ao meio ambiente, o conceito de desenvolvimento sustentável foi criado a partir da idéia de *sustentabilidade*, conceito da biologia e da ecologia que, segundo Leonardo Boff (1995, p. 106), revela “[...] a tendência dos ecossistemas ao equilíbrio dinâmico, sustentados na teia de interdependências e complementariedades que vigora nos ecossistemas”.

A partir da sistematização feita por Salvador Darío Bergel (1992), podemos ressaltar quatro dimensões do *desenvolvimento sustentável*: uma dimensão econômica, que procura demonstrar a insuficiência dos critérios tradicionais de mensuração do grau de aperfeiçoamento que desprezam as consequências negativas dos modelos adotados; a segunda dimensão, a social, procura demonstrar a essencialidade da posição do ser humano no processo, que não pode ser esquecido como destinatário das políticas econômicas voltadas ao desenvolvimento; a dimensão cultural, que implica no respeito às diversidades culturais; e, por fim, a di-

mensão ambiental, que procura fazer com que sejam evitados danos aos ecossistemas e impedir o esgotamento de recursos essenciais.

Para nós, uma importante vantagem a destacar em relação à noção de desenvolvimento sustentável é que ela impõe que se atente para os efeitos negativos da busca pelo desenvolvimento, entre os quais destacamos o impacto ambiental. Quando discutimos meios para implementarmos o *desenvolvimento sustentável*, discutimos formas de melhorar a qualidade de vida humana que estejam em harmonia com a necessidade de preservação do meio ambiente.

Um primeiro problema em relação a esse assunto é estabelecer qual será o ponto de equilíbrio entre o impulso para a melhoria da qualidade de vida e a necessidade de evitar efeitos negativos. Entendemos que é difícil conceber um desenvolvimento não-danoso, por isso, reconhecemos a importância do trabalho teórico de Ronald Coase (1994), que, ao definir *eficiência*, busca a internalização das externalidades, inclusive dos custos ambientais, e afirma a necessidade de se evitar o dano mais grave. Consideramos que essa busca por um mínimo de custos é um caminho razoável para a implementação do *desenvolvimento sustentável*.

No entanto, para Patrícia Bianchi (2003), a internalização dos custos ambientais não é um critério adequado, porque se centra apenas nos resultados e não na captação dos recursos em si.

Compreendemos que os custos a serem internalizados, quando buscamos o *desenvolvimento sustentável* e nos valemos, por exemplo, do trabalho de Coase (1994) a respeito da *eficiência* para implementá-lo, são de natureza mais ampla do que aqueles ponderados pela autora. O *desenvolvimento sustentável* pode ser visto como um fenômeno de conteúdo mais amplo do que apenas a redução da poluição. Além disso, é lógico que o critério não pode ser limitado a um dos momentos da atividade econômica, atentando apenas para os seus efeitos, pois, quan-

do falamos de *eficiência*, não podemos esquecer que, conforme demonstra João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004), a *eficiência* traduz-se por *eficiência produtiva*, *eficiência alocativa*, *eficiência distributiva* e *eficiência dinâmica*.

Fundamentadas na noção de *desenvolvimento sustentável*, as políticas econômicas de promoção do desenvolvimento devem estar motivadas não só pela satisfação das necessidades das gerações presentes, mas também e em especial pelas necessidades das gerações futuras. Não é mais admissível que sejam sacrificadas as expectativas de existência do futuro pela racionalidade imediatista do modelo de desenvolvimento tradicional.

Amartya Sen (2004) apresenta as bases para o segundo problema decorrente dessa visão prospectiva da noção de *desenvolvimento sustentável*, que reside na necessidade de se possibilitar às gerações futuras a liberdade de gozar de um patamar de equilíbrio ambiental de que gozavam gerações passadas. As idéias apresentadas pelo autor combinam com as de Salvador Darío Bergel (1992, p. 305), que diz:

[...] devemos entender por desenvolvimento um processo que leve a potencializar os recursos de um país ou de uma região e que, de modo paralelo, satisfaça os objetivos de incrementar a economia, aumentar a qualidade de vida da população e respeite o equilíbrio dos ecossistemas, contribuindo, na medida do possível, a reparar os danos já causados." (tradução nossa).

Como tornar compatíveis as necessidades das gerações presentes com as gerações futuras? Entendemos que a resposta só pode ser dada a partir do *humanismo* e da *democracia*. A escolha não pode ser subtraída ao homem dentro do processo democrático.

## 2. O desenvolvimento sustentável no direito internacional e no direito brasileiro

As preocupações ambientais desencadearam mudanças no sistema jurídico que,

conforme Paolo Maddalena (1992), se expressam por duas tendências: o reconhecimento de um direito humano do ambiente e a formação de um direito comum do ambiente.

Ao analisar os resultados dessa mudança, Marcelo Dias Varella (2004) verificou que os países do Norte, países ricos e que mais contribuíram negativamente com o equilíbrio ambiental, são os responsáveis por fomentar a introdução da questão ambiental nas discussões relacionadas ao desenvolvimento.

Segundo essa lógica, essa força do Norte para o Sul que leva à mudança do conteúdo das normas jurídicas tem um campo importante de repercussão na ordem jurídica internacional.

Uma primeira referência de manifestação dessa nova ordem jurídica internacional, que se reproduz nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, que reconheceu o direito ao meio ambiente saudável.

Logo em seguida, em 1974, a ONU – Organização das Nações Unidas – instituiu a Nova Ordem Econômica Internacional, pelas Resoluções 3201 (S-VI) e 3202 (S-VI), e reconheceu expressamente a tensão entre um direito ao desenvolvimento e um dever de preservar o meio ambiente.

Em 1982, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 67) reconheceu expressamente o *desenvolvimento sustentável* como uma necessidade. No Relatório intitulado *Nosso Futuro Comum* e também conhecido por *Informe Brundtland*, a Sociedade Internacional demonstra a necessidade de compatibilizar-se as preocupações econômicas com as ecológicas, que "[...] não se opõem necessariamente."

Outro importante momento foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92, realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, na qual foram produzidas duas Convenções, uma sobre diversidade biológica e outra so-

bre poluição, além de estabelecer-se a *Agenda 21*, um programa minucioso cujo objetivo é a melhoria do equilíbrio ambiental para o século XXI, na qual os incentivos à melhoria da qualidade ambiental, como a *certificação ambiental*, foram reconhecidos como instrumentos adequados ao desenvolvimento sustentável.

Uma última referência que faremos, apesar de haver outras, é o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima, feito em Quioto, em 11 de dezembro de 1997, que visa à implementação de reduções nos níveis mundiais de emissões poluentes.

Dentro desse contexto de expansão, é indispensável, para a efetividade das normas voltadas ao problema, que haja um adequado aparelhamento para colocá-las em prática, que não prescindirá da conjugação de esforços dos Governos, empresas e cidadãos. Além disso, a relevância das preocupações ambientais que compõem a noção de *desenvolvimento sustentável* não pode ser erigida a ponto de obstar a melhoria da qualidade de vida dos países pobres. Afinal, o desenvolvimento impõe a solidariedade. A própria Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 392) defendeu a necessidade de aceleração do crescimento econômico mundial e declarou a obrigação geral dos Estados de cooperarem, estabelecendo expressamente: “Os Estados devem cooperar mutuamente de boa-fé na implementação dos direitos e obrigações precedentes. [...]”.

No plano interno, as bases da política econômica brasileira estão inseridas num contexto de proteção da liberdade de mercado, de reconhecimento do direito ao desenvolvimento e da necessidade de preservação do meio ambiente. Contexto que é coerente com a necessidade de imprimir compatibilidade às racionalidades econômica e ambiental.

A Constituição do Brasil consagra o *desenvolvimento* como um dos objetivos da República e reconhece a necessidade de proteção do meio ambiente, como princípio da

Ordem Econômica. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro valoriza as atividades produtivas que causem menores efeitos negativos no meio ambiente e reconhece que a qualidade ambiental é um dos modos para garantir-se o equilíbrio ambiental.

O princípio da defesa do meio ambiente, segundo a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 43 de 2003 ao artigo 170, VI, da CR/88, impõe “[...] tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.” (BRASIL, 2005, p. 130).

Em seu artigo 225, a Constituição da República consagra o direito de todos ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado* e impõe ao Poder Público e à coletividade a meta do desenvolvimento sustentável, ao fixar-lhes o dever de defender e preservar o meio ambiente (BRASIL, 2005, p. 156).

No plano dos diplomas legais, merecem destaque tanto a Lei 9.795/1999, que trata da educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental, quanto a Lei 6.938/1981, que reconhece o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, entre os quais podemos incluir a *certificação ambiental*.

### 3. A *certificação ambiental* como um meio para o *desenvolvimento sustentável*

A *certificação ambiental* é um processo de verificação por uma terceira parte emissora do certificado de que determinada empresa atua de acordo com certos critérios uniformes em relação ao meio ambiente, estabelecidos numa norma técnica. Quando há conformidade entre o *sistema de gestão ambiental* praticado pela empresa e os critérios estabelecidos na norma técnica, a entidade certificadora confere a *certificação* à empresa. Uma vez obtida a *certificação*, sua manutenção depende de resultados a serem verificados por auditorias periódicas.

No estabelecimento desses critérios uniformes, em âmbito internacional, uma entidade que detém um papel central é a ISO – *International Organization for Standardization*, da qual o Brasil participa. Ela foi constituída em 1946, tem sede em Genebra, Suíça, e é uma organização não-governamental que congrega entes públicos e privados na área de padronização (BIANCHI, 2003, p. 104-105).

A *certificação ambiental* desenvolve-se pelos critérios das normas ISO série 14000. Como Clarissa D’Isep (2004, p. 151-152) ressalta, a certificação é um *instrumento de comunicação*, embasado numa *linguagem internacional* pela padronização, que dá acesso aos consumidores e empresas *à política e ao desempenho ambiental* da empresa certificada.

A autora destaca também as etapas do processo de certificação:

“O caminho a ser percorrido, revelando os seus requisitos, resume-se: 1) na elaboração da política ambiental; 2) no planejamento; 3) na implementação e operação; 4) na verificação e ação corretiva; 5) na análise crítica pela administração – que não cessa, devendo retornar ao (1) no sentido de uma espiral em constante movimento, sendo a obrigatoriedade quanto à melhoria contínua o seu propulsor/movimentador” (D’ISEP, 2004, p. 162).

A uniformidade decorrente da adoção de tais critérios é importante, pois reduz *custos de transação*, na acepção empregada por Coase (1994), e pode facilitar o comércio e contribuir para o *desenvolvimento sustentável*.

Porém a visão de Patrícia Bianchi (2003, p. 18) é outra. Para a autora, o comércio internacional se mostra incompatível com a sustentabilidade ecológica. Segundo sua perspectiva, *a sustentabilidade ecológica* “[...] requer um redirecionamento das economias nacionais para o âmbito local ou regional, com vistas à satisfação das necessidades locais, processo inverso ao da globalização da economia.”

Não acreditamos que essa ruptura seja possível nem viável no momento atual, afinal “[...] a economia está imersa num meio cultural em que cada um participa dos usos, dos costumes, dos reflexos sociais dos seus grupos” (PERROUX, 1987, p. 277). Nesse contexto, a mudança proposta dependerá de uma mudança do próprio homem e talvez da sua essência. Em relação a isso, é preciso lembrarmos que Platão (1996), ao construir as bases de sua *cidade*, já destacou as particularidades que levam a uma especialização das profissões e demonstrou a incapacidade de um povo ser auto-suficiente em relação à satisfação de suas necessidades, o que faz indispensável o comércio internacional.

A atenção à realidade local é importante e desejável na perspectiva da correta eleição de metas e meios, mas não na perspectiva de um fechamento da economia. Além disso, como Richard Whish (2001) salienta, a concorrência pode gerar *eficiência dinâmica*, pois impulsiona as empresas a inovarem. Então, a partir da visão de Shumpeter (1957), para quem o desenvolvimento pressupõe inovação, podemos afirmar que o comércio internacional, por ampliar a concorrência, é positivo em relação ao desenvolvimento, quando embasado na igualdade.

No Brasil, a atividade de normalização, e em especial de procedimentos relacionados à gestão ambiental, é uma tarefa compartilhada por organismos públicos e privados. Entre os quais destacamos o CONMETRO (Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial), o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial) e a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), entidade privada reconhecida como foro nacional único em normalização e representante brasileira na ISO.

A certificação ambiental no Brasil poderá se desenrolar dentro do SBAC (Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade)

por uma entidade certificadora reconhecida pelo INMETRO, ou então ser efetuada por outra entidade certificadora não integrante do sistema, mas que aplicará os mesmos critérios da norma técnica. Em relação às certificações pelos critérios ISO série 14000 obtidas dentro do SBAC, elaboramos a Tabela I abaixo, que mostra o pequeno número de certificações no Brasil.

*Tabela I*  
*Certificados ISO 14001 no Brasil*  
*válidos dentro do SBAC*

<i>Padrão Normativo</i>	<i>Número de Certificados</i>
ISO 14001:1996	609
ISO 14001:2004	8
TOTAL	617

Fonte: Inmetro ([www.inmetro.gov.br](http://www.inmetro.gov.br)).

Uma característica a destacar em relação às normas ISO série 14000 é que elas são de cumprimento voluntário. Mas sua adoção é importante até mesmo para levar ao cumprimento do direito, pois o atendimento, pela entidade certificada ou que pretende a certificação, da legislação do país é um requisito de política ambiental dentro do sistema de gestão ambiental, como a norma ISO 14001 (1996, p. 4) prevê em seu item 4.2, letra c. Sobre essa característica, Clarissa D'Isep (2004, p. 173) diz que a norma ISO é "[...] propulsora e otimizadora de 'aspectos legais' dentro de uma organização."

Como salientamos acima, as bases da política econômica brasileira se assentam sobre os pilares da economia de mercado, o que significa que, entre outras características, a titularidade do exercício da atividade econômica está com a iniciativa privada, pois é reconhecida a liberdade de iniciativa.

Enquanto a iniciativa privada, organizando-se em regime de empresa, exerce seu direito de atuar na esfera econômica, o Estado brasileiro, por força do que estabelecem os artigos 173 e 174 da CR/88, só atuará diretamente na esfera econômica em situações excepcionais, sendo-lhe reservado o papel principal de exercer uma intervenção indireta, pela fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica (BRASIL, 2005, p. 131).

Assim, podemos dizer que os papéis das empresas privadas e do Estado são complementares em relação à materialização do desenvolvimento. O Estado, que é um agente normativo e regulador da atividade econômica, no exercício desse seu papel principal, atuará para estimular o comportamento da iniciativa privada em certa direção e também para reprimir comportamentos indesejáveis.

A busca da certificação ambiental pela iniciativa privada pode ser um dos caminhos estimulados pelo Estado, pois a adoção de um *sistema de gestão ambiental* e sua progressiva implementação é uma medida positiva quando analisamos os impactos sobre o meio ambiente em razão do exercício da atividade econômica; um estímulo que se poderá verificar, por exemplo, por uma política do crédito, por uma política tributária, ou pela possibilidade de contratar com os poderes públicos, direcionado àquelas empresas que buscarem a certificação.

Um estímulo que precisamos de acentuar, pois, como vimos na Tabela I acima, não é grande o número de certificados válidos dentro do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade. Só não podemos esquecer de que o objetivo da certificação é "[...] promover a otimização do impacto ambiental da organização que o adota, não significando nunca que esse impacto não exista". (D'ISEP, 2004, p. 152). Então, essa não pode ser vista como a única frente de batalha da política ambiental, mas como um dos seus focos.

#### 4. Certificação ambiental e barreiras à entrada

Tabela II – Certificados ISO 14001 emitidos até 31/12/2003 no mundo

Continente	Certificados ISO 14001 emitidos até 31/12/2003	Países mais representativos dentro do continente	Número de Certificados do País até 31/12/2003	% do País em relação ao total do Continente	% do País em relação ao total no mundo
América do Norte	2.700	EUA	1.645	60,93	4,47
América Central	36	-----			0,10
América do Sul	645	Brasil	350	54,26	0,95
Europa	18.243	Alemanha	3.380	18,53	9,19
		Reino Unido	2.722	14,92	7,40
		Espanha	2.064	11,31	5,61
		Suécia	2.070	11,35	5,63
		França	1.092	5,99	2,97
África	309	-----			0,84
Ásia	13.410	Japão	8.123	60,57	22,09
Oceania	1.422	Austrália	1.370	96,34	3,73
Total	36.765	Países mais representativos	22.816	Participação mundial	62,06

Fonte: Dados extraídos do site da ISO e reproduzidos pelo Inmetro ([www.inmetro.gov.br](http://www.inmetro.gov.br)).

Pela Tabela II acima, podemos observar que a certificação ambiental é uma prática que se concentra mais no contexto dos países mais ricos, em geral do norte. O Brasil, por exemplo, embora detenha o maior número de certificações da América do Sul, segundo dados de 2003, ainda não participa do volume total mundial de certificações numa proporção equivalente à de outros países desenvolvidos, mesmo sendo um dos países com uma das maiores diversidades biológicas do planeta. Isso nos leva a cogitar inclusive que pode haver a falta de reconhecimento na legitimidade da proteção ao meio ambiente no contexto social brasileiro.

Existe uma tendência atual de ressaltar a liberdade comercial como um importante valor a fundamentar as relações econômi-

cas internacionais; o que, como dissemos anteriormente, pode contribuir para o desenvolvimento, pois faz com que as empresas e os Estados queiram melhorar seus desempenhos para manterem e ampliarem seus mercados.

O *livre comércio* faz com que o direito internacional busque, de um lado, o tratamento homogêneo de questões relativas ao comércio pelos diversos sistemas jurídicos internos dos Estados e, de outro lado, a redução e eliminação de obstáculos criados pelos Estados ao comércio internacional.

Nessa perspectiva, a Organização Mundial do Comércio reconhece que, se forem respeitados os objetivos fixados no item 2.2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio e se for mantido o paralelismo com

as normas internacionais, presume-se que o regulamento técnico adotado ou aplicado por um de seus membros, até contestação, não constitui uma barreira não tarifária ao comércio internacional. Eis o item 2.2 do acordo:

“2.2 – Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, *inter alia*: imperativos de segurança nacional; a prevenção de práticas enganosas; a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal, ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, *inter alia*: a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos.”

Mesmo assim, pela desproporção entre a quantidade de certificados entre países ricos e pobres, parece adequada a percepção de Patrícia Bianchi (2003, p. 269) de que a certificação é um instrumento de conservação da hegemonia comercial dos países desenvolvidos. A autora chega a afirmar que “[...] a forte representação dos países ‘desenvolvidos’ influencia no resultado dos trabalhos da ISO, colocando em dúvida o caráter democrático do sistema de padronização.” Nesse sentido, Armino Teodósio e Andréia de Souza (2001) concebem a certificação pelos critérios ISO 14001 como *barreiras de processo*.

Então, a *certificação ambiental*, seja no mercado interno, seja no mercado internacional, poderá servir também como uma *barreira à entrada*, ou seja, um obstáculo à liberdade de movimentação que os sujeitos deveriam ter na esfera econômica.

Conforme Posner (1976, p. 59), num sentido literal, a expressão *barreira à entrada* significa algum obstáculo que precisa de ser superado por um *novo entrante*, para adquirir uma fatia de determinado mercado, como o custo de levantar o capital necessário para estabelecer-se de maneira eficiente, em relação à concorrência.

Uma *barreira à entrada* pode decorrer do conteúdo de determinadas normas, de instituições ou de práticas que fazem difícil ou impossível a entrada de algum novo competidor no mercado, conforme Whish (2001). O autor apresenta uma classificação das barreiras em três espécies: *barreiras absolutas*, como as determinações legais que geram exclusividade, não acessíveis a potenciais *entrantes*, por exemplo, as patentes; *vantagens estratégicas*, que colocam determinados sujeitos um passo à frente de *novos entrantes* ou de outros concorrentes e impõem a estes um custo que não receberão de volta, caso resolvam sair do mercado; e as *práticas excludentes*, como a recusa de contratar.

A partir de sua análise do direito da concorrência europeu, a questão da existência de *barreiras à entrada* é vista por Whish (2001) como um fator importante a se observar na delimitação do *poder de mercado* potencial ou efetivo de algum sujeito.

Em geral, dependendo do contexto concreto, uma política de certificação ambiental poderá erigir uma *barreira à entrada* sob a forma de *vantagem estratégica*, sobretudo para as pequenas e médias empresas. De outro lado, quando uma empresa com *poder de mercado* estabelece, como elemento de sua política comercial, a certificação ambiental como requisito para relacionar-se com outras empresas, ela poderá estabelecer uma *barreira à entrada* qualificada acima como *prática excludente*, que pode, sim, ser anticoncorrencial. Um meio para a superação desses obstáculos é a adoção de uma política de estímulo à certificação ambiental das pequenas e médias empresas; outro, o esforço estatal voltado à repressão ao abuso de poder econômico.

Por outro lado, no plano internacional, nada impede que, sob argumentos legítimos, um mercado de um Estado fique inacessível para os produtos e serviços de empresas não certificadas. Em conseqüência, esse mercado poderá ficar inacessível aos produtos e serviços dos países menos desenvolvidos, que têm menor volume de empresas certificadas, convertendo-se, sim, numa barreira comercial não tarifária. É muito tênue a linha divisória entre os objetivos legítimos do item 2.2 do acordo sobre barreiras técnicas ao comércio e o protecionismo.

Necessário investimento pelos países em desenvolvimento para caminhar rumo à diminuição da distância entre os hemisférios em matéria de implementação da certificação ambiental, também é necessária uma atuação conjunta para impedir o protecionismo.

### 5. Conclusões

O *desenvolvimento* significa uma mudança que acarreta melhorias qualitativas na vida dos seres humanos. Entre as diversas formas de entender o que é o desenvolvimento, a noção de *desenvolvimento sustentável* é importante por nos remeter aos efeitos negativos decorrentes da busca pelo desenvolvimento, entre os quais destacamos o impacto ambiental. Assim, falar em *desenvolvimento sustentável* significa discutir formas de melhorar a qualidade de vida humana que estejam em harmonia com a necessidade de preservação do meio ambiente e com a necessidade de continuidade da vida no planeta.

Na implementação do *desenvolvimento sustentável*, consideramos importante que as escolhas em relação aos meios e metas sejam fruto do processo democrático, já que as gerações futuras não podem escolher por si, e estejam embasadas num referencial humanista.

Há uma crescente preocupação internacional com o problema da preservação do meio ambiente e também no âmbito interno

que necessita de um adequado aparelhamento para dar-lhe efetividade e que depende de uma atuação conjunta de governos, empresas e cidadãos.

A ordem jurídico-econômica brasileira busca compatibilizar economia e meio ambiente e estrutura-se a partir do reconhecimento de uma tendência liberal, centrada num contexto de liberdade de mercado, acompanhada do reconhecimento do direito ao desenvolvimento e da necessidade de preservação do meio ambiente.

Enfatizamos a importância do estímulo estatal no Brasil à *certificação ambiental* como um dos meios que permitirá caminhar em direção ao *desenvolvimento sustentável*.

Observamos uma quantidade pequena de certificados ISO 14000 emitidos no Brasil, o que pode ser resultado da ausência de reconhecimento da legitimidade da proteção ambiental no país.

Além disso, observamos que *uma política econômica, pública ou privada, de estímulo à certificação ambiental* poderá servir como uma *barreira à entrada*, ou seja no mercado interno ou internacional, ou seja, poderá impor um obstáculo à liberdade de movimentação que os sujeitos deveriam ter na esfera econômica. Dessa forma, afirmamos que um meio para a superação desses obstáculos é o estímulo à implementação da certificação ambiental no âmbito das pequenas e médias empresas, estímulo que deve ser acompanhado do esforço estatal voltado à defesa da concorrência.

Via de regra, no âmbito internacional, a adoção de um padrão técnico como o das normas ISO série 14000 não constitui uma ofensa à liberdade de comércio. No entanto, é muito tênue a linha divisória que separa o uso legítimo do padrão do protecionismo econômico. Então, é preciso investimento nos países em desenvolvimento para caminhar rumo à diminuição da distância entre os hemisférios em matéria de implementação da certificação ambiental, também é necessária uma atuação política conjunta para impedir o protecionismo.

## Referências

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14001: Sistemas de gestão ambiental – especificações e diretrizes para uso*. Rio de Janeiro, out. 1996.
- BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *Meio Ambiente: certificações ambientais e comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2003. 2. tiragem.
- BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- BRASIL, Escola Superior de Guerra, Divisão de Assuntos de Ciência e Tecnologia. O Brasil face novo paradigma tecnológico. *Revista da Escola Superior de Guerra*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 13, p. 119-140, nov. 1989.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Lei n. 5.966, de 11 dez. 1973. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5966.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5966.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2005.
- BRASIL. Lei n. 6.938, de maio 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2005.
- BRASIL. Lei n. 9.795, de maio 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9795.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2005.
- BRASIL. Lei n. 9.933, de 20 dez. 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a taxa de serviços metrológicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2005.
- CANO, Guillermo J. La producción y la transferencia de tecnología: la protección de la propiedad intelectual y el desarrollo sostenible en el contexto de la conferencia CNUMAD 92. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, v. 14, n. 41, p. 373-388, mayo/ago. 1992.
- CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- COASE, Ronald H. *La empresa, el mercado y la ley*. Madri: Alianza, 1994.
- COLMAN, David; NIXSON, Frederick. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva moderna*. Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Ed. da USP, 1981. (Tradução de: Economics of change in less developed countries).
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
- CONSELHO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL. Resolução n. 07, de 31 dez. 1975. *Inmetro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.inmetro.gov.br/resc/resultado\\_pesquisa.asp](http://www.inmetro.gov.br/resc/resultado_pesquisa.asp)>. Acesso em: 20 abr. 2005.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 14, de 30 dez. 1983. *Inmetro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/resc>>. Acesso em: 20 abr. 2005.
- CORRÊA, Leonilda Beatriz Campos Gonçalves. *Comércio e meio ambiente: atuação diplomática brasileira em relação ao selo verde*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos estratégicos, 1998.
- DARÍO BERGEL, Salvador. Desarrollo sustentable y medio ambiente: la perspectiva latinoamericana. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, v. 14, n. 41, p. 303-343, mayo/ago. 1992.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Lei de proteção da concorrência: (comentários à lei antitruste)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- HERRERA, Heitor Moreira. Os modernos cavaleiros do apocalipse. *Revista da Escola Superior de Guerra*, Rio de Janeiro, n. 6, v. 15, p. 151-157, ago. 1990.
- KORS, Jorge A. Nuevas Tecnologías y derecho ambiental. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n. 14, v. 41, p. 389-419, mayo/ago. 1992.
- MADDALENA, Paolo. Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, v. 14, n. 41, p. 345-372, mayo/ago. 1992.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. A intervenção como instrumento do bem-estar e do de-

envolvimento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 9, n. 47-48, p. 289-296, jul./dez. 1978.

MEIER, Gerald M.; BALDWIN, Robert E. *Desenvolvimento econômico: teoria, história, política*. Tradução de Augusto Reis e Luiz F. Pereira Vieira. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio. *Inmetro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/asbtc.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2005.

PERROUX, François. *Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento*. Tradução de L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

PLATÃO. *A república*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

POSNER, Richard A. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

\_\_\_\_\_. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

\_\_\_\_\_. Wealth maximization and judicial decision-making. *International Review of Law and Economics*, [S.l.], n. 4, p. 131-135, 1984.

RAMOS, Saulo. La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, v. 14, n. 41, p. 471-488, mayo/ago. 1992.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. Por que é necessário preservar a corujapintada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1403200401.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

SHUMPETER, Joseph A. *Teoria del desenvolvimiento económico: una investigación sobre - ganancias, capital crédito, interés y ciclo económico*. Tradução de Jesús Prados Arrarte. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

SILVA, Ricardo; BRAVO, Maria Alice M. P. Comércio exterior e meio ambiente. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 113-128, jun. 1994.

STREETEN, Paul. *The frontier of development studies*. 1. ed. reimpr. Londres: Macmillan, 1979.

TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Souza; SOUZA, Andréia Alcione de. Gestão ambiental: um novo modismo nas ciências gerenciais. *Economia & Gestão - Revista do Instituto de Ciências Econômicas e Gerenciais - PUC-Minas*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 70-78, jan./jun. 2001.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WALD, Arnaldo. O direito econômico e o direito do desenvolvimento no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 693, p. 19-27, jul. 1993.

WHISH, Richard. *Competition law*. 4. ed. Londres: Butherworths, 2001.



# A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada?

Marcela Harumi Takahashi Pereira

## Sumário

1. Noções iniciais. 2. Direito brasileiro. 3. Jurisprudência estrangeira. 4. Jurisprudência brasileira. 5. Doutrina. 6. Desfundamentação da sentença estrangeira e ordem pública internacional. 7. Conclusão.

De acordo com os arts. 458 do Código de Processo Civil e 26 da Lei de Arbitragem, a redação das sentenças deve obedecer a certa estrutura, consistente no resumo do processo (relatório), na resolução justificada de todas as questões de fato e de direito (fundamentação) e na declaração explícita do julgamento do pedido (dispositivo).

O relatório “deve descrever o pedido com as suas razões e especificações, as defesas apresentadas, as soluções de eventuais incidentes do processo e os pontos controvertidos” (FUX, 2004, p. 790). A fundamentação, por seu turno, deve demonstrar a idoneidade do dispositivo tanto à luz do direito vigente quanto dos fatos provados no processo. O juiz justifica-se nessa parte da sentença, cuja ressonância é intraprocessual. Os motivos “[n]ão fazem coisa julgada” (art. 469, I, do CPC), portanto o que neles se houver acertado poderá ser rediscutido em outros processos. O dispositivo, por sua vez, é a conclusão, ao qual “se prendem os efeitos que a decisão vai projetar no mundo exterior. É à sua luz que se determinam os limites de incidência da coisa julgada” (MOREIRA, 2004, p. 187).

Marcela Harumi Takahashi Pereira é Doutoranda e Mestre em Direito Internacional/ UERJ. Intercambista na Universidade de Estudos Estrangeiros de Tóquio (2003).

Como se pôde notar, a fundamentação é um dos elementos da sentença (judicial ou arbitral) no Brasil. Na verdade, ela não só está prevista na lei ordinária, como, desde 1988, na própria Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX).

Também a Itália, a Espanha, Portugal e, segundo Taruffo, a Grécia e alguns países da América Latina constitucionalizaram o dever de motivar<sup>1</sup>. Aliás, ainda que sem previsão constitucional, “[a]s decisões judiciais nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas” (DAVID, 2002, p. 157)<sup>2</sup> ou, na verdade, *quase* todas.

Em Quebec, a única porção do Canadá filiada ao sistema romano-germânico, a fundamentação judicial somente é requerida quando há controvérsia (BROCK; BOUCHARD; CAMERON, 2003, p. 137-154).

Na Espanha, a obrigação de motivar laudos arbitrais cinge-se “aos casos em que ‘los árbitros decidan la cuestión con sujeción a Derecho’ (Lei nº 36/1988, de 5-12-1988, art. 32, nº 2)” (MOREIRA, 2004, p. 187). *A contrario sensu*, eles não precisam fundamentar a decisão por equidade.

Na Alemanha, relata Tucci (1987, p. 82-83), não se exige a fundamentação da sentença “quando as partes, após o encerramento da instrução, mas antes da sentença, desistirem da interposição de recurso, exceto se a matéria controvertida versar sobre questões de casamento, de interdição, ou for de interesse de menores”. Havendo desistência, as custas judiciais são reduzidas (SEC 5.157-6 – Alemanha, rel. Néri da Silveira, j. em 19.6.96). Outrossim, a fundamentação é desnecessária “nos casos em que ocorrer revelia, desistência da ação ou reconhecimento jurídico do pedido” (TUCCI, 1987, p. 82-83).

Além da Alemanha, a Bélgica muitas vezes não fundamenta as decisões de pri-

meira instância (GAUDEMET-TALLON, 1993, p. 247)<sup>3</sup>.

Nada obstante, os regimes mais surpreendentes podem ser encontrados nos ordenamentos do *common law*<sup>4</sup>. Nos Estados Unidos, inexistente norma que determine a fundamentação das decisões judiciais. Taruffo (1975, p. 368-369, tradução nossa) descreve a realidade estadunidense do seguinte modo:

“Enquanto a motivação é frequente nas cortes superiores, não parece que se possa falar de uma praxe análoga nos órgãos de primeiro grau. Em primeiro lugar, a motivação está completamente ausente em todas as hipóteses de *trial by jury*; nos casos de *non-jury trial*, a praxe dos procedimentos *in equity* prevê que o juiz exponha os *findings of fact* e as *conclusions of law* nos quais se embasa a decisão, mas o mesmo não ocorre nos *trials at common law*, nos quais o juiz pode também pronunciar apenas um veredicto imotivado, semelhante àquele do júri. Do mesmo modo, nas *Courts of Appeal* a pronúncia limita-se freqüentemente a declarar o apelo *affirmed* ou *reversed*.”

Sobre a realidade inglesa, informa-nos David (2002, p. 429-430):

“A decisão inglesa, rigorosamente falando, está reduzida a um simples dispositivo que dá a conhecer a solução dada, pelo juiz, ao litígio: X deve pagar a Y uma determinada soma, o contrato realizado entre X e Y foi anulado, a sucessão de X à pessoa de Y. Os juízes ingleses não têm de motivar as suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não têm de se justificar.”

Na Irlanda, a maioria das decisões de tribunais inferiores não é escrita (GILVARRY, 2003, p. 317) e, portanto, não tem fundamentação.

Na Malásia, não se espera que o juiz explique os motivos da decisão alcançada no

final do processo e, na prática, a fundamentação somente é preparada quando interposto o recurso (ABRAHAM; SINGH, 2003, p. 427).

Na Inglaterra e em Nova Iorque, a lei dispensa os laudos arbitrais de fundamentação (MOTULSKY, 1967, p. 107).

Afora as normas estatais, muitos regulamentos de cortes arbitrais especializadas em comércio internacional dispensam a fundamentação, mediante requerimento das partes. Conforme as Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL - 1976): "O tribunal arbitral dará as razões em que a decisão se baseia, a não ser que as partes tenham concordado que nenhum fundamento deva ser explicitado" (Cf. DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 935, tradução nossa). Dispositivos com igual redação constam do art. 27 das Regras de Arbitragem Internacional da American Arbitration Association (Cf. DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 1001), do art. 29 das Regras de Processo da Inter-American Commercial Arbitration Commission (Cf. DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 1013) e, com redação semelhante, do item 26.1 das Regras de Arbitragem da London Court of International Arbitration (Cf. DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 990).

Os exemplos autorizam a seguinte conclusão: há grande heterogeneidade no regime da fundamentação das sentenças.

Ademais, até quando ela é imposta por lei, esta pode ser - e às vezes é - desrespeitada.

Tanto pela diversidade na disciplina da motivação judicial quanto por haver juízes que não cumprem as normas processuais, o Brasil pode ser instado a reconhecer uma sentença estrangeira desmotivada. Refletir sobre essa possibilidade é o objetivo deste trabalho. "O ponto", assevera Gaudemet-Tallon (1993, p. 247, tradução nossa), "é muito importante, porque nós sabemos que, freqüentemente, as decisões de primeira instância, em particular as decisões belgas e alemãs, não são fundamentadas".

## 1. Noções iniciais

Para dizer se a sentença estrangeira pode ser reconhecida no Brasil, é conveniente antes fixar algumas noções iniciais: 1) o que é uma "sentença estrangeira"?; 2) o que é o "reconhecimento"?; 3) quando ele é possível?; 4) o que é a "fundamentação"?

No direito internacional privado, *sentença estrangeira* é toda decisão cuja validade deriva de uma soberania estrangeira e cujo conteúdo, no Brasil, seria próprio de uma decisão judicial. Como evidente na definição, o relevante é a substância do ato, qualificando-se como sentença estrangeira, *inter alia*, o divórcio decretado pelo rei da Dinamarca ou os alimentos fixados por uma autoridade administrativa alienígena<sup>5</sup>.

O *reconhecimento* é a permissão para que a sentença estrangeira produza seus efeitos típicos localmente, ou seja, para que transborde tais efeitos do foro de origem ao foro receptor. O reconhecimento não acresce efeito algum à sentença estrangeira; somente permite a extensão territorial dos efeitos originais<sup>6</sup>. Em conseqüência, se dado país estrangeiro impusesse a fundamentação sob pena de ineficácia da sentença ou, *a fortiori*, de inexistência, seria ilógico pretender reconhecer as sentenças desmotivadas dele oriundas. Sem embargo, até onde sabemos nenhum país comina a inexistência ou a ineficácia à falta de motivos da sentença (Cf. TUCCI, 1989, p. 227-228).

No Brasil, o reconhecimento somente é possível mediante a *homologação* da sentença estrangeira, por força do art. 483 do Código de Processo Civil: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada [...]". Como ensina Chiovenda (1945, p. 73-74), a homologação é "a verificação solene, por parte da própria autoridade judiciária, da efetiva observância de certos requisitos mínimos da legalidade no desenvolvimento do processo que se realizou no estrangeiro e do caráter definitivo da sentença que foi proferida". De acordo com os arts. 15 e 17 da Lei

de Introdução, os requisitos mínimos da homologação são: competência internacional, citação, trânsito em julgado, exequibilidade, tradução e ordem pública.

A *fundamentação*, que não está expressamente incluída no rol, são as razões escritas no corpo da sentença, como indicamos ao iniciar o artigo. É, portanto, um documento, não se confundindo com o direito dos litigantes de conhecerem as razões judiciais nem com a garantia da legalidade, pela qual toda decisão do poder público deve basear-se na lei. Vale lembrar que a fundamentação é um requisito de sentenças judiciais e arbitrais no Brasil (arts. 458 do Código de Processo Civil, 26 da Lei de Arbitragem, 93, IX, da Constituição).

Enfim, a sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? Neste artigo, investigaremos a legislação brasileira, a jurisprudência (nacional e estrangeira), a doutrina (nacional e estrangeira) e diremos qual seria, em nossa opinião, a melhor resposta.

Todavia, enunciar que investigaremos se “a sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada” não oferece senão uma noção aproximada daquilo que será feito. Há limites, escolhidos ou não, à nossa pesquisa. Desse modo, optamos por nos restringir ao ordenamento jurídico brasileiro atual. Não nos interessará dizer se a sentença estrangeira sem fundamentação deveria ser reconhecida em outros países ou no Brasil de antanho. Sempre que nos dedicarmos ao direito comparado, será com o intuito de obter parâmetros para o exame crítico da realidade brasileira.

Igualmente, escolhemos limitar-nos à matéria cível. Dizer se a sentença penal estrangeira sem fundamentação pode ou não produzir eficácia no Brasil é questão com complexidades próprias, que não serão discutidas nesta oportunidade. No processo civil, autor e réu têm em jogo interesses semelhantes. Se se demanda o pagamento de uma dívida de mil reais, a “aposta” é de mil reais para ambos. Em consequência, as

garantias processuais de um e de outro têm o mesmo peso e a exigência de uma ótima oportunidade de defesa para aquele que não tiver razão deve ser contrabalançada com o direito de obter a tutela em tempo hábil de seu adversário. Nessas circunstâncias, seria injusto mimar a parte sucumbente com garantias processuais extravagantes, que, conquanto eliminassem qualquer possibilidade de erro, acarretassem uma tutela tardia ao titular do direito.

No processo penal, a equação é diferente. O interesse do réu, direito fundamental de liberdade, não está no mesmo plano do direito estatal de punir. A primazia do primeiro fica patente no adágio *in dubio pro reo*. Diante da situação peculiar do acusado, suas garantias devem ser maiores que as do réu no processo civil. Nada justifica que se obtenha celeridade à custa da certeza de não condenar um inocente. Como decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “as exigências inerentes ao conceito de ‘audiência justa’ não são necessariamente as mesmas em casos concernentes à determinação de direitos e obrigações civis e em casos concernentes ao julgamento de uma acusação criminal” (FRANÇA, [2005?], tradução nossa).

Quem, ao contrário de nós, examinasse a homologabilidade de sentenças penais desmotivadas deveria refletir se esses contrastes interferem na eficácia extraterritorial seja da reparação civil decorrente de condenação penal, seja da medida de segurança (art. 9º do CP)<sup>7</sup>.

A par dos limites eleitos, existem alguns inerentes ao debate. O principal deles é que não faz sentido reclamar das sentenças estrangeiras maior fundamentação do que a reclamada das locais. Diferentemente do que se dá em relação às sentenças que restringem direitos fundamentais, notadamente as penais, as sentenças civis vêm sendo tidas como suficientemente motivadas no Brasil, qualquer que seja a motivação existente. No que tange às sentenças não restritivas de direitos fundamentais, o norte da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido “a motivação defeituosa basta”<sup>8</sup>. Havendo na esfera interna grande liberalidade com a motivação civil, na internacional a tolerância não pode ser menor: as restrições impostas pela ordem pública são mais brandas no plano internacional que no interno.

Logo, é preciso reduzir nosso problema às devidas proporções: existem julgados cíveis anulados pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência da fundamentação insuficiente – os que decretam a prisão civil sem a fundamentação devida (cuja homologação, até onde sabemos, nunca foi pretendida no Brasil), ou mesmo alguns que versam sobre outras matérias “em casos extremos”, segundo apurou Grinover (1990-1991, p. 20). Fossem eles estrangeiros, deveriam ser homologados?

## 2. Direito brasileiro

O objetivo deste item é apresentar os textos legais pertinentes ao reconhecimento de sentenças estrangeiras no Brasil, os quais incitam argumentos pró e contra a homologação de sentenças estrangeiras desmotivadas, geralmente sem fornecer a resposta do nosso problema – a ela chegaremos mais tarde<sup>9</sup>.

Entre os tratados celebrados pelo País, somente o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto requer textualmente “ordem fundamentada que determine a medida cautelar” (grifamos, art. 21, d)<sup>10</sup>. O motivo disso é que o protocolo, diferentemente do de Las Leñas, não acolhe o sistema da delibação, estatuinto, no art. 8º, que a absoluta *improcedência* da medida cautelar justifica a recusa em cumpri-la. Diante da revisão de fundo, *i.e.*, revisão do direito aplicado e dos fatos apurados no exterior, a fundamentação adquire valor operacional, pois comumente é ela, não o dispositivo, que denuncia a improcedência manifesta da decisão.

No mais, os tratados celebrados pelo País contêm requisitos semelhantes aos da

nossa lei interna<sup>11</sup>, que, como vimos, estão previstos nos arts. 15 e 17 da Lei de Introdução do Código Civil, sem menção expressa à fundamentação do julgado estrangeiro. Na grande maioria dos casos, então, caberá ao intérprete dizer se ela seria necessária ou não.

Nessa tarefa, será útil destacar dois dos requisitos mencionados na lei: a compatibilidade com a ordem pública brasileira e a satisfação das formalidades necessárias, à luz da *lex fori*, para que a sentença estrangeira seja executável. Cada um deles pode ser invocado para embasar respostas diferentes à pergunta: pode ser homologada a sentença estrangeira sem fundamentação? À vista da prevalência da *lex fori*, a sentença sem fundamentação deveria valer tanto quanto o dissesse a lei do lugar onde houvesse sido prolatada e seria descabido invocar o art. 458, II, do Código de Processo Civil ou o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil para repudiá-la.

Mas a regra da *lex fori* tem uma exceção: a ordem pública do Brasil. Em particular, poder-se-ia lembrar que a fundamentação das decisões judiciais é uma imposição constitucional (art. 93, IX, CR). Ela preserva a dimensão democrática do exercício do poder judiciário e é garantia das garantias processuais. Será, assim, que o papel constitucional da motivação impede a homologação da sentença alienígena sem fundamentação, sob pena de afronta à nossa ordem pública? Na verdade, esse é o cerne do problema.

Ainda que se conclua pela negativa, será preciso considerar se a falta de motivos compromete a inteligência da sentença. Sem fiscalizar as razões judiciais, é possível verificar se a sentença estrangeira respeita os requisitos legais e, em especial, a ordem pública? Ou será que o juízo delibatório tornar-se-ia inviável na hipótese? Vejamos como essas questões vêm sendo respondidas na jurisprudência estrangeira.

### 3. Jurisprudência estrangeira

A possibilidade de reconhecer sentenças estrangeiras desmotivadas vem sendo discutida em vários países do mundo. Na França, “a ausência de motivação da decisão estrangeira não é em si um obstáculo ao *exequatur*” (LOUSSOUARN; BOUREL, 1999, p. 598, tradução nossa). O mesmo vale para as sentenças arbitrais (BATIFFOL; LAGARDE, 1983, p. 582). Na Bélgica, a Corte de Cassação requer que a motivação da sentença estrangeira permita a conferência do requisito da ordem pública e, na Grécia, é adotada uma “solução análoga à solução francesa” (BATIFFOL; LAGARDE, 1983, p. 581, tradução nossa). Na Suíça, “[a] ausência de motivos [...] foi muitas vezes invocada em oposição à execução de decisões estrangeiras, mas em vão” (BUCHER; BONOMI, 2004, p. 76, tradução nossa). De fato, o Tribunal Federal já decidiu que a falta de motivos da sentença estrangeira não agride a ordem pública<sup>12</sup>. Tampouco na Alemanha a falta de motivos em si justifica a recusa da sentença estrangeira (LOWENFELD, 1994, p. 183). Na Romênia, a falta de motivos somente impede o reconhecimento quando vedada pelo ordenamento do Estado de origem (ZILBERSTEIN; BACANU apud MOREIRA, 1989, p. 264, tradução nossa). Na Itália (2003, p. 491-496, tradução nossa):

“Durante a vigência do art. 797 do Código de Processo Civil, era pacífico que eventuais vícios e a própria falta de motivação não fossem de impedir a declaração de eficácia da sentença estrangeira (Cass., 22 de março de 2000, n. 3365; 13 de março de 1993, n. 3029). Essa orientação deve ser considerada firme mesmo na vigência da nova disciplina, introduzida pelos arts. 64 e ss. da Lei 218/95, que, quanto ao ponto de vista considerado, não apresenta novidade de relevo em relação àquela ab-rogada.”

Na Itália e na França, onde a jurisprudência é especialmente bem documentada,

já foram considerados variados ângulos do problema das sentenças estrangeiras desmotivadas. Em resumo, há consenso em que a fundamentação seja alheia à ordem pública internacional. Nas palavras da Corte de Cassação italiana, “[c]omo a motivação da sentença estrangeira não está compreendida entre os requisitos postos pelo art. 797 do Código de Processo Civil, a falta da motivação mesma não constitui um motivo obstativo da delibação da aludida sentença” (ITÁLIA, 1994, p. 124)<sup>13</sup>. Dito de outra forma, a Itália deve abster-se de censurar a desmotivação da sentença estrangeira, pois o juízo de delibação adstringe-se aos requisitos especificamente listados na lei, entre os quais não está incluída a fundamentação.

Quanto à relação entre fundamentação e ordem pública, a decisão abaixo é representativa da jurisprudência reiterada da Corte de Cassação italiana (ITÁLIA, 2001, p. 393, tradução nossa)<sup>14</sup>:

“pode ser declarada eficaz na República uma sentença estrangeira, mesmo se desprovida de motivação [...], porque, quando o contraditório tenha sido assegurado e a sentença tenha transitado em julgado [...], é de acreditar-se que a obrigação de motivação dos provimentos jurisdicionais não se inclua entre os princípios invioláveis fixados no nosso sistema normativo para garantia do direito de defesa.”

De mais a mais, a Corte de Cassação italiana já rechaçou o parecer segundo o qual o art. 111, § 1º, da Constituição italiana – “[t]odos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados” (traduzimos) – obstaría o reconhecimento de sentenças desmotivadas. Essa norma, decidiu o tribunal, “prevê um comando organizador da jurisdição que se refere exclusivamente ao ordenamento interno” (ITÁLIA, 2001, p. 393)<sup>15</sup>.

Bem interpretada, a jurisprudência francesa também considera a desmotivação da sentença compatível com a ordem pública. Textualmente, algumas decisões sugerem

coisa diversa (FRANÇA, 1992b, p. 516-527, tradução nossa)<sup>16</sup>:

“É contrário à concepção francesa de ordem pública internacional o reconhecimento de uma decisão estrangeira não motivada quando não sejam produzidos documentos de natureza a servir de equivalentes à motivação faltante.”

Ao pé da letra, a sentença estrangeira desmotivada seria contrária à ordem pública francesa, a não ser que fossem apresentados equivalentes da motivação faltante.

Entretanto as palavras enganam e, por isso, a jurisprudência francesa mereceu a aguda crítica de Mayer e Heuzé (2001, p. 260, tradução nossa):

“Essa posição carece singularmente de lógica. Se a exigência de motivação fosse verdadeiramente de ordem pública, um elemento extrínseco ao julgamento não motivado não seria apto a salvá-lo. A verdade é que *não é* ordem pública, e que a recusa do *exequatur* é unicamente fundada na impossibilidade para o demandante de comprovar a reunião das condições de regularidade.”

Assim, a exigência de uma motivação não é por si mesma de ordem pública na França (ANCEL; LEQUETTE, 2001, p. 419)<sup>17</sup>. O ponto crucial é a comprovação dos requisitos do reconhecimento, a qual pode ser efetuada não só pela exibição da fundamentação da decisão, que às vezes não existe, como também pela exibição do contrato cujo inadimplemento tenha ensejado a condenação estrangeira, certidão da citação etc.<sup>18</sup>

Aliás, é aí que reside a divergência entre franceses e italianos: diferentemente destes últimos, os franceses enfatizam que, na ausência de fundamentação – texto escrito no corpo da sentença estatal<sup>19</sup> –, deve haver elementos que lhe façam as vezes, sob pena de inviabilizar-se o controle da sentença estrangeira. A jurisprudência francesa pressupõe a impossibilidade de controlar os requisitos do reconhecimento quando inexistir a

fundamentação ou seu sucedâneo (Cf. KESSEDJIAN, 1992, p. 522).

Na Itália (1980, tradução nossa), ao contrário, a Corte de Cassação considera que a fundamentação a princípio não é necessária para controlar os requisitos do reconhecimento, porque<sup>20</sup>:

“segundo a constante jurisprudência deste Supremo Colégio, em tema de eficácia das sentenças estrangeiras no Estado, o ordenamento jurídico italiano recepciona apenas a parte dispositiva da sentença delibanda, na qual está contido o *decisum* [...]. Nessa perspectiva, então, foi estatuído que a conformidade da sentença estrangeira com a ordem pública interna deve ser controlada com referência às disposições que consubstanciam o *decisum* da sentença mesma, e não também à motivação [...]”.

A causa da diferença parece ser o amplo controle da ordem pública processual na França, onde a regra geral é a seguinte: “[a] regularidade do desenvolvimento do processo perante a jurisdição estrangeira aprecia-se unicamente em relação à ordem pública internacional e ao respeito dos *direitos de defesa*” (LOUSSOUARN; BOUREL, 1999, p. 413, grifo e tradução nossos). Na Itália, por contraste, a Corte Constitucional entendeu não serem devidas “intrincadas investigações sobre todo o desenvolvimento do processo *a quo*”, porém a fiscalização do respeito aos “*elementos essenciais da ação e da defesa*” (VIGORITI, 1988, p. 75, grifo nosso)<sup>21</sup>. Destarte, estaria incluído na cláusula geral da ordem pública “[a]penas o princípio do contraditório e não outras garantias processuais, ainda que constitucionalmente previstas” (VIGORITI, 1988, p. 83).

Essa maior liberalidade italiana ultrapassa as palavras e produz significativas repercussões na prática, uma delas a diversidade na disciplina da desfundamentação. Mas há outras, entre as quais esta oferece uma explicação paralela sobre por que a fundamentação é exigida na França, não na

Itália: a legislação alemã (Cf. KARST, 2003, p. 250-251), a brasileira (art. 319 do CPC), a estadunidense (Cf. ITÁLIA, 2001) e outras consagram a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia, os quais, embora devam ser congruentes com o pedido, são reputados verdadeiros independentemente de qualquer atividade probatória. A lei italiana e a francesa, diversamente, não prescrevem a confissão ficta na mesma hipótese. Mais liberais, os italianos reconhecem a sentença proferida à revelia, ainda que inexistam provas apoiando as alegações do autor, enquanto os franceses a recusam.

Como destacam Campeis e De Pauli (1996, p. 465-466), com estribo na jurisprudência, não contrasta com a ordem pública italiana que os fatos afirmados pelo demandante tenham sido considerados verdadeiros no exterior, em decorrência da mera revelia do réu<sup>22</sup>. A Corte de Cassação francesa, por sua vez, tem rejeitado decisões alemãs que, revel o réu, julgam procedente a demanda com base na presunção de veracidade das alegações autorais. Na perspectiva francesa, seria necessário que o juiz estrangeiro insistisse na instrução da causa e buscasse outros elementos de convicção (FRANÇA, 1981, p. 116; 2002, p. 354-361; 2004a; 2004b)<sup>23</sup>.

O fato de a França, ao revés da Itália, fiscalizar até as provas produzidas no exterior ajuda a explicar por que a fundamentação (ou seu equivalente) tem sido lá considerada imprescindível para o controle da ordem pública, notadamente a processual. Sem o registro das fontes de convencimento do juiz estrangeiro, é difícil averiguar se a revelia do réu foi considerada uma confissão, em desconformidade com a ordem pública francesa, ou não. Por isso, Kessedjian (1992, p. 523) opinou mesmo que a única circunstância em que a fundamentação ou seu sucedâneo se faz realmente indispensável é na verificação das provas admitidas no juízo estrangeiro<sup>24</sup>. Igualmente, Regan (1981, p. 181) parece considerar a exigência

de fundamentação um consectário do controle das provas produzidas no exterior.

Na Itália, contudo, dispensa-se o exame das provas admitidas pelo juiz estrangeiro e, de modo geral, é bastante restrito o âmbito da ordem pública processual. Em consequência, prevalece o entendimento de que o dispositivo é, em regra, o único objeto da delibação. Pouco importa a fundamentação<sup>25</sup>.

Em suma, a jurisprudência italiana é mais aberta aos valores internacionais do que a francesa. Na Itália, o controle da ordem pública restringe-se ao mínimo, o que permite a dispensa, em regra, da fundamentação. Na França, realiza-se uma fiscalização mais abrangente da regularidade do processo na origem, tornando necessário o registro escrito das razões judiciais ou um documento equivalente que descreva o *iter* do processo.

Uma pergunta importante é: o Brasil deveria seguir uma linha semelhante à da Itália ou à da França? Deveria ser internacionalista ou nacionalista?

Sem dúvida, o ordenamento brasileiro guarda maior afinidade com o italiano. Basta confrontar os requisitos do reconhecimento brasileiros e os italianos para verificar a similitude entre eles:

“Art. 15 [da Lei de Introdução ao Código Civil no Brasil]. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz *competente*;
- b) terem sido as partes *citadas* ou haver-se legalmente verificado a *revelia*;
- c) ter *passado em julgado* e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; [...].” [Grifamos.]

“Art. 17. As [...] sentenças de outro país [...] não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a *ordem pública* e os *bons costumes*.” [Grifamos.]

“Art. 64 [da Lei 218/95 na Itália]. Reconhecimento de sentenças estrangeiras  
1. A sentença estrangeira é reconhecida na Itália sem que seja necessário o recurso a qualquer procedimento quando:

a) o juiz que a houver pronunciado pudesse conhecer da causa segundo os princípios sobre a *competência* jurisdicional próprios do ordenamento italiano;

b) o introdutório do processo tenha sido levado ao *conhecimento do réu*, em conformidade com o previsto na lei do lugar onde correu o processo e não tenham sido violados os direitos essenciais da defesa;

c) as partes tenham sido representadas em juízo de acordo com a lei do lugar onde correu o processo ou a *contumácia* tenha sido declarada em conformidade com tal lei;

d) ela tenha *transitado em julgado* segundo a lei do lugar em que foi pronunciada; [...]

g) as suas disposições não produzam efeitos contrários à *ordem pública*.”  
[Grifamos e traduzimos.]

Na França, a situação é outra. Não há lei sobre os requisitos do reconhecimento e a jurisprudência, como vimos, tem-nos exigido sem grande condescendência. Embora a revisão de fundo do julgado estrangeiro tenha sido abolida pelo Acórdão Munzer<sup>26</sup>, o atual controle da regularidade internacional das sentenças continua mais rigoroso do que a mera delibação, realizada pelo Brasil e pela Itália. Há duas peculiaridades no sistema francês: 1) “[a] lei aplicada [pelo juiz estrangeiro] deve ser aquela que é *competente segundo as regras francesas de direito internacional privado*” (DERRUPPÉ, 1988, p. 128, tradução nossa) – o que não interessa examinar agora –; 2) a ordem pública processual assume uma dimensão dilatada.

A razão dessa dilatação é a tradição francesa e a ausência de texto legal que aponte individualmente os requisitos da ordem

pública processual. “Historicamente [...] o direito francês tem sido hostil ao reconhecimento de sentenças estrangeiras”, sendo que “[a] prática francesa atual ainda reflete alguma medida de, aparentemente nacionalístico, desdém das sentenças estrangeiras” (REGAN, 1981, p. 152, tradução nossa). Por outro lado, se houvesse lei que especificasse serem requisitos a citação, a competência internacional e a oportunidade efetiva de defesa, como nos sistemas da delibação em geral e, em particular, no Regulamento 44/2001 da União Européia (art. 34), então a tradição francesa talvez fosse superada. Tanto assim que a maioria dos doutrinadores locais rejeita a possibilidade de a França controlar a ordem pública processual, no âmbito comunitário, com a mesma largueza com que o faz internamente, restringindo o controle da ordem pública processual aos requisitos precisados na legislação comunitária (Cf. GAUDEMET-TALLON, 1993, p. 257-258)<sup>27</sup>. Mas falta lei interna, e os franceses continuam nacionalistas.

Não bastasse nossa tradição jurídica assemelhar-se mais à italiana, há outro argumento para nos mantermos longe das idéias dos tribunais franceses na controvérsia. É que elas são rechaçadas por parte da própria doutrina local. Veja-se, a propósito, a avaliação de Kessedjian (1992, p. 527, tradução nossa) sobre a concepção francesa da ordem pública processual<sup>28</sup>:

“nos parece lamentável multiplicar os obstáculos contra os efeitos na França de decisões estrangeiras [...]. Essa atitude incita inegavelmente o réu à passividade e ao desprezo dos processos intentados no estrangeiro, sabendo que retardará desse modo ainda mais o dia quando deverá finalmente pagar.”

Por último, a principal razão de os franceses insistirem na fundamentação dos julgados estrangeiros parece ser o repúdio aos sistemas processuais que prevêm a confissão ficta em caso de revelia, com o qual não podemos compartilhar porque nós mesmos

somos um desses sistemas. Seria incoerente buscarmos inspiração em uma jurisprudência que exige a fundamentação justamente para facilitar a identificação e a recusa de sentenças que, como muitas das nossas, basearam-se na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor contra o réu revel.

Em nossa opinião, o Brasil deve abrir-se aos valores estrangeiros e seguir uma linha semelhante à da jurisprudência italiana. No próximo item — “Jurisprudência brasileira” —, ficará evidente que, em larga medida, isso já está acontecendo.

#### 4. *Jurisprudência brasileira*

Enquanto era competente para homologar sentenças estrangeiras, o Supremo Tribunal Federal decidiu várias vezes se a falta de fundamentação seria (ou não) um óbice ao reconhecimento. Neste tópico, essas decisões serão examinadas no conjunto. Vale notar que, embora o Supremo Tribunal Federal não mais seja competente para homologar sentenças estrangeiras (art. 105, I, i, CR), sua jurisprudência na matéria permanece um referencial importante, pois o Superior Tribunal de Justiça ainda não teve oportunidade de debater a matéria<sup>29</sup>.

Até a década de 80, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oscilou. No primeiro caso de que temos notícia, em 1974, a falta de fundamentação da sentença estrangeira não sensibilizou os julgadores, que só deixaram de homologá-la em face da ausência de citação e de competência internacional (SE 2.114 – Estados Unidos, rel. Rodrigues Alckmin, Plenário, j. em 04.04.74 – RTJ 87/384). Em 1980, o presidente Neder negou homologação a uma sentença estrangeira sem fundamentação (SE 2.521 – Alemanha, pres. Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 12.08.80 – RTJ 95/34<sup>30</sup>), mas logo depois, interposto agravo regimental, reconsiderou, entendendo que ela poderia ser homologada desde que conforme a *lex fori* (Ag. Reg. na SE 2.521 – Alemanha, pres.

Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 07.11.80<sup>31</sup>). Após, seguiram-se várias sentenças estrangeiras repudiadas, *inter alia*, por faltar-lhes a fundamentação (SE 2.766 – Reino Unido, rel. Oscar Corrêa, Plenário, j. em 01.07.83<sup>32</sup>; SE 3.262 – Estados Unidos, rel. Djaci Falcão, Plenário, j. em 03.09.86 – RTJ 119/597<sup>33</sup>; SE 3.977 – França, rel. Francisco Rezek, Plenário, j. em 01.07.88<sup>34</sup>; SE 3.976 – França, rel. Paulo Brossard, Plenário, j. em 14.06.89<sup>35</sup>).

Para rejeitar as sentenças desmotivadas, argumentava-se ora que seriam ofensivas a uma ordem pública de contornos nebulosos, abrangente tanto da ordem pública interna quanto da internacional, ora que seriam ofensivas à Constituição ou à ordem pública em sentido próprio, ora ainda que inviabilizariam o juízo deliberatório. Essas considerações serão rebatidas no próximo tópico — “Doutrina”.

Nada obstante, na década de 90 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal superou as oscilações iniciais e firmou-se no sentido de que a sentença estrangeira não deixa de ser homologável porque carente de fundamentação. Desde 1992, todas as sentenças cuja falta de motivação foi questionada terminaram, apesar disso, homologadas e, desde dezembro de 1993, por unanimidade de votos<sup>36</sup>.

As razões da jurisprudência, contudo, não são cristalinas. Às vezes, o Supremo Tribunal Federal teceu considerações casuísticas para conceder a homologação à sentença desmotivada (*v.g.*, SE 3.397 – Reino Unido, rel. Francisco Rezek, Plenário, j. em 11.11.93 – RTJ 155/103<sup>37</sup>; SE 3.897 – Reino Unido, rel. Néri da Silveira, Plenário, j. em 09.03.95<sup>38</sup>). Mas a tese favorita foi esta: deve ser homologada a sentença estrangeira imotivada, desde que a fundamentação não configure formalidade necessária à execução na origem<sup>39</sup> (Cf. SE 2.114 – Estados Unidos, rel. Rodrigues Alckmin, Plenário, j. em 04.04.74<sup>40</sup>; Ag. Reg. na SE 2.521 – Alemanha, pres. Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 07.11.80; SE 4.469 – Reino Unido, rel. Marco

Aurélio, Plenário, j. em 10.12.93<sup>41</sup>; SE 5.157 – Alemanha, rel. Néri da Silveira, Plenário, j. em 19.06.96<sup>42</sup>; SE 5.720 – Áustria, rel. Marco Aurélio, Plenário, j. em 22.10.98<sup>43</sup>; SE 5.661 – Reino Unido, rel. Marco Aurélio, Plenário, j. em 19.05.99 – RTJ 175/104<sup>44</sup>). Esta ementa é representativa: “A sentença estrangeira deve estar revestida das formalidades impostas pela legislação do país em que prolatada. Descabe cogitar da estrutura de tal peça considerados o Código de Processo Civil e a Constituição nacionais” (SE 4.590 – Estados Unidos, rel. Marco Aurélio, Plenário, j. em 05.06.92 – RTJ 142/428).

Comparando a jurisprudência brasileira com a francesa e a italiana, notaremos que todas consideram que a fundamentação, em si, não é uma exigência da ordem pública. Todavia, a jurisprudência brasileira e, certamente, a italiana são mais liberais na medida em que, de ordinário, consideram a fundamentação desnecessária ao juízo de delibação. A francesa, ao contrário, considera sempre necessária a fundamentação ou seu substituto, pois, de outro modo, seria inviável controlar o respeito à ordem pública local, particularmente à ordem pública processual no que tange às provas produzidas no exterior. A causa da diversidade de regimes, em nossa opinião, é a concepção francesa da ordem pública processual, que é excessivamente ampla, malgrado a crítica de alguns estudiosos locais.

Concluída a análise da jurisprudência, o próximo tópico será dedicado às teses doutrinárias acerca das sentenças estrangeiras desmotivadas.

### 5. Doutrina

O nosso problema ainda não foi considerado detidamente pela doutrina brasileira. Barbosa Moreira (1994, p. 159) e Araújo (2003, p. 278) fazem-lhe simples alusão, sem assumirem uma posição inequívoca. Rechsteiner (1985, p. 162) é dúbio<sup>45</sup>. Apenas Dolinger (2003) e Aragão (1988) examinam-no com alguma profundidade. Por isso,

a doutrina estrangeira merecerá especial atenção. Em particular, a relativa similaridade entre o ordenamento brasileiro e o italiano no que nos interessa justifica analisarmos as razões convincentes com que, na Itália, tem-se pugnado pelo reconhecimento de sentenças desmotivadas<sup>46</sup>.

Até o momento, os autores que sustentaram a não-homologabilidade da sentença desmotivada trataram do ponto superficialmente. A opinião de Ernane Fidélis (SANTOS, 1986, p. 323, grifo nosso), por exemplo, está toda contida neste parágrafo:

“A inteligência da sentença pode ser discutida para se chegar às conclusões referentes à soberania nacional, ordem pública e bons costumes. Daí ser de perfeito entendimento jurídico a decisão que nega a homologação, quando a sentença estrangeira não estiver devidamente fundamentada, pois *os fundamentos são essenciais à observância dos preceitos de interesse público nacional.*”

Guimarães (2002, p. 147-148) e Tucci (1987, p. 119) invocam a primeira decisão monocrática na Sentença Estrangeira 2.521 (pres. Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 12.08.80 – RTJ 95/34) – posteriormente *reconsiderada* – para negar que a sentença desmotivada seja homologável. Entre as razões – inicialmente – usadas pelo ministro Neder no precedente, uma é ratificada por ambos os autores: nas palavras de Tucci (1987, p. 119), “se a nossa Suprema Corte está impedida de reconhecer os efeitos de uma decisão que não teria validade se tivesse sido proferida pela jurisdição brasileira, ‘não é homologável a sentença estrangeira desmotivada’”<sup>47</sup>.

No entanto, a doutrina majoritária certamente defende a homologabilidade da sentença desmotivada. Magnani (1959, p. 729, tradução nossa), quanto a isso, é sintético: “[p]odem [...] ser delibadas as sentenças estrangeiras não motivadas, se o ordenamento de origem não reclama a motivação”. Igualmente breve, embora não tão liberal, é

a manifestação de Derruppé (1988, p. 128, tradução nossa): “a ausência de motivação da sentença não é necessariamente contrária à ordem pública”. No mesmo sentido, e com base na jurisprudência francesa, Batiffol e Lagarde (1983, p. 581, tradução nossa) ponderam: “A ausência de motivos não pode, ‘por ela mesma’, criar obstáculo ao *exequatur*. O que importa é que o juiz francês possa verificar, pelas provas produzidas, que a decisão não seja contrária à ordem pública e que as outras condições do *exequatur* sejam satisfeitas”. Por fim, Campeis e De Pauli (1996, p. 466, tradução nossa) entendem que ausência de motivação é “abstratamente não contrastante com a ordem pública”, embora possa impedir, no caso concreto, a reconstrução do *iter* procedimental e lógico da decisão, inviabilizando o controle dos requisitos do reconhecimento, ao menos na hipótese de reconhecimento de sentença que ponha fim ao matrimônio. Um exemplo dessa situação é o dos danos punitivos, supracitado na nota 25.

Em seguida, iremos sintetizar os principais argumentos pró-reconhecimento da sentença estrangeira desmotivada, os quais são acertadamente defendidos – com maior ou menor veemência – pela grande maioria da doutrina.

Como lembrado por Mattiolo (1906), Chiovenda (1965, p. 933), Mortara ([200-?], p. 47)<sup>48</sup>, Dolinger (1985, p. 869)<sup>49</sup> e Magnani (1959, p. 729), a sentença estrangeira deve atender à lei processual do foro onde prolatada, descabendo cogitar de sua regularidade formal à luz do ordenamento vigente no Estado receptor<sup>50</sup>. Para aquele primeiro autor, seria realmente absurdo negar “o *exequatur* a uma decisão estrangeira, somente porque se apresentasse elaborada em conformidade com a lei que o magistrado ao sentenciar deveria observar” (MATTIOLLO, 1906, p. 970, tradução nossa). Isso é assim porque a *regra geral* é a territorialidade do direito processual ou, dito de outro modo, a *lex fori* (VITTA; MOSCONI, 1995, p. 65, tradução nossa):

“O princípio da territorialidade do direito processual civil é acolhido onde quer que seja, com base na consideração de que a atividade processual deriva da soberania do Estado, o qual não pode admitir que os seus tribunais exercitem a própria jurisdição recorrendo a normas processuais estrangeiras.”

Entretanto, o princípio sofre uma importante exceção: a ordem pública internacional processual, que obsta o reconhecimento da sentença estrangeira produzida ao arripio das garantias da defesa. Daí a dúvida: a fundamentação seria um dos componentes da ordem pública processual?

Chiovenda (1965, p. 933) e Morelli (1953, p. 338-339)<sup>51</sup> responderam negativamente, porque a lógica da delibação implicaria circunscrever ao essencial o controle dos direitos de defesa (nessa medida, suas lições permanecem atuais). No mesmo sentido, Dolinger (1985, p. 869-870, tradução nossa) exclui a fundamentação da sentença estrangeira do âmbito da ordem pública, com estas palavras:

“Parece bastante claro ter a Lei de Introdução indicado que o único aspecto de uma sentença estrangeira potencialmente contrário à ordem pública brasileira é a falta de citação do demandado ou um processo estrangeiro que lhe tenha tornado impossível apresentar sua defesa.”

Também Kerameus (1997, p. 353, tradução nossa), sem tratar especificamente da fundamentação, prega a tolerância aos sistemas processuais estrangeiros:

“Projetar as regras processuais do próprio tribunal receptor sobre as sentenças estrangeiras que busquem reconhecimento, de modo que elas sirvam como *standards* quase gerais de processo justo, seria promover uma expansão irrazoável do devido domínio da *lex fori* e seria quase um imperialismo processual doméstico.”

Mas, ainda que a desmotivação possa ser apreciada à luz da *lex fori*, resta uma

incerteza: e se a própria *lex fori* impuser a fundamentação e tiver sido infringida? A questão foi primeiramente posta por Mattiolo (1906)<sup>52</sup>. A hipótese é improvável, já que normalmente os juízes conhecem bem as leis processuais de seu país, contudo é possível. Dever-se-á, então, ter em conta a sanção que a lei estrangeira comina para o defeito processual. Até onde sabemos, todas as legislações que preceituam as razões escritas reputam nula a sentença desmotivada e, sem embargo, tem-na como existente e eficaz<sup>53</sup>. Em consequência, a princípio nada obsta sua homologação alhures. A exceção será se a sentença for anulada no foro emissor. Mas aí o problema não será a desfundamentação, mas a insubsistência da sentença na origem, o que, em qualquer caso, obsta a homologação e, homologada a sentença, põe fim à sua eficácia, mesmo a extraterritorial.

Em poucas palavras, a falta do componente fundamentação na estrutura da sentença estrangeira não obsta o reconhecimento desta, ainda quando a lei processual do país emissor, como a nossa, erija a fundamentação em requisito *de validade* da sentença local<sup>54</sup>.

Muitos estudiosos discutem, ainda, se a fundamentação enquanto documento seria necessária para o controle dos requisitos do reconhecimento – ordem pública, citação etc. A respeito, há certo dissenso doutrinário. Mattiolo (1906, p. 971), por exemplo, diz que a fundamentação é despicienda, porque o dispositivo é que merece controle e, além disso, há outros documentos que podem suprir a falta de motivos – ponto final. Aragão (1988, p. 209), por sua vez, ressalva que, para a sentença ser reconhecida, a desmotivação não pode “dificultar” o exame da citação, competência etc. O mais sensato parece ser Morelli (1953, p. 338-340): há hipóteses em que o controle da ordem pública pressupõe o conhecimento das razões que levaram o juiz a decidir – como na condenação a pagar dinheiro. Se em uma delas faltar a fundamentação, pode-se recorrer aos demais atos do processo ou, acrescentamos

nós, aos esclarecimentos das partes. Se, ainda assim, a dúvida sobre o respeito à ordem pública mantiver-se insuperável, então a sentença estrangeira não poderá ser reconhecida<sup>55</sup>. Realmente, nosso ordenamento, como o italiano, repudia o cheque em branco: se é necessário o controle de todas as sentenças estrangeiras para que produzam efeitos localmente, é evidentemente necessário que tais sentenças sejam ao menos passíveis de controle.

Embora já tenhamos apresentado nosso entendimento acerca do reconhecimento de sentenças desmotivadas, em seguida iremos dedicar mais atenção a um aspecto que vem sendo negligenciado na doutrina: por que a fundamentação, embora seja uma exigência constitucional no Brasil, resta alheia à nossa ordem pública?

#### 6. *Desfundamentação da sentença estrangeira e ordem pública internacional*

Tradicionalmente, a motivação esteve prevista na legislação infraconstitucional e foi um instrumento da operacionalidade do processo, com estas funções: facilitar a interposição de recurso pelas partes e a revisão da decisão pelo tribunal superior, estabelecer precedentes para os juízes inferiores (TARUFFO, 1988, p. 40-41), bem como, em alguns casos, tornar claro o alcance do dispositivo. A conveniência da fundamentação na impugnação do recurso, esclareça-se, não a torna uma garantia fundamental, *inter alia* porque “[n]ão há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição” (Ag. Reg. no AI 513044 – São Paulo, rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 22.02.05)<sup>56</sup>.

Dessa forma, a obrigação de motivar seria uma norma processual como outra qualquer e, portanto, sujeita à *lex fori*. É assente que os juízes não devem obedecer senão às leis processuais de seus países e que os países, por sua vez, não têm interesse em co-

brar a aplicação de suas leis processuais dos juízes estrangeiros<sup>57</sup>. Se a lei de origem da sentença dispensa a fundamentação, pouco importa a sua ausência.

Mas, a par da dimensão tradicional ou endoprocessual, desde 1988 pode-se indicar, com propriedade, uma dimensão constitucional da fundamentação, na qual reverteriam suas funções como garantia política e processual<sup>58</sup>. Em seguida, mostraremos que a simples inclusão da obrigação de motivar no texto constitucional não faz dela uma imposição da ordem pública brasileira e, após, que tampouco o faz sua configuração como garantia política ou processual.

À luz do art. 4º do Código Bustamante<sup>59</sup> (1928) – “os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional” –, a ausência de fundamentação da sentença estrangeira conduziria à não-homologação. Há, contudo, três objeções à idéia de que “todas as disposições *formalmente* integradas à Constituição brasileira são tidas como de ordem pública internacional”<sup>60</sup> (grifamos).

A primeira é: há normas que estão na Constituição, mas são apenas formalmente constitucionais e não consubstanciam valores-base de nosso País, como a que admite o divórcio após a separação *por mais de um ano* nos casos legais (art. 226, § 6º). Será que esse prazo mínimo é um valor cardeal em nosso ordenamento? Será que uma sentença estrangeira que houvesse, nos termos da lei do foro, concedido o divórcio após, digamos, onze meses de separação contrariaria a nossa ordem pública? Não cremos<sup>61</sup>. (Sem embargo, essas considerações não dizem respeito ao art. 93, IX, que é materialmente constitucional.)

Em segundo lugar, a Constituição contém normas que, evidentemente, não têm nada a ver com o reconhecimento de valores jurídicos estrangeiros (lei ou sentença). São assim as que versam sobre a estruturação do Estado, a forma de governo e a repartição de poderes, todas tipicamente constitucionais – *v.g.*, “Brasília é a Capital Federal”

(art. 18, § 1º) – e completamente estranhas à ordem pública internacional, *i.e.*, aos valores essenciais do País, fora dos quais não se podem tolerar a lei ou a sentença estrangeira. Quando se trata da aplicação dessas normas, chamadas territoriais, nem sequer se pensa em lançar mão do direito internacional privado. Com efeito, é descabido sustentar que a lei ou a sentença estrangeira devam ser repelidas se transferirem a capital do Brasil para Natal *por causa da exceção de ordem pública*. A razão, na verdade, é outra: é que somente ao Brasil compete legislar nessa matéria.

O art. 93, IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, não deixa de ser uma norma territorial, como se nota na leitura do *caput*: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios: [...]”. O art. 93, portanto, traça diretrizes para a organização do Judiciário nacional e nada diz, até porque não poderia fazê-lo, sobre como devem ser organizados os judiciários estrangeiros. Na medida em que se voltam à organização do Judiciário *nacional*, tanto o inc. IX quanto qualquer outro “princípio” podem ser afastados da ordem pública internacional.

Em terceiro lugar, há normas que até refletem *opções* de como promover um valor essencial, e nem assim devem ser inseridas na ordem pública internacional. Diferentemente das anteriores, essas normas são materialmente constitucionais e os valores que subjazem a elas integram a nossa ordem pública internacional. Todavia, elas em si representam apenas um entre vários caminhos idôneos para a obtenção do valor almejado. Por exemplo, as normas que prevêm o “décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria” (art. 7º, VIII) ou a “licença à gestante [...] com a duração de cento e vinte dias” (art. 7º, XVIII) realmente promovem a

dignidade dos trabalhadores, mas não são a única forma de fazê-lo. Se, a despeito de ignorar o décimo terceiro salário, a lei estrangeira garantir ao trabalhador benefícios desconhecidos pela lei brasileira, poderá ser compatível com a nossa ordem pública. Se, não obstante limite a licença-maternidade a três meses, a lei estrangeira previr, diferentemente da Constituição da República, licença-paternidade pelos mesmos três meses, não há que reputá-la chocante à nossa ordem pública.

Esse é também, de certa forma, o caso da sentença estrangeira desmotivada, pois a justificação escrita, que correntemente se crê imposta pelo art. 93, IX, da Constituição, não é o único meio para realizar o direito fundamental de o litigante conhecer as razões da decisão. Para tanto, pouco importa que a fundamentação seja datilografada no mesmo documento em que conste o dispositivo ou anunciada oralmente em audiência pública, com a presença das partes e dos advogados. Sob a perspectiva do litigante, com texto escrito ou não, o juiz terá “posto para fora” os fundamentos<sup>62</sup>. Mais tarde empregaremos a abordagem comparativa para elucidar esse ponto.

De qualquer forma, nada disso significa que o reconhecimento de sentenças estrangeiras se faça à margem da Constituição. Pensamos é que seria despropositado e, na verdade, contrário aos valores constitucionais transpor para o âmbito da ordem pública todo o texto constitucional, de modo acríptico e literal, pois a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” é um princípio reitor das relações internacionais do País (art. 4º, IX), o acesso à justiça um direito fundamental, e os dispositivos constitucionais devem ser interpretados em seu contexto.

Em poucas palavras, a melhor forma de concretizar a Constituição da República é tolerarmos as culturas dos diferentes povos, cooperando com eles na promoção do acesso à justiça apesar das fronteiras, ressalvadas apenas as aberrações. Esse parecer é

incompatível com a transposição simplista de todos os dispositivos constitucionais para a ordem pública internacional. Por isso, entendemos ser indiferente no debate sobre a homologação de sentenças desmotivadas a dicção do art. 93, IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Adiante, partiremos das funções constitucionais da fundamentação para insistir que uma e outra não compõem a nossa ordem pública internacional. A primeira dessas funções, diz Taruffo (1998, p. 41-42, tradução nossa), seria resguardar o *estado democrático de direito*, permitindo que “o juiz preste conta do modo pelo qual exercita o poder que lhe foi delegado pelo povo, que é o primeiro e verdadeiro titular da soberania”, e que o povo exerça o “controle externo e difuso sobre o exercício do poder jurisdicional”. A segunda função da motivação seria viabilizar o “controle sobre a atuação efetiva das outras garantias concernentes ao exercício da jurisdição”. A essas duas funções apontadas por Taruffo e amplamente aceitas pela doutrina podemos acrescentar outra: a fundamentação permite tratar racionalmente os litigantes, informando-lhes por que seus direitos foram decididos num ou noutro sentido. A preservação do estado democrático de direito seria uma finalidade política, enquanto a garantia do devido processo legal e a informação dos litigantes promoveriam precipuamente o interesse dos indivíduos<sup>63</sup>.

Como garantia política *na origem*, constata-se facilmente que a fundamentação da sentença estrangeira é impertinente à nossa ordem pública. Garantia do estado democrático de direito, a fundamentação das decisões judiciais tem seus efeitos restritos ao Estado em que a sentença haja sido prolatada. Na homologação da sentença estrangeira desmotivada, o que está em jogo é o estado democrático de direito alhures, fato que, alheio à ordem pública brasileira, não impede a homologação.

Nem se alegue que, agindo assim, estaríamos sendo pouco solidários com os outros povos. Seria perverso recusarmos a sentença estrangeira sem fundamentação a fim de proteger o estado de direito no país de origem: não há nada mais nefasto para o império da lei do que a lacuna de exercício jurisdicional. Seria, além disso, um argumento paternalista: não cabe ao Brasil ditar aos outros países como devem organizar suas instituições políticas. Seja como for, a fundamentação não é o único meio de garantir o “controle democrático difuso” de que trata Taruffo (1988, p. 38), embora tenha sido acolhida por nós. Nos Estados Unidos, por exemplo, muitas vezes as sentenças não são fundamentadas, mas há outras formas de assegurar a participação popular no exercício jurisdicional: o júri, que atua em mais de cem mil processos por ano, e “a eleição dos juízes por sufrágio universal”, admitida em quarenta estados (DAVID, 2002, p. 482-489).

Afastada da seara da ordem pública a garantia política da fundamentação, o que dizer da garantia processual? Integra a ordem pública?

A doutrina costuma diferenciar a ordem pública material e a processual, essa última relativa ao modo de produção da sentença estrangeira e, por isso, concernente ao nosso estudo. Em ambos os casos, contudo, o sistema da delibação não se compraz com a revisão extensa do processo estrangeiro e apenas a ofensa grave à ordem pública autoriza recusar a sentença<sup>64</sup>. Alguns tratados são didáticos a respeito, entre os quais a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (1989): “Poderá recusar-se o cumprimento de sentenças estrangeiras [...] quando o Estado Parte do cumprimento [...] o considerar *manifestamente* contrário aos princípios fundamentais da sua ordem pública” (grifamos, art. 22).

Nessa linha de raciocínio, a ordem pública processual consistiria nisto: o réu deve ser julgado por um judiciário independente e imparcial, deve receber uma citação com informação suficiente sobre a demanda,

deve ter um prazo adequado para a defesa, deve ser ouvido sobre todas as questões e deve contar com meios razoáveis para impugnar a decisão (AUDIT, 2003, p. 468). Ou seja, somente garantias sem as quais é inconcebível um processo justo estariam incluídas no conceito de ordem pública internacional processual. Kerameus (1997, p. 355-356, tradução nossa), a propósito, é categórico:

“Toda divergência processual não excessiva ou irrazoável entre o sistema processual estrangeiro e o local não pode, enquanto tal, ser um empecilho ao reconhecimento da sentença estrangeira; em outras palavras, tem que ser tolerada. Como dizem os comentários do Uniform Foreign Judgments Recognition Act dos Estados Unidos, ‘[uma] mera diferença no sistema processual não é base suficiente para o não-reconhecimento. Um caso de injustiça séria deve estar configurado.’ Tal ‘injustiça séria’ será raramente identificada em um sistema processual estrangeiro no mundo atual. Em todos os outros casos, ou seja, na vasta maioria deles, deve-se admitir que os *standards* mínimos, em uma ampla perspectiva comparativa, tenham sido satisfeitos e, portanto, a sentença estrangeira deve ser considerada portadora daquilo que às vezes se chama ‘regularidade internacional’”.

Há vantagens em restringir ao mínimo a ordem pública processual. A prática promove a cooperação e a tolerância entre os povos e, além disso, permite equacionar com justiça os interesses das partes envolvidas, porque respeita os direitos acertados no exterior sempre que resguardado, em essência, o processo justo. Com efeito, o não-reconhecimento de uma sentença é extremamente danoso ao litigante vitorioso no exterior, pois equivale a recusar-lhe um direito cuja certeza já foi estabelecida em processo estrangeiro. Portanto, somente a negação do

direito de acesso à justiça do litigante sucumbente pode justificar tamanha violação ao direito do vitorioso. Somente quando ao sucumbente não tiver sido minimamente assegurada uma oportunidade efetiva de defesa é que poderá ser invocada a ordem pública internacional processual do Brasil.

Por esse motivo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que, na homologação de sentenças estrangeiras, o controle do devido processo legal no exterior deve ser feito com muita tolerância, sob pena de “frustrar a atual tendência a fortalecer a cooperação internacional na administração da justiça, uma tendência que é essencialmente do interesse das pessoas envolvidas”<sup>65</sup>. Sem que haja uma flagrante violação do devido processo legal, deve prevalecer a cooperação.

Será que a falta de motivação consubstancia uma flagrante violação do devido processo legal?

A motivação é muito importante, pois esclarece aos litigantes as razões que levaram o poder público a decidir de certo modo seus direitos, conferindo-lhes tratamento racional. Além disso, garantia das garantias, ela assegura a efetividade do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da legalidade, enfim, do devido processo legal. Muito importante, mas não é essencial.

Para compreendê-lo, devemos considerar o processo como um todo. Não se pode perder de vista – especialmente no controle da ordem pública internacional processual – que a individualização das várias garantias se faz somente com fim didático e para facilitar-lhes o controle. A rigor, o processo justo é o produto da interação de todas elas, entre as quais há algumas, como o contraditório, cuja ausência implica inexoravelmente a injustiça de qualquer processo e outras, como a fundamentação, cuja ausência pode ser ou não gravíssima, de acordo com o contexto. Uma anedota ilustrará o tema.

Contam que as canetas esferográficas comuns dependem da gravidade para fun-

cionar e, por isso, não funcionam no espaço sideral. Para resolver o problema, os americanos teriam se esforçado, com êxito, para desenvolver uma “caneta espacial”, que pudesse ser usada mesmo em um ambiente de gravidade zero. Também desejosos de escrever durante suas viagens, os astronautas russos teriam buscado o conceito mais amplo e, em vez de inventar uma “caneta espacial”, pensaram em “algo que escrevesse sem o auxílio da gravidade” – e passaram a usar o lápis (DE BONO, 2000, p. 80).

Examinemos primeiro o papel desempenhado pela fundamentação na informação das partes. A “caneta espacial” está para “algo que escreva sem o auxílio da gravidade” como a fundamentação escrita no corpo da sentença (contextual) está para a exteriorização das razões de decidir pelo juiz. Na verdade, tanto faz que a fundamentação seja datilografada no mesmo documento em que conste o dispositivo ou que seja anunciada oralmente em audiência pública, com a presença das partes e dos advogados. O importante é que, com texto escrito ou não, o juiz “ponha para fora” os fundamentos da decisão.

Além disso, mesmo a exteriorização das razões de decidir pode ser dispensada se, por outro meio, os litigantes puderem apreendê-las. Isso acontece não apenas quando o juiz explicita por que julgou desta ou daquela forma, facultando-lhes o conhecimento passivo das razões, mas também quando os litigantes podem compreendê-las por as terem criado eles próprios, isto é, quando participam muito ativamente no processo decisório. A situação extrema é a do acordo. Quanta fundamentação será vital a uma sentença homologatória de acordo para que a decisão não seja arbitrária?

Considerações semelhantes podem ser feitas sobre a fundamentação como garantia das garantias. O fato de a fundamentação ser considerada, no Brasil, uma garantia fundamental do processo não exclui a possibilidade de que outros sistemas processuais se valham de meios alternativos

para promover o devido processo legal. É possível que outras culturas jurídicas assegurem o contraditório e a ampla defesa por caminhos próprios. Uma sentença nata em uma dessas culturas poderia não ser motivada, mas ser consentânea com a ordem pública brasileira.

Poderia ser lembrado, *v.g.*, o caso do júri civil americano, que não dá as razões de sua decisão, porém goza de maior legitimidade democrática do que o juiz de carreira no Brasil. Poderia ser, ainda, que um país estrangeiro não exigisse a motivação das decisões judiciais, mas proporcionasse maior oportunidade de diálogo entre partes e juízes do que o Brasil. Nesse caso, ganha-se por um lado, perde-se por outro, e a equação final mantém-se em harmonia com a nossa ordem pública. Consoante o magistério de Mehren (1980, p. 33, tradução nossa), ao tratar da recusa do reconhecimento por motivo processual: “Em essência, todos os sistemas processuais devem ser vistos como um todo; debilidade em um departamento pode ser compensada por força em outro”.

Analisar alguns sistemas processuais estrangeiros tornará nossa tese mais clara. Como pôde ser observado no item “Jurisprudência brasileira”, as sentenças que chegaram sem fundamentação ao Brasil eram provenientes da Alemanha, dos Estados Unidos, da Inglaterra e, uma delas, da Áustria. Se examinarmos o contexto global do processo nesses países, repararemos que, apesar da falta de motivação, não se pode cogitar de violação ao devido processo legal.

Na Áustria, “[a]s sentenças podem ser prolatadas oralmente ou por escrito” (FRAD; SCHIMKA, 2003, p. 66, tradução nossa). Mas, ainda que a sentença seja prolatada oralmente, as partes recebem um “registro escrito da audiência em que a sentença foi pronunciada” (FRAD; SCHIMKA, 2003, p. 66, tradução nossa). Sob o prisma do direito de defesa, então, a situação é substancialmente igual àquela em que a sentença contém fundamentos escritos.

No processo civil alemão, a fundamentação é dispensada: “nos casos em que ocorrer revelia, desistência da ação ou reconhecimento jurídico do pedido” (TUCCI, 1987, p. 82-83); e “quando as partes, após o encerramento da instrução, mas antes da sentença, desistirem da interposição de recurso” (TUCCI, 1987, p. 82-83)<sup>66</sup>, caso em que as custas judiciais serão reduzidas (SEC 5.157-6 – Alemanha, rel. Néri da Silveira, j. em 19.06.96). Na hipótese de desistência da ação ou reconhecimento do pedido, a atuação do litigante é que determina o desfecho do processo, enquanto o juiz apenas fiscaliza se ela ocorreu na forma da lei. A fundamentação, se fosse obrigatória, seria uma mera formalidade.

A dispensa da fundamentação também se dá diante da revelia, a qual acarreta, naquele país como no nosso, a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (SIDOU, 1997, p. 244). Nesse caso, a fundamentação resta implícita, porque se pode deduzir que o juiz tenha acolhido o afirmado na inicial sem a contestação do réu, conforme entendeu Neder ao reconsiderar sua decisão na Sentença Estrangeira 2.521. Mas, certamente, não haverá dispensa se, apesar da revelia, julgar-se improcedente a demanda.

Por fim, a lei alemã permite, em se tratando de direitos disponíveis, que as partes abram mão do recurso e da fundamentação, o que aligeira o processo e diminui o valor a ser cobrado do sucumbente a título de custas judiciais. A política incentiva a parte vencida a aceitar prontamente a sentença, em vez de interpor recursos infundados para atrasar a execução. Vale frisar que a dispensa da fundamentação é possível apenas quando estão em jogo direitos *disponíveis*. Se a parte pode renunciar até mesmo ao direito em si, por que não poderia fazê-lo em relação à fundamentação da decisão judicial que lho negou ou conferiu?

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, de onde às vezes nos vêm sentenças desmotivadas, não existe lei que obrigue os juízes a

fundamentarem suas decisões<sup>67</sup>. Mas, nesses países, o julgador desempenha um papel passivo, e os protagonistas do processo são as partes. Enquanto o *civil law* – tradição à qual nos filiamos – tende ao processo inquisitivo<sup>68</sup>, o *common law* – que inclui os Estados Unidos e a Inglaterra – tende ao adversarial. Sobre as diferenças entre os sistemas, explica Damaska (apud CHASE, 2003, p. 122):

“O modo *adversarial* de processar toma a forma de uma competição ou disputa: desenvolve-se como um confronto entre dois adversários diante de julgador relativamente passivo, cujo principal dever é chegar a uma decisão. O modo não *adversarial* estrutura-se como uma pesquisa oficial. No primeiro sistema, os dois adversários encarregam-se da maior parte da atividade processual; no segundo, a maioria da atividade é realizada por órgãos oficiais.”

A preponderância da atuação das partes fica evidente em vários momentos do processo anglo-saxão. Na audiência, diferentemente do que ocorre no processo do *civil law*, o juiz permanece passivo. Segundo Chase (2003, p. 135): “No julgamento americano são os advogados, não juiz, que decidem quais as provas necessárias, e que as produzem, por meio da inquirição de testemunhas e a apresentação de documentos”. Antes mesmo da audiência, a *discovery* revela o poder das partes (CHASE, 2003, p. 131):

“Consoante as típicas regras americanas, cada parte tem o poder de exigir do adversário (ou de testemunhas potenciais) que se submeta a perguntas orais sob juramento sem a presença do juiz (*deposition*), que responda sob juramento a perguntas escritas (*interrogatories*), que abra seus arquivos à inspeção, ou, quando se põe em questão a condição física ou mental, que se sujeite a exame médico por um profissional escolhido pelo adversário.”

Na Inglaterra, a situação é semelhante, embora as “solicitações de documentos no *pre-trial* [tenham] se limitado àqueles que se relacionam com fatos alegados nos *pleadings*” (CHASE, 2003, p. 131).

O contexto do processo anglo-saxão mostra por que a desfundamentação é aceita. É que, nos Estados Unidos e na Inglaterra, o juiz exerce menor poder de fato<sup>69</sup>. No processo do *civil law*, “entre o juiz e os litigantes, aquele é mais poderoso”, frisou Chase (2003, p. 138); o juiz americano, por outro lado, dizem que “é investido no cargo para sentar-se, calar e ouvir” (CHASE, 2003, p. 122). Quanto mais o juiz é atuante, mais é necessário que existam mecanismos para controlar como exerce o poder, tal qual a fundamentação das decisões. Inversamente, quanto menor o seu poder, menos eles serão necessários. O juiz-espectador, útil apenas para marcar os pontos de cada jogador, precisa justificar-se menos porque manda menos.

Além disso, é preciso ter em conta que há sistemas processuais que valorizam a escritura, enquanto outros têm nítida preferência pela oralidade. Comparado ao processo na Inglaterra, por exemplo, onde às vezes não há fundamentação a não ser que o interessado a requeira (SPENCER, 1998, p. 823), o processo brasileiro é escritural<sup>70</sup>. Lá, com exceção da demanda, “quase tudo é apresentado oralmente” (ROTH, 1998, p. 774, tradução nossa). Nesse caso, a forma falada favorece a participação efetiva dos litigantes no processo, permite um intenso intercâmbio de idéias e propicia a fiscalização recíproca e constante de todos os atores processuais, porque a oralidade pressupõe atos realizados em conjunto. Comparando o sistema inglês com o brasileiro, cremos que a falta de fundamentação das sentenças inglesas – uma “debilidade” – seria compensada por uma “força” no departamento dos debates diretos e, no todo, o sistema inglês seria justo. Considerações semelhantes poderiam ser tecidas sobre o processo na Alemanha e nos Estados Unidos, países onde

nem sempre as sentenças precisam ser fundamentadas.

Quando examinamos a falta de fundamentação no contexto do processo de origem, percebemos que ela não é um ato de puro arbítrio, chocante aos valores essenciais do País<sup>71</sup>.

E se o direito processual alienígena não consagrasse o contraditório e a ampla defesa? E se, em certo país, o réu fosse processado sem que tivesse ciência dos acontecimentos processuais nem oportunidade de influenciar a formação do convencimento judicial, como no romance de Kafka? Nesse caso, obviamente haveria ofensa à ordem pública brasileira e a sentença assim proferida não seria homologável. Aí, porém, não seria a falta de motivação o problema, mas a falta de contraditório e ampla defesa.

Em nossa opinião, a ordem pública processual somente deve ser invocada nas hipóteses de agressão grave ao contraditório ou à ampla defesa. Motivação não. Ainda que tão importante, no sistema processual brasileiro, quanto as demais garantias, essa importância é contextualizada. Boa parte das decisões resta sem motivação nos Estados Unidos, e ninguém diria que o processo americano é mais injusto que o brasileiro, ou, quando menos, que agasalha uma injustiça intolerável. O mesmo vale para a legislação processual alemã, austríaca ou inglesa. Tanto assim, que as sentenças desmotivadas da Alemanha, da Áustria e da Inglaterra, países sob a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nunca foram – tanto quanto sabemos – alvo de reclamação. Os jurisdicionados parecem satisfeitos com a forma da decisão em seus países.

## 7. Conclusão

1. A disciplina da fundamentação das decisões judiciais varia no mundo. Brasil, Itália, França, Japão e, em geral, os países filiados à tradição romano-germânica consagram a obrigação de motivar. Sem embargo, Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda,

Malásia, vários regulamentos de cortes arbitrais não o fazem. Em consequência dessa diversidade e, ainda, da possibilidade de os julgadores estrangeiros descumprirem a obrigação de motivar acaso existente, o Judiciário brasileiro pode deparar-se com pedidos de homologação de sentenças estrangeiras desmotivadas.

2. Nesse caso, caberá à doutrina e à jurisprudência definir se a sentença estrangeira sem fundamentação pode ser reconhecida no Brasil, pois a lei interna e os tratados celebrados pelo País são de ordinário inconcludentes.

3. Nessa tarefa, o estudo comparativo fornece subsídios úteis. Em especial, os italianos e os franceses examinaram muitas vezes o caso das sentenças estrangeiras desmotivadas. Embora eles concordem que a fundamentação não é, em si, uma exigência da ordem pública, apenas os primeiros reconhecem sem mais as sentenças estrangeiras desmotivadas. Para os franceses, será sempre necessário um substituto da fundamentação, sob pena de inviabilizar-se o controle dos requisitos do reconhecimento. A causa da diferença parece ser o amplo controle da ordem pública processual realizado na França, não na Itália.

Veja que a tradição jurídica brasileira se aproxima mais da italiana, seria natural que nós também fôssemos tolerantes com as sentenças estrangeiras desmotivadas. Além disso, a jurisprudência francesa vem sendo criticada até por doutrinadores locais, como Kessedjian (1992, p. 527).

4. Quanto à jurisprudência brasileira, ela superou certa hesitação inicial e, a partir de 1992, firmou-se no sentido de reconhecer as sentenças estrangeiras desmotivadas. Ademais, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se a admitir, como os italianos, o reconhecimento de sentenças desmotivadas sem a exigência de substituto.

5. Essa orientação jurisprudencial, que esperamos seja mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, encontra apoio em boa doutrina. De acordo com a opinião majori-

tária, a forma da sentença estrangeira deve seguir a *lex fori* e, portanto, pouco importa que o juiz estrangeiro, em obediência à sua lei processual, tenha deixado de motivar. Nem se pode alegar, a propósito, que a fundamentação seria um componente da ordem pública processual, porque esta, no sistema da deliberação, resume-se nos aspectos essenciais do direito de defesa. Por fim, ainda que a *lex fori* imponha a fundamentação da sentença estrangeira, o desrespeito a tal norma não obsta o reconhecimento, já que em lugar algum acarreta a inexistência ou a ineficácia da sentença.

Além de debaterem a falta de fundamentação enquanto requisito estrutural da sentença, muitos estudiosos preocuparam-se em dizer se a não-documentação das razões de decidir tornaria impraticável o controle deliberatório. Nesse ponto, o mais sensato é Morelli (1953, p. 338-340): existem hipóteses, como na condenação a pagar dinheiro, em que as razões da sentença estrangeira devem ser consideradas na fiscalização dos requisitos do reconhecimento, notadamente da ordem pública; se em tal hipótese faltar a fundamentação, o tribunal receptor poderá buscar outros elementos que supram a ausência; mas, se a pesquisa for infrutífera e instalar-se a dúvida insuperável, então a sentença não poderá ser reconhecida.

6. Em todo caso, o cerne do problema é dizer se a fundamentação seria uma imposição da ordem pública processual. Para responder, é conveniente diferenciar a dimensão infraconstitucional e a constitucional da motivação. Na primeira, posto que útil para a operacionalidade do processo, a obrigação de motivar seria uma norma processual comum e, desse modo, de aplicação territorial.

A dimensão constitucional, por sua vez, suscita questões mais sérias. De início, é preciso descartar a teoria de que a sede constitucional, por si só, faça da obrigação de motivar uma imposição da ordem pública internacional. Na verdade, muitas normas constitucionais não traduzem valores da

ordem pública internacional, entre as quais a que condiciona o divórcio à prévia separação *por um ano* (art. 226, § 6º).

Em particular, o art. 93, IX, condensa uma garantia política – de funcionamento democrático do Judiciário – e uma garantia processual. Como garantia política, a obrigação de motivar é dirigida apenas ao Judiciário brasileiro, logo não pode ser desrespeitada por uma sentença estrangeira sem fundamentação. Como garantia processual, a fundamentação não é essencial ao devido processo legal, porque o estudo comparativo comprova que há formas diferentes e igualmente eficazes de permitir que os litigantes apreendam as razões judiciais e de garantir a efetividade das demais garantias processuais.

Finalmente, vale destacar que a nossa proposta se afina com a lição de internacionalistas modernos, que está bem retratada nesta passagem de Audit (2003, p. 466-467, tradução nossa):

“a maneira de conceber o processo civil [...] constitui sem dúvida um dos domínios do direito onde as diferenças de um sistema ao outro são mais pronunciadas e também aquele onde elas são mais mal compreendidas: o que parece, aqui, de boa justiça pode facilmente parecer, lá, como uma falta séria contra a equidade. Um corte existe em particular, ainda, entre sistemas ‘civilistas’ e de *common law*: processo acusatório ou inquisitivo, oral ou escrito, regime das provas [...]. É, então, especialmente importante não perder de vista, nesse domínio, as linhas sistêmicas no seio de dado direito interno (assim entre o grau de motivação das decisões e o caráter escrito ou jurisprudencial do direito); e que as normas processuais, mais que todas as outras, não consubstanciam senão meios de alcançar um fim (por isso, considera-se universalmente que o processo seja regido pela lei do foro). Em conseqüência, deve-se deixar de

rejeitar com facilidade excessiva uma decisão em razão de diferenças entre o processo estrangeiro e o processo local.”

### Notas

<sup>1</sup> Consultem-se o art. 120, 3<sup>o</sup>, da Constituição espanhola; o art. 205/1 da Constituição portuguesa; o art. 111, par. 1<sup>o</sup>, da Constituição italiana. Sobre a Grécia e outros países da América Latina: Taruffo (1975, p. 356).

<sup>2</sup> Outros países em que as decisões devem ser fundamentadas: Argentina, Coréia, França, Países Baixos, Japão, Peru, Portugal e Taiwan. No Japão, o art. 253 do Código de Processo Civil preconiza que a sentença escrita contenha, entre outros elementos, a fundamentação. Na França, uma norma semelhante pode ser encontrada no art. 455 do Código de Processo Civil e, quanto aos laudos arbitrais, no art. 1.471. Sobre os demais países citados: Grubbs (2003).

<sup>3</sup> Mas Lefebvre (2003, p. 88, tradução nossa) informa que, na Bélgica, “[t]oda sentença deve conter as razões para a decisão e uma parte na qual a própria decisão é posta”.

<sup>4</sup> Sem embargo, na Austrália e na Índia, países onde se adota o sistema do *common law*, as decisões devem ser motivadas (Cf. CHESTERMAN, 2003, p. 29-45; VAISH; SRIPATI; LAMBA, 2003, p. 289, 298-299).

<sup>5</sup> A ementa deste acórdão resume a jurisprudência – uníssona: “SENTENÇA ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – DIVÓRCIO – ATO ADMINISTRATIVO – EXTENSÃO. A norma insere na alínea ‘h’ do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a homologação das sentenças estrangeiras, há de ser tomada respeitando-se a soberania do país em que praticado o ato. Prevendo a respectiva legislação o divórcio mediante simples ato administrativo, como ocorre, por exemplo, no Japão, cabível é a homologação para que surta efeitos no território brasileiro. Precedentes: Sentença Estrangeira nº 1.282/Noruega, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.312/Japão, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.943/Dinamarca, Relator Ministro Aducto Cardoso; Sentença Estrangeira nº 2.251/Japão, Relator Ministro Moreira Alves; Sentença Estrangeira nº 2.626/Bélgica, Presidente Ministro Antonio Neder; Sentença Estrangeira nº 2.891/Japão, Presidente Ministro Xavier de Albuquerque; Sentenças Estrangeiras nºs 3.298, 3.371 e 3.372, todas do Japão, Presidente Ministro

Cordeiro Guerra; e Sentença Estrangeira nº 3.724/Japão, Presidente Moreira Alves.” Cf. SEC 6.399 – Japão, rel. Marco Aurélio, Plenário, j. em 21.06.00. Esse entendimento vem sendo mantido no Superior Tribunal de Justiça: SE 975 – Japão, Presidente Edson Vidigal, decisão monocrática, j. em 25.07.05.

<sup>6</sup> O tema é controvertido, porém tendem a prevalecer, ao menos na Europa, opiniões semelhantes à de Kerameus (1997, p. 340, tradução nossa): “O *exequatur* é certamente um ato de criação, ou seja, uma decisão judicial constitutiva, em vez de meramente declaratória. Mas a criação aqui não consiste em prover a sentença estrangeira com nova substância, em implantar algo novo que não existisse previamente no país de origem. A criação é aqui entendida em termos de expansão geográfica apenas; ela implica transcendência da moldura jurídica originária”.

<sup>7</sup> A título de ilustração, registre-se que a Corte de Cassação italiana já decidiu a favor do reconhecimento de sentença penal estrangeira desmotivada. Em 18 de março de 1977, no Caso Romano, o tribunal anotou: “mesmo no ordenamento jurídico italiano, a falta de motivação é apenas causa de nulidade da sentença penal, que, existindo como ato processual, tem aptidão para transitar em julgado”, e “a obrigação de motivar os provimentos judiciais, embora constitua um princípio constitucional, não se refere à ordem pública ou aos bons costumes do nosso Estado” (Cf. ROTTOLA, 1981, p. 450, tradução nossa). A decisão, todavia, sofreu a crítica de Rottola (1981, p. 462-463, tradução nossa): “Não parece, na verdade, compatível com o nosso ordenamento público um sistema processual que não contenha um princípio segundo o qual os provimentos jurisdicionais devam ser motivados, princípio que, por outro lado, contrariamente ao que entende a Corte Suprema, é de considerar-se atinente à ordem pública do nosso Estado, também porque sancionado por uma norma constitucional”. Após citar o parecer de Morelli – para quem, malgrado a falta de motivação, em si, não contrarie a ordem pública italiana, ela pode obstar a deliberação quando impedir o escrutínio da compatibilidade entre o julgado *civil* estrangeiro e a ordem pública local –, Rottola (1981, tradução nossa) ressalva que, no processo penal, a desmotivação, em si e por si, configura “um caso de incompatibilidade com a ordem pública sempre que seja legítima à luz do ordenamento de procedência da sentença penal estrangeira”. Segundo ele, somente seria possível reconhecer uma sentença penal estrangeira na Itália quando o direito estrangeiro previsse meios para impugnar a falta de fundamentação da sentença e, apesar disso, o condenado tivesse sido negligente. Ai, aliás, valeria a advertência feita por Morelli: a falta de razões escritas não poderia inviabilizar o controle da compatibilidade entre a sentença e a ordem pública.

<sup>8</sup> Cf., a propósito, estas decisões do Supremo Tribunal Federal: 1) “atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o *decisum* não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior.” (Ag. Reg. no RE 234.372-SP, rel. Néri da Silveira, Segunda Turma, j. em 31.08.99); 2) “declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (RE 140.370-MT, rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 20.04.93); 3) “a exigência constitucional não reclama sejam corretas as razões de decidir, mas apenas que existam e sejam deduzidas na decisão” (RE 209.903-DF, rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 21.03.00). Para uma análise aprofundada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. nosso artigo: Pereira (2005, p. 169-189).

<sup>9</sup> Não faremos referência às leis e tratados de outros países, porque – até onde sabemos – nenhum deles trata explicitamente das decisões estrangeiras desmotivadas e, em todo caso, o objetivo deste estudo é investigar a homologabilidade dessas decisões *no Brasil*. É verdade que, quando estudarmos a jurisprudência e a doutrina, consideraremos o debate no exterior, mas o faremos apenas para agregar pontos de vista úteis ao nosso tema central. No que concerne à legislação, o estudo comparativo não teria o mesmo valor.

<sup>10</sup> Embora o dispositivo aluda a cartas rogatórias, ele é pertinente ao nosso estudo porque, em essência, disciplina o reconhecimento de decisões cautelares estrangeiras.

<sup>11</sup> Cf., por exemplo, o art. 20 do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de Las Leñas.

<sup>12</sup> Trata-se de decisão de 19 de dezembro de 1990, noticiada em: *Journal du droit international*, Paris, 123<sup>e</sup> année, n. 3, p. 698-699, juill./sept. 1996.

<sup>13</sup> No mesmo sentido: Itália (2001, p. 389-394; 2002, p. 1021-1030, tradução nossa).

<sup>14</sup> No mesmo sentido: Itália (1975, p. 801-802; 1976, p. 583-584; 1991, p. 766-770; 1992, p. 309-311; 1993, p. 114-119; 2002, tradução nossa).

<sup>15</sup> No mesmo sentido: Itália (2002, tradução nossa).

<sup>16</sup> No mesmo sentido: França (1981, p. 113-117; 1992a, p. 516-527).

<sup>17</sup> Está desatualizada esta observação de Maury ([1949], p. 393, tradução nossa) acerca da jurisprudência francesa: “o *exequatur* é negado quando a sentença não está motivada. Estima-se que a sentença neste caso não satisfaça às condições de justiça que o direito francês considera essenciais, que são de ordem pública internacional”. Com efeito, a

lição de Maury é anterior ao Acórdão Elmassian, de 14 de junho de 1960, quando a Corte de Cassação (1<sup>a</sup> Câ. Cív.) “decidiu pela primeira vez [...] que a falta de motivos da sentença contenciosa não é em si mesma contrária à ordem pública processual francesa” (Cf. LOUSSOUARN; BOUREL, 1999, p. 598, tradução nossa).

<sup>18</sup> Os exemplos foram inspirados neste caso concreto, comentado por Holleaux: Julgado da Corte de Apelo de Paris (1<sup>a</sup> Câ. Cív.), de 18 de janeiro de 1980, citado, nota 16.

<sup>19</sup> O regime das sentenças arbitrais desmotivadas é outro. No parecer de Motulsky (1967, p. 107, 111-112), a natureza contratual da arbitragem e a necessidade do comércio internacional levaram a Corte de Cassação francesa a admitir o reconhecimento de laudos estrangeiros desmotivados, ainda que inexistentes documentos que façam as vezes da fundamentação. Na arbitragem, argumenta o autor, a falta de motivos é sempre resultado da vontade dos litigantes, que optam pela justiça privada. Além disso, há leis importantes, como a da Inglaterra e a do Estado de Nova Iorque, que não preceituam a motivação dos laudos e seria muito inconveniente que a França deixasse de reconhecer todos os laudos ingleses ou nova-iorquinos.

<sup>20</sup> No mesmo sentido: Itália (1993, p. 117, tradução nossa).

<sup>21</sup> Como esclarece Vigoriti (1988, p. 75), quer-se “apenas que o juiz da delibação possa verificar se o processo, encerrando com o provimento a ser homologado, ofereceu às partes uma possibilidade concreta e efetiva de conhecer e participar”.

<sup>22</sup> Nesse sentido: Itália (1975; 1980, p. 420; 2001, p. 394). Na Suíça (1996, p. 698-699), o Tribunal Federal inclina-se no sentido da jurisprudência italiana. Na doutrina, vale mencionar a posição de Chiovenda (1945, p. 81): “se a lei estrangeira estatue que, no caso de revelia de uma das partes, se hajam por admitidos, sem mais nada, os fatos alegados pela outra, não se pode recusar *exequatur* à sentença contumacial proferida em tais condições, salvo o reexame do mérito, de que cogitaremos dentro em pouco (tanto mais que esse preceito é somente mais extensa aplicação do princípio embebedo na base da nossa *ficta confessio*).”

<sup>23</sup> Todavia, Holleaux (1981, p. 116) relata que a jurisprudência não é unânime.

<sup>24</sup> No mesmo sentido: Holleaux (1981, p. 116).

<sup>25</sup> Sem embargo, há exceções: a documentação das razões judiciais é dispensável, a não ser que *peculiaridades do processo gerem a dúvida intransponível sobre a compatibilidade da sentença estrangeira com a ordem pública*. Por isso, após enunciar que a motivação não é especialmente relevante, porque a delibação se volta ao dispositivo, a Corte de Apelo de Veneza obtemperou: “Todavia não se pode excluir que a carência de motivação ou a sua insuficiência

possam representar um obstáculo à deliberação da sentença, impedindo afirmar-se a conformidade com a ordem pública” (ITÁLIA, 2002, p. 1027, tradução nossa). No caso concreto, pretendia-se reconhecer na Itália uma condenação americana no valor de um milhão de dólares. Inexistia fundamentação e os litigantes controvertiam acerca da natureza da condenação: o devedor asseverava tratar-se de danos punitivos, enquanto o credor negava. Por fim, o tribunal italiano decidiu rejeitar a sentença americana, pois a não-documentação das razões judiciais, o alto valor da condenação e a qualidade de “produtor” do réu fariam suspeitar do caráter punitivo da condenação, em desacordo com a ordem pública italiana. Segue a ementa: “Por causa da insuficiente motivação sobre a matéria, não pode ser declarada eficaz na Itália uma sentença estadunidense da qual não se possa inferir se a condenação ao ressarcimento dos danos configura uma hipótese de *punitive damages*, enquanto tais contrários à ordem pública” (ITÁLIA, 2002, p. 1021, tradução nossa).

<sup>26</sup> A decisão foi publicada, com comentários, em: Loussouarn; Bourel (1999, p. 367-383).

<sup>27</sup> Mas a Corte de Cassação afastou-se da doutrina majoritária, em caso no qual, a propósito, discutia-se a falta de motivos de uma sentença comunitária, e por isso mereceu a crítica de Kessedjian (1992, p. 527).

<sup>28</sup> Deve-se, contudo, notar que a autora se referia, principalmente, à circulação de sentenças no âmbito comunitário.

<sup>29</sup> Mas, em outras matérias referentes à homologação de sentenças estrangeiras, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido a orientação do Supremo Tribunal Federal e é provável que o mesmo ocorra quanto às sentenças estrangeiras desmotivadas. Acompanhamos a jurisprudência até setembro de 2005.

<sup>30</sup> Veja a ementa: “1. Não é homologável a sentença estrangeira desmotivada. O art. 458, II, do Código de Processo Civil brasileiro, é norma de ordem pública, e com ela deve harmonizar-se o julgamento estrangeiro para que tenha eficácia no Brasil. 2. Ação homologatória improcedente.”

<sup>31</sup> Segue a ementa: “1. Sentença estrangeira formalizada, inclusive no tocante a sua fundamentação, nos termos da ‘lex fori’. 2. Ação homologatória procedente”.

<sup>32</sup> Ao decidir, o relator considerou invencível “o obstáculo da ausência de motivação da sentença, salientado no parecer do então ilustre Subprocurador Prof. José Francisco Rezek” (fl. 11). Era esta a ementa do parecer de Rezek: “SENTENÇA ESTRANGEIRA. Decisão arbitral convalidada por órgão judiciário. Absoluta ausência de motivação, quer no pronunciamento do árbitro, quer naquele do juízo estatal. Rejeição, pela ordem pública,

do decisório imotivado. Precedente do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>33</sup> Eis a ementa: “Homologação de sentença estrangeira. Sua inviabilidade por falta de requisito processual básico, ou seja, a citação da ré para que responda na origem, a ação [...]; bem assim, por se apresentar sem motivação a sentença homologanda (art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil). Indeferimento do pedido.”

<sup>34</sup> Constava da ementa: “Decisão que se limita a revelar a sanção aplicada à ré, sem dizer das razões que orientaram o árbitro, não se qualifica como hábil à homologação.”

<sup>35</sup> No julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, unânime, cingiu-se a ratificar as razões expostas por Rezek na Sentença Estrangeira n. 3.977.

<sup>36</sup> Com certeza, está desatualizada esta observação de Rechsteiner (1985, p. 162): “o STF estabeleceu como regra geral que não é homologável a sentença estrangeira desmotivada”. Igualmente, pode conduzir ao erro esta observação de Barbosa Moreira (1989, p. 264): “o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão (*v.g.*, SE nº 3.262, de 3-9-1986), esposou a tese de que a falta de motivação constitui obstáculo suficiente, à luz do ordenamento brasileiro, independentemente da disciplina da matéria no país de origem”.

<sup>37</sup> Capitaneando o voto vencedor, Rezek, após sugerir que mudara o entendimento defendido na SE 2.766, *vide supra*, nota 32, arrematou que, no caso concreto, o laudo arbitral a ser homologado era “um primor em matéria de densidade de motivação” (RTJ 155/152).

<sup>38</sup> O acórdão prestigiou o parecer ministerial, favorável à homologação: “[a] sentença homologanda acha-se fundamentada pelas conclusões do laudo arbitral” (fl. 88).

<sup>39</sup> Ou seja, sempre. Até os países que, como o Brasil, exigem a fundamentação das decisões judiciais prevêm, em caso de desobediência, a nulidade da decisão, não sua inexecutabilidade (*vide infra*, nota 53).

<sup>40</sup> Lê-se no voto do ministro Bilac Pinto - RTJ 87/387: “O segundo argumento dos requeridos diz respeito ao próprio teor da sentença estrangeira que, a seu ver, repugnaria à ordem pública por carência de relatório, motivação, e fundamentos de fato e de direito, com razoável amplitude. Não encontro, porém, um único precedente no qual se tenha exigido que a sentença estrangeira possuísse a estrutura disciplinada por nossa lei processual civil, sob risco de ser havida como contrária à ordem pública.”

<sup>41</sup> Nas palavras de Marco Aurélio, que conduziu a votação unânime: “Relativamente à estrutura da sentença, descabe pretender aplicar a legislação pátria. Rege-a o Direito inglês e, relativamente a este, nada se afirmou sobre a co-

locação em plano secundário de qualquer formalidade legal” (fl. 224).

<sup>42</sup> Veja este trecho do voto condutor: “A fundamentação na espécie é a que decorre da previsão legislativa do Estado onde se proferiu a decisão, que não ofende [...] a ordem pública brasileira, nem os bons costumes” (fl. 346).

<sup>43</sup> Eis a ementa do acórdão: “As formalidades alusivas à prolação da sentença estrangeira são aquelas previstas no país em que prolatada, descaçando cogitar da estrutura dos provimentos judiciais pátrios” (fl. 43).

<sup>44</sup> Veja um trecho do voto do relator (RTJ 175/106): “não cabe examinar a problemática da estrutura à luz da nossa legislação, sendo que, considerado o Direito inglês, nada se afirmou sobre a colocação, em plano secundário, de qualquer formalidade legal. Está-se diante de uma situação concreta em que o Judiciário inglês atua de forma desburocratizada, expedindo, em se tratando de divórcio, simples extrato de sentença. Por tais razões, homologo-a para que produza os efeitos legais”.

<sup>45</sup> O autor invoca a *Sentença Estrangeira 2.521*, para comprovar que “o STF estabeleceu como regra geral que não é homologável a sentença estrangeira desmotivada”. Mas, logo depois, defende que a regra deveria ser excepcionada em matéria de divórcio, porque as partes podem ter renunciado à motivação ou ter acordado o divórcio. Rechsteiner, no entanto, não esclarece se tais argumentos poderiam ser generalizados e aplicados a matérias diversas do divórcio.

<sup>46</sup> Mas também os estrangeiros não são sempre assertivos. Couture (1977, p. 286-287) limitou-se a consignar uma decisão francesa, anterior ao acórdão Munzer, na qual uma sentença estrangeira carente de fundamentação fora invalidada, sem avaliar se os tribunais franceses teriam agido bem ou não.

<sup>47</sup> Posição semelhante foi adotada por Guimarães (2002, p. 148). A dúvida de Tucci (1987) e Guimarães (2002) parece ter origem na má compreensão da doutrina de Chiovenda (1965, p. 933, tradução nossa), para quem a recepção da sentença estrangeira pressupõe “uma idéia comum de sentença; mas essa idéia comum deve extrair-se da idéia mesma de jurisdição [...] e não se devem confundir com o conceito de sentença aquelas garantias que a nossa lei entende necessárias e quer observadas sob pena de nulidade [...], ao passo que a lei estrangeira, por razões suas, pode exigir menos”. Ou seja, embora, para Chiovenda (1965), a sentença estrangeira seja “nacionalizada”, não o são seus aspectos formais nem as garantias processuais consoante as quais ela tenha sido elaborada no exterior. Então, é indiferente que o julgado estrangeiro ostente uma forma tal que, fosse ele nacional, redundaria na sua nulidade.

<sup>48</sup> Segundo Mortara ([200-?], tradução nossa): “seria absurdo pretender que a redação da sentença estrangeira deva uniformizar-se com as normas estabelecidas para os juízes nacionais no código de processo”.

<sup>49</sup> Segundo o autor: “Isso [dizer que não se pode reconhecer uma sentença estrangeira quando ela, fosse brasileira, seria inválida] é o mesmo que dizer que uma sentença estrangeira somente pode ser homologada no Brasil se os atos processuais nos tribunais estrangeiros obedecerem às regras do processo brasileiro. Certamente, esse não é o espírito do direito internacional privado no Brasil, que reconhece diferentes sistemas de direito e diferentes métodos de exercer jurisdição” (DOLINGER, 1985, p. 869).

<sup>50</sup> No mesmo sentido, embora sem menção específica à fundamentação, diz Pontes de Miranda (1998, p. 102): “A forma que se tem de exigir às sentenças estrangeiras, para que possam ser homologadas, é a da lei do juiz ou tribunal estrangeiro que a proferiu.”

<sup>51</sup> Nas palavras de Morelli (1953, p. 338-339, tradução nossa): “O limite [da não-contrariedade à ordem pública] atine unicamente ao conteúdo da decisão [...]. Não atine ao processo que tenha levado à decisão, com relação ao qual o art. 941 fixa direta e taxativamente os requisitos que considera indispensáveis para a justiça intrínseca da sentença. O limite não atine tampouco ao modo como o juiz tenha exercitado a própria atividade lógica. Tanto a determinação da norma que se há de usar como base do pronunciamento, em particular a determinação do ordenamento de onde deve tomar-se a norma, quanto a comprovação do fato escapam ao controle do juiz do reconhecimento, mesmo sob a perspectiva de um eventual contraste com a ordem pública. Não se pode negar, pois, reconhecimento, por pretensa contrariedade à ordem pública, [...] à sentença que careça de motivação”.

<sup>52</sup> Segundo Mattiolo (1906, p. 970-971), se o juiz estrangeiro tiver descumprido seu ordenamento ao deixar de motivar, ter-se-á uma nulidade de forma – puramente *relativa* – da sentença, um vício irrelevante ao juízo de delibação e que, ademais, terá sido sanado em razão da não-impugnação no modo e tempo devidos no exterior. Em linhas gerais, Mattiolo continua certo. O porém é que atualmente muitos consideram a falta de fundamentação uma causa de nulidade absoluta da sentença, que desafiaria, mesmo após o trânsito em julgado, a rescisória. Seja como for, essa observação não inutiliza o argumento de Mattiolo. Eis que, enquanto não desconstituída, a sentença nula é eficaz e pode ser reconhecida em países como a Itália ou o Brasil.

<sup>53</sup> É assim em Portugal, na França, na Bélgica, na Alemanha, na Argentina, na Itália. Cf. Tucci (1989, p. 227-228). Lefebvre (2003, p. 88) confirma

que, na Bélgica, a sentença desmotivada vale até que seja anulada. Não seria mesmo sensato sancionar com a inexistência ou ineficácia uma decisão judicial à qual faltasse a fundamentação. Essa seria uma má política legislativa, geradora de insegurança. Haveria decisões proferidas por autoridade competente, em processo oficial, com toda a aparência de decisão judicial escoreta, mas que, na verdade, não teriam nenhuma eficácia em razão da falta de fundamentação. Não acreditamos que país algum tenha cometido algo assim.

<sup>54</sup> Aparentemente contra: Aragão, Rosas (1988, p. 208).

<sup>55</sup> Para um exemplo de dúvida insuperável, *vide supra*, nota 25.

<sup>56</sup> Ainda que houvesse, Dolinger (1985, p. 869, tradução nossa) argumenta, com razão, que a garantia da fundamentação é fungível: "Os sistemas jurídicos de países desenvolvidos que não demandam que os tribunais exponham as razões de suas decisões têm outros meios de preservar o direito e a possibilidade do sucumbente de recorrer a um tribunal superior". Ou, com palavras diferentes: "todo país civilizado tem as suas formas de garantir os direitos e oportunidades das partes de apelarem para um tribunal revisor".

<sup>57</sup> Uma exceção é a ordem pública processual, mas ela pode ora ser abstraída porque será considerada posteriormente, ao examinarmos a dimensão constitucional da motivação.

<sup>58</sup> A Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar a obrigação de motivar (art. 93, IX). Cf. Moreira (1994, p. 45).

<sup>59</sup> Ratificado pelo Brasil e promulgado, entre nós, pelo Decreto nº 18.871, de 1929.

<sup>60</sup> Essa idéia é defendida em: Barroso (1998, p. 47).

<sup>61</sup> Contra: SE 1.165, pres. Edson Vidigal, decisão monocrática, j. em 23.08.05; SE 975, rel. Edson Vidigal, decisão monocrática, j. em 05.08.05; SEC 7.782 - Estados Unidos, rel. Marco Aurélio, Plenário, j. em 18.11.04.

<sup>62</sup> Sem nos mantermos fiel à fonte, buscamos inspiração para nosso raciocínio em Andrade (1992, p. 64, 192-204), que tratava da fundamentação de atos administrativos.

<sup>63</sup> A distinção é teórica, porque, na prática, dificilmente haverá processo justo em meio a instituições políticas autoritárias e antidemocráticas. Ainda assim, iremos acolhê-la porque ela facilitará a exposição de nosso pensamento, sem prejuízo para nossas conclusões.

<sup>64</sup> Kerameus (1997, p. 359) assevera que a ordem pública está se tornando uma salvaguarda cada vez mais excepcional contra as sentenças estrangeiras.

<sup>65</sup> Caso Droz e Janousek v. França e Espanha, número de inscrição 21/1991/273/344, julgado em 27.05.92, par. 110. Disponível em: <www.echr.coe.

int>. Tratava-se de homologação de sentença penal estrangeira, mas as conclusões alcançadas, em favor da cooperação, parecem valer com maior razão no processo civil.

<sup>66</sup> O autor esclarece que a revelia não autoriza a desfundamentação quando "a matéria controversa versar sobre questões de casamento, de interdição, ou for de interesse de menores".

<sup>67</sup> Sobre a realidade na Inglaterra: David (2002, p. 429-430). Nos Estados Unidos: Taruffo (1975, p. 368-369).

<sup>68</sup> Segundo Taruffo (2003, p. 145), "inquisitivo" pode significar, na acepção "fundada na história, [...] que as partes não podem defender-se" ou, às vezes, "que o juiz desempenha papel ativo na direção do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa instrutória". Em nosso texto, o termo é usado na segunda acepção.

<sup>69</sup> Em comparação com as partes, mas não em comparação com os legisladores, como notório.

<sup>70</sup> A partir da lição de René David (2002), Enrique Vescovi (1995, p. 29-30) dividiu o mundo em quatro partes: anglo-saxã, soviética, do *civil law* continental e do *civil law* hispano-americano (a nomenclatura não era claríssima - foi a empregada por um uruguaio -, mas certamente o processo brasileiro se identifica mais com a descrição do sistema hispano-americano do que com qualquer outra). Nos três primeiros, prevaleceria a oralidade. O último, de processo escrito, foi retratado destarte: "Sin inmediación, con predominio de funcionarios y burocrático. Basado, al decir de Cappelletti en el sistema de actas. (Quod non est in actis non est in mundo)".

<sup>71</sup> Aliás, o papel da fundamentação tem sido reavaliado mesmo em países que tradicionalmente a consagram. Na opinião de Kessedjian (1992, p. 521, tradução nossa), escritora francesa: "podem ser percebidos, ao longo do tempo, muitos temperamentos notadamente devidos à necessidade de adaptar os métodos de redação das sentenças ao progresso da técnica e ao congestionamento da justiça", como evidenciado, na França, pela "Circular do Ministro da Justiça de 24 de fev. 1985 convidando os juízes a 'reduzir' a fundamentação de suas sentenças".

## Referências

ABRAHAM, Dató Cecil; SINGH, Rishwant. Malaysia. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992. 396 f. Tese (doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992.

ARAGÃO, Paulo César; ROSAS, Roberto. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988. v. 5.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. *Recueil des cours*, Leiden, t. 305, p. 9-487, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Droit international privé*. 7. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. 2.

BROCK, William; BOUCHARD, Mathieu; CAMERON, Cara. Canada: civil law (Quebec). In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

BUCHER, Andreas; BONOMI, Andrea. *Droit international privé*. 2. ed. Bâle-Genève-Munich: Helbing & Lichtenhalm, 2004.

CAMPEIS, Giuseppe; DE PAULI, Arrigo. *La procedura civile internazionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1996.

CHASE, Oscar G. A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. *Revista de processo*, São Paulo, n. 110, p. 115-140, abr./jun. 2003.

CHESTERMAN, Scott. Australia. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile: le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.

DE BONO, Edward. *Novas estratégias de pensamento*. São Paulo: Nobel, 2000.

DERRUPPÉ, Jean. *Droit international privé*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1988.

DOLINGER, Jacob. Brazilian confirmation of foreign judgments. *International lawyer*, Dallas, v. 19, n. 3, p. 853-876, set./dez. 1985.

\_\_\_\_\_. ; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRAD, Thomas; SCHIMKA, Benedict. Austria. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

FRANÇA. Corte de Apelo de Orléans. Julgado da Corte de Apelo, Orléans, de 24 de janeiro de 2002. Sentença estrangeira norte-americana. *Revue critique de droit international privé*, Paris, t. 91, n. 2, p. 354-361, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelo de Paris. Julgado da Corte de Apelo (1. Câ. Cív.), Paris, de 18 de janeiro de 1980. *Revue critique de droit international privé*, Paris, t. 70, n. 1, p. 113-117, jan./mar. 1981.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelo de Versailles. Julgado da Corte de Apelo (1. Câ. 1. Seç.), Versailles, de 26 de setembro de 1991. *Revue critique de droit international privé*, Paris, t. 81, n. 3, p. 516-527, jul./set. 1992a.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação (1. Câ. Cív.), [S.l.], de 9 de outubro de 1991. *Revue critique de droit international privé*, Paris, t. 81, n. 3, p. 516-527, jul./set. 1992b.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação (1. Câ. Cív.), [S.l.], de 10 de março de 1982. Disponível em: <[www.legisfrance.gouv.fr](http://www.legisfrance.gouv.fr)>. Acesso em: 26 nov. 2004a.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação (1. Câ. Cív.), [S.l.], de 18 de maio de 1976. Office de la jeunesse de Sonthofen. Disponível em: <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>. Acesso em: 26 nov. 2004b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso Suominen n. 37801/97, Finlândia, de 1 de julho de 2003. Disponível em: <[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)>. Acesso em: [2005?].

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Les conventions de Bruxelles et de Lugano: compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*. Paris: LGDJ, 1993.

GILVARRY, Emer. Ireland. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 50, p. 5-20, 1990-1991.

GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

GUIMARÃES, Miranda M. A. Homologação de sentença estrangeira: sentença americana pronunciada por juízo competente. *Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 143-148, maio/jun. 2002.

HOLLEAUX, Dominique. Comentários à decisão da corte de apelo de Paris de 18 de janeiro de 1980. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 1, t. 70, p. 113-117, jan./mar. 1981.

ITÁLIA. Corte de Apelo de Genova. Julgado da Corte de Apelo, Genova, de 21 de abril de 1976. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 12, n. 3, p. 583-584, jul./set. 1976.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelo de Milão. Julgado da Corte de Apelo, Milão, de 7 de fevereiro de 1992. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 29, n. 1, p. 114-119, jan./mar. 1993.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelo de Milão. Julgado da Corte de Apelo, Milão, de 16 de junho de 1975. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 11, n. 4, p. 801-802, out./dez. 1975.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelo de Veneza. Julgado da Corte de Apelo, Veneza, de 15 de outubro de 2001. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 38, n. 4, p. 1021-1030, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação n. 3029, [s.l.], de 13 de março de 1993. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 30, n. 1, p. 124-126, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação n. 3073, [s.l.], de 28 de maio de 1979. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 16, n. 3, p. 418-422, jul./set. 1980.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação n. 3365, [s.l.], de 22 de março de 2000. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 37, n. 2, p. 389-394, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação n. 490, [s.l.], de 18 de janeiro de 1991. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 28, n. 2, p. 309-311, abr./jun. 1992.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação n. 9247, [s.l.], 25 de junho de 2002. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 39, n. 2, p. 491-496, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Corte de Cassação. Julgado da Corte de Cassação, [s.l.], de 22 de maio de 1990. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. 27, n. 3, p. 766-770, jul./set. 1991.

KARST, Thomas. Federal Republic of German. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedu-*

*re*. The Hague: Kluwer law International, 2003, p. 239-269.

KERAMEUS, Konstantinos D. Enforcement in the international context. *Recueil des cours*, Leiden, t. 264, p. 179-410, 1997.

KESSEDIAN, Catherine. Comentários à decisão da corte de cassação de 9 de outubro de 1991 e à decisão da corte de apelo de Versailles de 26 de setembro de 1991. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 3, t. 81, p. 516-527, jul./set. 1992.

LEFEBVRE, Paul. Belgium. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.

LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. *Droit international privé*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1999.

LOWENFELD, Andreas F. General course on private international law. *Recueil des cours*, Leiden, t. 245, p. 9-319, 1994.

MAGNANI, Guido. Delibazione di provvedimenti giurisdizionali stranieri. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milani, a. 8, n. 4, p. 721-762, out./dez. 1959.

MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1906. v. 5.

MAURY, J. *Derecho internacional privado*. Puebla: Jose M. Cajica, [1949].

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001. (Collection Domat, droit privé).

MEHREN, Arthur Taylor von. Recognition and enforcement of foreign judgments: general theory and the role of jurisdictional requirements. *Recueil des cours*, Leiden, t. 2, n. 167, p. 9-112, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estrutura da sentença arbitral. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Problemas relativos a litígios internacionais. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1953.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. 4. ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, [200-?]. v. 5.
- MOTULSKY, H. L'exequatur des sentences étrangères non motivées. *Revue de l'arbitrage*, Paris, v. 125, n. 4, p. 103-115, out./dez. 1967.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Homologação de sentenças estrangeiras desmotivadas*. 2005. 216 f. Dissertação (mestrado em direito internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- \_\_\_\_\_. Metodologia jurídica e dever constitucional de motivar (art. 93, IX, CR): três questões. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Quaestio iuris*: revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 2, p. 169-189, set. 2005.
- RECHSTEINER, Beat Walter. A homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil. *Forense*, Rio de Janeiro, a. 81, v. 289, p. 157-166, jan./mar. 1985.
- REGAN, James C. The enforcement of foreign judgments in France under the nouveau code de procédure civile. *Boston College international and comparative law review*, [S.l.], v. 4, p. 149-202, 1981.
- ROTH, Peter M. Les éléments de fait réunis par le juge: le système anglais. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, a. 50, n. 3, p. 773-777, jul./set. 1998.
- ROTTOLA, Alessandro. Sul limiti di ordine pubblico alla riconoscibilità in Italia di sentenze penali straniere. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Milani, a. 17, n. 2, p. 450-487, abr./jun. 1981.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento: 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1997.
- SPENCER, John R. Observations sur la rédaction de la décision. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, a. 50, n. 3, p. 823-826, jul./set. 1998.
- SUIÇA. Tribunal Federal. Decisão de 19 de dezembro de 1990. *Journal du droit international*, Paris, a. 123, n. 3, p. 698-699, jul./set. 1996.
- TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.
- \_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de processo*, São Paulo, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de processo*, São Paulo, n. 56, p. 223-233, out./dez. 1989.
- \_\_\_\_\_. *A motivação da sentença no processo civil*. 1987. 178 f. Tese (livre-docência em direito processual) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- VAISH, Vinay; SRIPATI, Vijayashri; LAMBA, Manish. India. In: GRUBBS, Shelby R. (Ed.). *International civil procedure*. The Hague: Kluwer law international, 2003.
- VESCOVI, Enrique. Nuevas tendencias del derecho procesal civil, con especial referencia al proceso latino-americano. *Revista de processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 20-34, jul./set. 1995.
- VIGORITI, Vincenzo. Homologação e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros na Itália. *Revista de processo*, São Paulo, n. 50, p. 72-87, abr./jun. 1988.
- VITTA, Edoardo; MOSCONI, Franco. *Corso di diritto internazionale privato e processuale*. 5. ed. Torino: UTET, 1995.



# A cooperação entre Venezuela e Irã

Um conceito socialmente construído na sociedade internacional ou uma alternativa ao desenvolvimento?

Rogério Duarte Fernandes dos Passos

## Sumário

1. Introdução. 2. Atores envolvidos na tentativa de cooperação entre Venezuela e Irã. 2.1. Venezuela. 2.2. Irã. 3. A sinalização política de uma proposta de acordo nuclear entre Venezuela e Irã. 4. A busca da cooperação como um conceito socialmente construído e seus atores. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Na perspectiva de analisar se o conhecimento e a tentativa de seu compartilhamento são socialmente construídos, e até mesmo se os conhecimentos científico e tecnológico são produtos sociais, historicamente localizados, é preciso, em primeiro lugar, identificar e localizar os atores envolvidos na sociedade internacional, e, depois, a arena das ações em que se dão os fatos.

Nas relações internacionais, os fenômenos são compreendidos a partir de metáforas. Assim, temos que a sociedade internacional é uma grande arena, um grande palco, no qual encena uma peça permanente, consubstanciada no desenrolar da história e no desenvolvimento permanente das próprias relações internacionais. Outrossim, os seus atores são os partícipes dessa grande peça, notadamente aqueles capazes de movimentar a cena, isto é, tradicionalmente os Estados e as organizações internacionais, capazes de ser sujeitos de direito na sua configuração legal.

Rogério Duarte Fernandes dos Passos é Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (CEETEPS) e do Centro Universitário Nove de Julho de São Paulo (UNINOVE). Secretário do Instituto Hugo Grotius de Direito e Relações Internacionais (IHG).

Essa peça mostra a sociedade internacional viva, e toda sociedade, ainda que anárquica como a internacional – visto, inclusive, pela ausência de um poder central coercitivo que esteja organizado e que esteja acima da soberania dos Estados –, busca uma conformação legal, uma configuração jurídica, em que Estados e organizações internacionais, além de atores, seriam qualificados como sujeitos e portadores do *status* de direito internacional público.

Outros mencionam uma visão mais ampla dos atores da sociedade internacional – cujo cenário seria freqüentado por um número maior deles –, mais adequada às realidades dos séculos XX e XXI, em que, além do Estado e das “organizações”, teríamos as “corporações”, estas classificadas em intergovernamentais e não-governamentais, sendo as primeiras pertencentes a instituições como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), e as segundas seriam a Anistia Internacional e os próprios partidos políticos<sup>1</sup>.

## *2. Atores envolvidos na tentativa de cooperação entre Venezuela e Irã*

### *2.1. Venezuela*

Tendo-se tornado independente da Espanha em 1811, a Venezuela registra um importante histórico de agressões estrangeiras, exemplificadas nos bombardeios ítalo-anglo-germânicos, em virtude do não-pagamento de juros de dívidas com banqueiros internacionais, ocorridos em 1902 e 1903.

Na atualidade, há um conturbado contexto político interno a ser levado em consideração, em que o componente externo é igualmente perturbador.

Governa atualmente o país o mestre em ciência política e tenente-coronel reformado do Exército Hugo Rafael Chávez Frias, ou simplesmente Hugo Chávez. Eleito presidente em 1998 com votação esmagadora, a exemplo do presidente Fernando Henri-

que Cardoso, no Brasil, patrocinou mudanças na Constituição para permitir a sua reeleição, que ocorreu em 2000, com 59% dos votos. O mandato presidencial terminará em 2007.

Prometendo combater o que freqüentemente classifica de “capitalismo neoliberal selvagem”, prometeu realizar um governo que efetivamente atendesse as camadas mais pobres da população, que atingem cerca de 80% dos 24 milhões de venezuelanos. Alguns de seus programas sociais desagradaram profundamente as elites. Outros fatores contribuíram para o acirramento do quadro político interno, a relatar: 1) Os conflitos com a Suprema Corte do país; 2) Um estilo autoritário e neopopulista de governo; 3) Uma agenda e um discurso à esquerda; 4) A dificuldade no combate da pobreza, da criminalidade e da corrupção; 5) A queda nos preços internacionais do barril de petróleo no início dos anos 2000, e, finalmente; 6) A edição de 49 leis que permitiram a expropriação de terras para exploração de petróleo. Ademais, freqüentemente acusa-se Chávez de mandar oficiais das Forças Armadas opositores para a reserva ou para a prisão, de fechar jornais e cercear a liberdade de imprensa, além de abrigar em seu território guerrilheiros ou terroristas colombianos.

Após grande clamor popular e greve geral, Chávez chegou a ser deposto por militares descontentes com seu governo, assumindo em seu lugar o empresário Pedro Carmona, presidente da mais importante associação empresarial do país, a FEDECÁMARAS. Congresso destituído, foram convocadas novas eleições para ocorrer em um ano, mas dentro do golpe, houve o golpe: o golpe do golpe. Ou o contragolpe. Militares descontentes com ele (o golpe) e leais a Chávez, respaldados pela parcela da população e por setores da sociedade que o apóiam, articularam a posse do vice (de Chávez) Diosdado Cabello, que forçou a renúncia de Carmona. Cabello pronunciou que ficaria na presidência até Chávez reaparecer ou for-

malmente renunciar: Chávez reapareceu e reassumiu suas funções, menos de 72 horas após ser derrubado, num dos golpes mais rápidos e efêmeros da história. O fato não deixa de ser bastante peculiar, pois ele mesmo esteve preso por 2 anos por liderar um fracassado golpe de estado contra o presidente Carlos Andrés Perez (1974-1979 e 1989-1993), em 1992.

Em 2003, em mecanismo introduzido pelo próprio Chávez na Constituição do país, houve a coleta de assinaturas pelos seus opositores para a efetivação de um referendo popular que votaria a sua continuidade ou não no cargo. Caso o presidente fosse rejeitado, haveria novas eleições, em que o próprio Chávez poderia concorrer. Após muita resistência do governo e do Conselho Eleitoral do país, as assinaturas foram consideradas válidas e o pleito realizado, no qual Chávez venceu com relativa folga, apesar das acusações da oposição de fraude eleitoral.

Superada, ainda que temporariamente, a questão interna, Chávez enfrenta a questão externa, especialmente ante os Estados Unidos da América (EUA), que desaprovam sua política e vêem com descontentamento a aproximação da Venezuela com Cuba. Num discurso que remete à Revolução Bolivariana<sup>2</sup>, Chávez – após muitos entreveros e declarações públicas contra o presidente norte-americano Geoge Bush, nas quais afirmou que, se fosse assassinado, a culpa seria dos EUA – tenta equilibrar o país numa difícil engenharia nas suas relações internas e internacionais: ao mesmo tempo em que paulatinamente se vê com muitos inimigos, sofrendo até mesmo de relativo isolamento, não pode negar que o maior comprador de seu principal produto de exportação, o petróleo – a Venezuela tem as maiores reservas da América Latina –, são justamente os estadunidenses.

O período inaugura na história – com a exceção óbvia de Cuba – um foco de tensão inédito no continente entre os EUA e uma das nações latino-americanas após o período

de redemocratização e liberalização política destas últimas, a ponto de Caracas ameaçar romper relações diplomáticas com Washington.

## 2.2. Irã

Ainda que encravado no Oriente Médio, o Irã é formado de etnias não-árabes. Modernamente, o marco histórico na trajetória do país é a Revolução Islâmica, deflagrada em 1978, por diversas correntes de oposição ao xá (título do soberano), entre elas a esquerda, os liberais e os muçulmanos fundamentalistas, sob a liderança do aiatolá Ruhollah Khomeini – então exilado na França –, ao promoverem uma insurreição.

O poder é transferido ao primeiro-ministro Shapur Bakhtiar, que não consegue estancar a rebelião, a qual aderiu às Forças Armadas do país. Bakhtiar foge do país e Khomeini adentra Teerã, a capital, em fevereiro de 1979, vitorioso, assumindo o governo com características teocráticas. O Irã torna-se uma república islâmica.

Após a invasão da embaixada dos EUA em Teerã, em 1979, quando militantes islâmicos apoiados pelo governo fizeram dezenas de reféns norte-americanos, as relações com os EUA tornaram-se delicadas. Houve uma fracassada incursão pelo serviço secreto estadunidense no território iraniano para tentar a libertação dos reféns, que só ocorre em 1981, após a devolução dos bens do governo do Irã que estavam congelados nos EUA. Em virtude de disputas fronteiriças até hoje inalteradas, houve a guerra com o Iraque (1980-1988), com milhares de mortos. Se do lado iraquiano houve a ajuda norte-americana, do lado iraniano, em típica manifestação do período da Guerra Fria, houve o apoio da então existente União Soviética.

O aiatolá Khomeini morre em 1989, criando a expectativa de mudanças. Um religioso moderado, Hashemi Rafsanjani, é eleito presidente, em oposição ao indicado pelo aiatolá radical Ali Khamenei, indicado por Khomeini, que, em 1990, no uso de sua au-

toridade religiosa, condena à morte o escritor anglo-iraniano Salman Rushdie, em virtude da publicação do livro “Versos Satânicos”. Em função disso, Rushdie vive até hoje escondido na Grã-Bretanha. Inobstante essa atitude hostil ao Ocidente, Rafsanjani celebrou contratos de investimento com alemães, franceses e britânicos.

Verificados os atentados terroristas em Washington e New York em 11 de setembro de 2001, o presidente norte-americano George W. Bush encontrou o misto de oportunidade e pretensa legitimidade para o pleno desenvolvimento de sua política intervencionista. No mesmo ano, houve a invasão do Afeganistão, derrubando o governo talibã – outrora aliado na guerra contra os soviéticos –, acusado de abrigar e treinar os terroristas que realizaram o ataque, e ocupando o país. A seguir, em 2003, inaugurando uma segunda guerra no Golfo Pérsico (a primeira data de 1991), aludindo a justificativas semelhantes e outras sabidamente falsas (como a existência de armas de destruição em massa), houve a invasão do Iraque, derrubando o governo de Saddam Houssein e culminando com nova ocupação. Estava inaugurada, como classificou o presidente Bush, a “cruzada” contra o terrorismo e contra o “eixo do mal”, isto é, aqueles países que treinam e apóiam, logística e politicamente, o terrorismo. Entre esses países, os que ainda não sofreram intervenção militar, estão a Coreia do Norte, a Síria e o Irã, que, a partir daí, vêm sofrendo forte pressão do Ocidente – leia-se EUA e União Européia – para desmantelar seu programa nuclear.

### *3. A sinalização política de uma proposta de acordo nuclear entre Venezuela e Irã*

Em 12 de março de 2005, o presidente Hugo Chávez recebeu em Caracas o presidente iraniano Mohammad Khatami. Na pauta do encontro, discussões acerca do aumento da cooperação econômica entre os

dois países. Foi a terceira visita de Khatami à Venezuela, que, em comum ao Irã, ostenta a condição de um dos maiores produtores mundiais de petróleo. Na ocasião, foram assinados mais de 20 acordos nas áreas de indústria petroquímica, de energia e construção civil. Num momento em que esses governos estão com suas relações diplomáticas com os EUA abaladas – Chávez chegou a se pronunciar acerca da viabilidade prática de se ter uma embaixada aberta em Washington –, o encontro demonstra uma tentativa de ambos os países de romper um certo isolamento em face delas, não obstante afirmar-se no encontro, antes de tudo e preliminarmente, que se quer paz, mas que estão preparados para a resposta a ataques externos.

Chávez, outrossim, declarou apoio ao programa nuclear iraniano, sinalizando o interesse em um futuro acordo em matéria de energia nuclear, aduzindo que a Venezuela e outros países latino-americanos, especialmente Argentina e Brasil, têm o direito do desenvolvimento de energia nuclear para fins civis e pacíficos. Chávez declarou, outrossim, que seu governo estaria interessado em energia nuclear e solar e que poderia procurar uma parceria com o Irã.

Às declarações de Chávez sobrevieram novas críticas da diplomacia dos EUA, qualificando-o de “a parte negativa da América Latina”.

A declaração preocupou o Brasil, visto que os EUA acusam o Irã de tentar desenvolver a sua bomba nuclear. Apesar de Teerã desmentir veementemente essa assertiva, a diplomacia brasileira antecipou-se em declarar que não tinha interesse em estabelecer uma cooperação com países que porventura não estivessem sob rigorosa fiscalização e não obedecessem regras internacionais, especialmente aquelas atinentes à Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), organismo presente na estrutura da Organização das Nações Unidas (ONU), visto que o país, a partir de 2004, lançou seu plano de enriquecimento de urânio – o com-

bustível para os reatores nucleares – que o inseriu no seletivo grupo de nações que, desde a mineração até a fabricação do combustível, dominam esse ciclo. Ademais, para tanto, além do intensivo esforço tecnológico, o Brasil enfrentou fortes pressões internacionais e uma rigorosa inspeção da AIEA em seu programa, que, operando com 2 reatores, demandou grande esforço para a proteção do conhecimento tecnológico desenvolvido<sup>3</sup>. É de se salientar, inclusive, que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05-10-1988, ao tratar da energia nuclear, dispõe que a mesma somente poderá ser utilizada com fins pacíficos, consoante disposição contida em seu artigo 21, inciso XXII, alínea *a*.

#### 4. A busca da cooperação como um conceito socialmente construído e seus atores

Com relação à busca e à construção do conhecimento científico, faz-se necessário o estabelecimento de critérios sociais para auxiliar o analista no intuito de compreendê-lo como fenômeno, no máximo possível de sua amplitude. Esses critérios, em diversas abordagens, formas e contextos, falando sobre ciência e tecnologia, expõem diversas premissas para a sua compreensão como fenômeno, atingindo diversas perspectivas, heterogêneas e disciplinares.

Nos estudos sociais sobre ciência e tecnologia, Dominique Pestre (1996, p. 13) ressalta que

“A questão não é mais tanto saber como as proposições dos cientistas se tornam epistemologicamente verdadeiras (...), mas precisar como sua legitimidade é negociada na comunidade especializada (...), mas descrever como os enunciados, através dos objetos e das práticas, se impõem na competição pela sobrevivência (social e cognitiva)”.

Num viés menos natural, relativo à legitimidade negociada de conceitos a que se

refere Pestre, e mais sociológico, como justificar a legitimidade ou ilegitimidade de países como a Venezuela e o Irã no intuito de realizar uma cooperação nuclear?

Em que pese o fenômeno internacional ser deveras amplo – conhecer a sua realidade e o fenômeno na sua totalidade é praticamente impossível –, essa análise tem que ser feita a partir dos atores envolvidos. É aqui, se reconhecemos que existem atores a ser considerados, reconhece-se a existência de uma sociedade internacional, cuja mobilidade e história se realiza por ação deles.

Com relação à cooperação econômica, é certo que não há maiores problemas em se chegar ao consenso de legitimidade. No caso nuclear, porém, existem outros atores – que não exclusivamente Venezuela e Irã – que têm papel determinante nessa legitimidade.

Primeiramente, cumpre assinalar que, em âmbito regional, o país é signatário do *Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina)*, firmado em Trateloico, México, em 1967 (Tratado de Trateloico), que criou, em 1969, a *Organização para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL)*<sup>4</sup>, para garantir e vigiar as obrigações ditadas pelo tratado<sup>5</sup>. Todos os 33 Estados da América Latina e Caribe o firmaram. Deles, 32 firmaram e ratificaram o Tratado de Trateloico, nos moldes do artigo 28 do documento, segundo o qual o mesmo não poderá ser objeto de reservas. Cuba – que, em virtude da crise dos mísseis soviéticos de 1962, foi o estopim da criação da OPANAL – firmou o Tratado de Trateloico em março de 1995, assim como suas emendas em dezembro de 1995, mas ainda não o ratificou. Assim, para fins não-pacíficos, juridicamente a Venezuela está impedida de desenvolver ou manter programas que envolvam energia nuclear.

No mesmo esteio, em âmbito multilateral, a Venezuela é estado integrante da *Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA, International Atomic Energy Agency, IAEA)*<sup>6</sup>,

como membro fundador, desde 1957. Com sede em Viena, na Áustria, e contando até novembro de 2004 com 138 países membros, essa organização internacional dedica-se a controlar o uso pacífico da energia nuclear por meio da cooperação internacional estabelecida com a aplicação do mecanismo das salvaguardas (*safeguard*), pelo qual os materiais nucleares ficam sob a supervisão da agência, não podendo ser desviados para a produção de armamentos. O artigo IV do Estatuto da AIEA garante a soberania dos Estados membros, mas exige o cumprimento de boa-fé das obrigações assumidas no âmbito da organização, de forma que a atuação desta se dê, pacificamente, em três áreas. A primeira delas, pela *cooperação técnica*, promovendo reuniões e conferências com o desenvolvimento de projetos para a aplicação de energia nuclear na medicina, indústria e meio ambiente. Na segunda, eminentemente jurídica, na negociação de acordos e convenções internacionais obrigatórias para os países signatários, e na terceira, como corolário lógico, na aplicação do mecanismo das salvaguardas, fiscalizando e controlando o material nuclear de seus membros<sup>7</sup>.

Com relação ao Irã, o país é estado membro da AIEA desde 1958, assinando o acordo de salvaguarda (*safeguard*), que lhe garante o uso da energia nuclear para fins pacíficos. Já foram registradas inspeções em suas instalações, em especial na usina de Buchehr e nas instalações de Natanz e Arak. Se, de um lado, acusa-se o Irã de tentar o desenvolvimento de armas nucleares, o país as rebate afirmando que o Ocidente não cumpriu a promessa de efetivação do intercâmbio de equipamentos e tecnologia<sup>8</sup>. No mesmo esteio, o país é signatário do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP), também no âmbito da AIEA, integrando-se ao seu texto em 1971, nos mesmos moldes do mecanismo de salvaguarda.

Dessa forma, podemos identificar os atores que estão envolvidos na construção – como conceito socialmente construído – de

um possível acordo nuclear entre Venezuela e Irã. Do lado da tentativa Venezuelana, os atores envolvidos, além da própria Venezuela, são os EUA, que, não concordes com o governo de Hugo Chávez, constituem-se num forte opositor à sua política, causando significativo isolamento do país no cenário de relacionamento da comunidade internacional. São atores significativos também a AIEA e a OPANAL, as quais mantêm vínculos e obrigações jurídicas internacionais com o país no intuito do uso da energia nuclear para fins pacíficos. E, em menor escala, o Brasil, cujo governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva tem sido um aliado, como demonstram as iniciativas brasileiras de aproximação e inserção da Venezuela promovidas no MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) – acordo econômico mantido com os parceiros Argentina, Paraguai e Uruguai – e a liberação de recursos de instituição financeira estatal do país, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), para o financiamento da construção do metrô de Caracas. O Brasil constitui-se num importante, porém limitado, ator e aliado: ao mesmo tempo que o país não se orientou por Washington para manter suas relações externas com a Venezuela, demonstrando grande aproximação com o vizinho, não quer pôr em risco as suas relações de maior parceiro comercial individual com os EUA e nem o seu programa nuclear pacífico e sua tecnologia na área, que passou por desgastante e rigorosa inspeção da AIEA, não apoiando deliberadamente as pretensões venezuelanas num possível acordo com o Irã e mantendo uma posição que mescla pela equidistância, pelo não-apoio e pela neutralidade<sup>9</sup>.

Do lado iraniano, são atores a AIEA, pelas obrigações jurídicas assumidas com a organização no intuito da não-proliferação de energia nuclear com fins não-pacíficos; os EUA, pela sua oposição ao programa nuclear iraniano – chegando a incluir o país no chamado “eixo do mal” –; e, por estar muito próximo, o Iraque, país vizinho, sob a

justificativa inverídica de possuir armas nucleares e de destruição em massa. De forma semelhante, é ator nesse processo a União Européia, que, além de vários de seus países membros manterem soldados na coalizão liderada pelos EUA que invadiu o Iraque, juntamente com o Paquistão – que possui armas nucleares e vê um possível desequilíbrio de poder na região –, faz fortes pressões diplomáticas para o início de negociações que venham a possivelmente inspecionar e mesmo supostamente desarmar o Irã.

É inevitável questionar o “por quê” de países terem direito a ter armas nucleares e outros não. Da mesma forma, qual seria a razão para alguns países que têm um longo histórico de guerras e agressões em seu currículo poderem ter e desenvolver tais armas, em detrimento de outros que nunca participaram de morticínios em massa.

Para se compreender o contexto dessa questão, é necessário fazermos menção novamente ao Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP). Quando o tratado foi ratificado em 1970, além de o seu texto – cuja revisão se dá a cada cinco anos – objetivar a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, ele se constituía na obrigação jurídica de limitação de armas nucleares das potências que o reconheciam, EUA, a então União Soviética, China, Grã-Bretanha e França, por sinal, os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU<sup>10</sup>. E nessa contextualização, a resposta nos é dada pelo embaixador brasileiro Sérgio Duarte, quando da preparação da delegação brasileira para a conferência de 2005 da Organização das Nações Unidas (ONU) que o revisou, a primeira após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, que atingiram Washington e New York, nos EUA. Segundo ele,

“Quando o tratado foi firmado em 1970<sup>11</sup>, os países concordaram em fazer parte do tratado na qualidade de potências nuclearmente armadas – que o tratado reconhecia como sendo

apenas os cinco países do Conselho de Segurança – ou como potências não-nuclearmente armadas – que é o restante dos países que assinaram o tratado.

Por isso que eles (os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança) podem e os outros não podem. Todos concordaram que deveria ser assim.

O tratado também estabelece que aqueles que possuem armas nucleares deveriam tomar medidas de boa-fé para se desarmar. E justamente um dos problemas desta conferência é que muitos países não-nucleares acreditam que os nucleares não estariam cumprindo isso” (SAIBA MAIS..., 2005).

Ainda, segundo ele, não há punições expressas para o descumprimento do tratado. Nessa hipótese, o caso é levado ao Conselho de Segurança da ONU que decidia quais sanções deveriam ser aplicadas. Até o momento, nenhum país foi sancionado, estando em análise o caso da Coreia do Norte, que do tratado se retirou, cuja situação é atualmente objeto de análise da AIEA (SAIBA MAIS..., 2005).

Assim, busca-se justificar a existência de uma espécie de legitimidade construída, ainda que juridicamente, para que alguns países tenham, e outros não, armas nucleares. Essa suposta legitimidade, refletindo outros paradigmas das relações internacionais – à guisa de exemplo a divisão internacional do trabalho – tem sido estendida, em virtude da desconfiança dos países que dominam a energia nuclear bélica, para outros setores de uso da energia nuclear, que, possivelmente, possam ser estendidos para fins pacíficos. E aqui se questiona até que ponto se aceita que os países periféricos tenham acesso à tecnologia e se aceita que estes tenham o direito ao desenvolvimento de conhecimento para o uso de energia nuclear.

Outrossim, busca-se localizar e compreender a tentativa de busca da legitimidade

entre Venezuela e Irã para o desenvolvimento econômico e para a busca de uma cooperação em matéria de energia nuclear, bem como quais são os atores envolvidos nesse processo.

Os atores principais dessa realidade são, exatamente, os governos da Venezuela e do Irã, considerados em conjunto e também singular e juridicamente tomados. O Irã, enquadrado na política externa norte-americana como país integrante do “eixo do mal”, vê-se relativamente isolado perante o Ocidente, principalmente após a Revolução Islâmica de 1979, que o vê com desconfiança. O terrorismo e o fundamentalismo islâmico aumentam a hostilidade do país para com o Ocidente e vive-versa. Por derradeiro, a proximidade do exército dos EUA de seu território, com a intervenção deste país no Iraque (país vizinho), inimigo até então recente, além das pressões de outras potências nucleares – como já dito, o Paquistão, que vê com desconfiança o desenvolvimento da tecnologia nuclear iraniana, e também a União Européia e os próprios EUA contra o seu programa nuclear – criam focos de tensão entre esses atores no campo diplomático e na própria sociedade internacional, que têm em sua agenda de forma permanente a oposição Ocidente-Oriente e o terrorismo, mostrando que esses países também são influentes atores dessa contextura.

Restou ao Irã o apoio da Venezuela, moralmente interessante, mas politicamente pouco garantidor dessa almejada legitimidade, em virtude da posição periférica que a Venezuela ocupa na sociedade internacional. À Venezuela, assim, reconhece-se o relativo isolamento que o país experimenta a partir do governo de Hugo Chávez; sendo este classificado de “força negativa” da América Latina, faz que a diplomacia das demais nações latino-americanas venha a agir com cautela e reticência em relação a Caracas.

Cumpra lembrar que é ainda ator importante a AIEA, que tem em seus membros justamente a Venezuela, desde 1957, e o Irã, desde 1958. Ambos assumiram obrigações

jurídicas internacionais consoantes ao Estatuto da entidade no intuito da não-utilização de energia nuclear para fins não-pacíficos. À Venezuela, somam-se, ainda, as obrigações assumidas com outro ator, a OPANAL, com objetivos semelhantes. De seu turno, o presidente Hugo Chávez declarou que seu país, além de vários outros latino-americanos, como a Argentina e o Brasil, têm o direito de desenvolver a energia nuclear para fins pacíficos. A declaração mostra o Brasil igualmente como ator, visto que, além de Cuba, é o país com o qual mantém fortes laços de governo e que detém algum conhecimento nesse ramo energético.

## 5. Conclusão

Muito se discute acerca da diferença entre ciência e tecnologia. Numa abordagem quase que unanimemente aceita, é possível conceber que a ciência é o conhecimento, a busca pela verdade, e a tecnologia, a aplicação prática dessa verdade. Assim, ciência e tecnologia são concebidas como conceitos antagônicos, de sorte que a sua compreensão exige a aceitação dessa premissa. Ademais, para uma compreensão mais exata, e, especialmente quanto à legitimidade, consolidação, aceitação e obtenção desse conhecimento, propõe-se que a formulação dos conceitos de ciência e tecnologia seja socialmente construída, além de historicamente localizada.

A legitimidade pela busca do conhecimento por países como a Venezuela e o Irã passa por esse critério, ainda que o conceito socialmente construído seja arquitetado na sociedade internacional, cujos atores principais são os próprios Estados e as organizações internacionais.

A não-aceitação de atores estatais, como os EUA e a União Européia (ainda que também entenda-se ser a União Européia uma organização Internacional), e dos atores que são as organizações internacionais, como a Agência Internacional de Energia Atômica (em nível global) e a Organização para a

Proscrição de Armas Nucleares (esta última em âmbito regional, na América Latina), a busca e o desenvolvimento de conhecimento em matéria de energia nuclear se mostram como pauta de desenvolvimento para os países periféricos do capitalismo<sup>12</sup>. Essa não-aceitação – não somente à energia nuclear, mas ao conhecimento tecnológico como um todo – refere-se a inúmeros fatores, entre os quais se destaca o desejo dos países industrializados de manter uma ordem internacional desequilibrada e injusta, concentrando riqueza e poder, e, por conseguinte, mantendo a dependência política e econômica dos demais. É nessa perspectiva que se aduz que, na sociedade internacional, o poder não se dá apenas pelo viés do peso político, militar e econômico, mas igualmente pela posse do conhecimento, como instrumento para enfrentar as demandas da sociedade globalizada, suas adversidades estruturais e suas crises. O conhecimento, a ciência e a tecnologia são o novo capital dos países. E a fragmentação, democratização, acesso e difusão desse conhecimento implicaria a reinvenção dessa ordem, com o consequente estabelecimento de novas relações de poder, fundadas não apenas na dependência, mas na colaboração e no compartilhamento de ideais e iniciativas comuns à humanidade.

Ocorre, porém, que, como o período da Guerra Fria demonstrou, se as superpotências nucleares, os EUA e a então União Soviética demonstraram o risco que a energia nuclear representava, especialmente no campo bélico, questiona-se se, dominando-a, os países em desenvolvimento não empreenderiam lutas verdadeiramente desastrosas para galgarem postos de poder e ascensão. No entanto, a concentração desse conhecimento e, conseqüentemente, da riqueza mundial por poucas nações, somada à hostilidade e egoísmo do mundo desenvolvido – que em nome de seu bem-estar e da manutenção do *status quo* impõe uma ordem internacional injusta e autoritária – contribuem para fomentar tais previsões,

visto que os fundamentalismos e radicalismos encontram forte eco e ressonância na pobreza e na ignorância. Por fim, argumentar-se-ia contra o acesso e o desenvolvimento de energia nuclear pelos países periféricos que o seu domínio ocasionaria um perigoso desequilíbrio de poder entre eles, igualmente aguçando rivalidades locais e desequilíbrios regionais.

Dessa forma, a busca e a manutenção da paz são paradigmas e valores a serem sopesados em todas as relações humanas, por óbvio, também nas relações internacionais. E o histórico da energia nuclear inclui fins bélicos, o que não colima com esses paradigmas.

Dito isso, a pergunta que dá título a este artigo: a cooperação entre Venezuela e Irã é um conceito socialmente construído na sociedade internacional ou uma alternativa ao desenvolvimento? Como já dito, não parece haver maiores dificuldades em encontrar essa legitimidade no que tange ao desenvolvimento econômico, apesar de os meios buscados para esse intento terem que se ater ao sistema multilateral de comércio negociado no seio da Organização Mundial do Comércio (OMC). No que tange à cooperação em matéria de energia nuclear, essa legitimidade que se busca, sendo fruto de um contexto historicamente localizado em que interagem atores sociais, e igualmente permeado por um sistema legal (*verbi gratia*, os tratados internacionais), permite que se responda à questão afirmativamente em suas duas possibilidades. Assim, essa almejada cooperação é um conceito socialmente construído, em virtude do não-alinhamento desses países com a legitimidade legal arquitetada na sociedade internacional (ora negociada, ora praticamente imposta), que lhes impôs isolamento e hostilidade por parte do mundo desenvolvido, além de alternativa ao desenvolvimento, pois, diante da concentração de poder, há também concentração de renda, de conhecimento e de tecnologia no mundo desenvolvido, não-compartilhada com os países periféricos, obviamente não fomentando o desenvolvimento.

Não se pode olvidar, porém, que, como lembra Ricardo Arnt (1985, p. 12), para os países em desenvolvimento, a manutenção de programa nuclear implica um endividamento súbito e drástico, o que deve ser sope-sado pelos governos e pela sociedade civil.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. GONÇALVES, 2002, p. 12-13.

<sup>2</sup> E quando Chávez menciona a Revolução Bolivariana, parece querer apoiar seu discurso nos antecedentes históricos do libertador e herói nacional Simon Bolívar. Quando este visitou os EUA, em viagens internacionais que realizou a partir de 1806, posteriormente observou: "... con respecto a la Nación Americana, debo decir, que ni remotamente ha entrado en mi idea assimilar la situación y naturaleza de los Estados tan distintos como el Inglés Americano y el Americano Español". Finalizando, ¿ No sería muy difícil a España el Código de Libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aún es más difícil adoptar en Venezuela las Leyes del Norte de América". Cf. CALDERAS, 1983, p. 18-19.p. 18-19.

<sup>3</sup> Na oportunidade, o presidente da Associação Brasileira de Energia Nuclear (ABEN), Edson Kuramoto, afirmou que qualquer decisão sobre cooperação dependeria do governo brasileiro, e não da indústria, e que a proposta, nos termos que realizada, era muito vaga. Ademais, segundo ele, a Venezuela estaria bastante atrasada em relação ao Brasil na pesquisa de energia nuclear, o que poderia significar que o país estaria mais interessado em comprar tecnologia em vez de uma cooperação propriamente dita, visto que seriam necessários anos ou talvez décadas para que a Venezuela desenvolvesse a sua própria tecnologia. Ainda, segundo ele, Brasil e Argentina têm investido na área por aproximadamente 30 anos, estando, portanto, mais desenvolvidos que a Venezuela, pelo que se supõe. Por fim e porém, há a possibilidade de existirem reservas de urânio - o combustível das usinas nucleares - naquele país, visto que o Brasil descobriu reservas do mineral no estado do Pará, não muito longe da fronteira com o vizinho ao norte (BRASIL MOSTRA..., 2005).

<sup>4</sup> Sítio oficial: <http://www.opanal.org>. Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL). Schiller 326 - 5º piso. Col. Chapultepec Morales, México D. F. 11570. México. Tel: (52-55) 5255-2914, 5255-4198, 5545-9251. Fax: (52-55) 5255-3748.

<sup>5</sup> O tratado internacional pode ser entendido como o negócio jurídico capaz de criar direitos e

obrigações entre sujeitos de direito internacional público, isto é, entre aqueles que têm capacidade para atuar com independência e por moto próprio na sociedade internacional, que, numa perspectiva tradicional e conservadora, é apenas os Estados e as organizações internacionais. Resumidamente, sua criação pode ser vislumbrada nas seguintes fases: 1) Negociações entre os países, onde se discute o tema a ser debatido e acordado; 2) A aceitação e adesão dos representantes dos países ao seu texto final; 3) A aprovação pelos respectivos parlamentos nacionais deste texto; 4) A ratificação, em que o país declara e dá publicidade dele perante a comunidade internacional; 5) A promulgação do texto pelos poderes executivos - o que, para muitos, pode ser uma redundância, visto que em muitos casos é o próprio chefe do executivo que negocia o tratado; 6) O seu registro em órgãos ou organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), dando-lhe publicidade internacional.

<sup>6</sup> Sítio oficial: <http://www.iaea.org>. Endereço: International Atomic Energy Agency, P.O. Box 100, Wagramer Strasse 5, A-1400 Vienna, Austria. Telephone (+431) 2600-0; Facsimile (+431) 2600-7; E-mail: [Official.Mail@iaea.org](mailto:Official.Mail@iaea.org)

<sup>7</sup> Cf. o Estatuto da AIEA. Disponível em: <<http://www.iaea.org>>. Acesso em: [2005?]

<sup>8</sup> A própria Constituição da República Islâmica do Irã, ratificada em 15 de novembro de 1979, no ano da Revolução Islâmica que depôs o Xá Muhammad Reza Pahlavi, que governou o país entre setembro de 1941 e janeiro de 1979, dispõe, no nº 13 de seu artigo 3º, que o governo buscará *assegurar a auto-suficiência na ciência, tecnologia, indústria, agricultura e questões militares, tal como nos demais campos*. Cf. IRÃ, 1986, 102 p.

<sup>9</sup> Leticia Pinheiro (2004, p. 40-41) destaca a opção de desenvolvimento feita pelo país a partir da orientação de sua política externa, realizada a partir do governo militar do presidente Gal. Costa e Silva, (1967-1969), reincorporando teses nacionalistas de outrora, que, entre outras medidas, culminaram pela não-assinatura do Brasil ao Tratado de Não-Proliferação: "... a reincorporação de teses mais nacionalistas ao modelo de desenvolvimento daria à agenda diplomática uma conotação mais autonomista, embora não colocasse em xeque o alinhamento político e militar ao Ocidente. Em decorrência, a política externa do regime militar sofreria senão uma ruptura, certamente uma importante inflexão, ao incorporar o eixo Norte-Sul como um elemento de definição de políticas. A título de exemplo, o Brasil teve papel destacado na 2ª Conferência da UNCTAD (1968) em defesa de tratamentos não-discriminatórios e preferenciais aos produtos manufaturados dos países subdesenvolvidos. Deve-se registrar também a rejeição do argumento da

irresponsabilidade dos países do Sul como razão para lhes negar acesso à tecnologia de ponta, levando a que o Brasil se recusasse, em 1968, a assinar o Tratado de Não-Proliferação Nuclear (TNP).”

<sup>10</sup> Dentro da estrutura organizacional e política da ONU, destaca-se o Conselho de Segurança. O órgão é formado por quinze estados membros, sendo que, diferentemente de dez que são indicados para um mandato de dois anos pela Assembleia Geral (órgão de natureza mais democrática, visto que nele há a igualdade jurídica das nações, isto é, para cada país, um voto, independentemente de seu peso político, econômico ou militar), os outros cinco membros são os estados vencedores da Segunda Guerra Mundial, EUA, então União Soviética (cujo assento atual é ocupado pela Rússia), Grã-Bretanha, França e China (cujo assento inicial fora ocupado pela ilha de Taiwan). Esses cinco membros erigiram-se em tal condição a partir da Carta de San Francisco (1945), criadora da ONU, e detêm o poder de veto, ou seja, as decisões do Conselho de Segurança somente podem ser tomadas por unanimidade dos membros permanentes. As intervenções militares com a formação de forças de paz e as relativas à segurança internacional cabem ao Conselho de Segurança.

<sup>11</sup> Outras fontes apontam como data o ano de 1968.

<sup>12</sup> Shozo Motoyama (1992, p. XIX) lembra que “os estudos e as investigações históricas das políticas nucleares implantadas em nível nacional e internacional são de grande relevância. Acima de tudo para aqueles que vivem nos países da periferia, o estudo da política nuclear de sua própria nação tem um significado valioso e peculiar. Isto porque as pesquisas desta natureza são capazes de revelar uma série de características inerentes ao desenvolvimento do país em estudo. E claro está que sem verdadeira compreensão da realidade nacional não se pode intentar, com um mínimo de sucesso, a caminhada rumo ao desenvolvimento pleno”.

## Referências

ARNT, Ricardo. *O que é política nuclear*. São Paulo: Brasiliense; Abril Cultural, 1985. 112 p.

BRASIL mostra cautela sobre cooperação nuclear com a Venezuela. *Yahoo Notícias*, São Paulo, 23 maio 2005. Disponível em: <<http://br.news.yahoo.com/050523/5/ubb1.html>>. Acesso em: 31 maio 2005.

CALDERAS, Freddy. *Bolívar frente a Estados Unidos*. Maracaibo: [s.n.], 1983. 147 p.

ESTATUTO. *Agência Internacional de Energia Atômica*, Vienna. Disponível em: <<http://www.iaea.org>>. Acesso em: [2005?].

GONÇALVES, William. *Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. 68 p.

IRÃ. *Constituição da República Islâmica*. Lisboa; Brasília: Embaixada da República Islâmica do Irã, 1986. 102 p.

MOTOYAMA, Shozo. Prefácio. In: MARQUES, Paulo Queiroz. *Sofismas nucleares: o jogo das trapanças na política nuclear do país*. São Paulo: Hucitec, 1992. 169 p.

ORGANIZAÇÃO para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina e Caribe, México D. F. Disponível em: <<http://www.opanal.org>>. Acesso em: [2005?].

PESTRE, Dominique. Por uma nova história social e cultural das ciências: novas definições, novos objetos, novas abordagens. *Cadernos IG/UNICAMP*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 5-56, 1996.

PINHEIRO, Leticia. *Política externa brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. 81 p.

SAIBA mais sobre o Tratado de Não-Proliferação. Entrevista com o embaixador Sérgio Duarte. *BBC Brasil*, [S.l.]. Disponível em <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/05/050429\\_interatividadeaw.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/05/050429_interatividadeaw.shtml)>. Acesso em: 31 maio 2005.



# Promessas de empoderamento para mulheres

Leila Bijos

## Sumário

1. Família, trabalho e gênero.
2. Atividades singulares.
3. Transformações políticas e sociais.
4. Mudança de cenário.

O Brasil das últimas décadas não foi contemplado com um desejo político e os governantes não apresentaram reformas sólidas para diminuir os patamares da fome e da miséria. Essas políticas incorretas afetaram as mulheres e impediram seu desenvolvimento social, privando-as de educação, de uma renda adequada, de igualdade de gênero, justiça social e acesso a políticas públicas. O desenvolvimento não somente gera crescimento, mas também distribui benefícios justos e de forma imparcial. Ele *empodera* as pessoas, especialmente as mulheres, e prioriza benefícios para os pobres, ampliando suas oportunidades, eliminando a discriminação de gênero, inserindo-as no mercado de trabalho, para que iniciem um negócio, às vezes um micronegócio no setor informal. O desenvolvimento proporciona a inserção das mulheres numa sociedade masculina, na qual certas formas de racismo e sexismo estão sempre presentes.

Há, na atualidade, uma nova divisão de trabalho que põe o peso das políticas sociais nas mulheres, nos negros e nos pobres. As mulheres estão buscando o empoderamento e a liberdade. Nas mais remotas regiões, uniram-se, partilharam informações, mobilizaram-se e reivindicaram mudanças,

Leila Bijos é Bolsista CAPES/FULBRIGHT, Doutora em Sociologia pelo CEPPAC, Universidade de Brasília (UnB), e professora da Universidade Católica de Brasília.

insistiram e persuadiram. Citando Smith (2004), “elas fizeram seus *lobbies* junto às autoridades, ingressaram em carreiras políticas, levantaram suas vozes até as autoridades econômicas. Escreveram, falaram, proclamaram. Criaram organizações, expandiram seus canais de comunicação, formaram redes transnacionais e organizaram congressos”. Conscientemente engajaram-se em novas oportunidades, ações políticas, projetos de desenvolvimento comunitário, para atingirem seus objetivos e suas metas. Imiscuiram-se no mundo masculino, sendo em muitos sentidos obstruídas pelos homens, a fim de apresentarem suas reivindicações e mostrarem a sua capacidade. As mulheres aprenderam a seguir e a usar suas percepções imediatas, baseadas em experiências passadas, e suas duras condições de vida para imporem novas metas e novos temas para as suas vidas, especialmente no Terceiro Mundo.

Lamentavelmente, as populações da América Latina não foram contempladas com políticas sociais abrangentes. No Brasil, durante anos, os governos limitaram o acesso aos pobres a uma cultura formal, negando-lhes o direito a uma alfabetização básica, seguindo uma política adotada sistematicamente e durante um longo período pelas famílias poderosas dos “coronéis” do Nordeste, que controlavam não só a economia, mas a política na região<sup>1</sup>. Empoderamento, num sentido formal, inclui a provisão de oportunidades, entre elas o voto, o acesso aberto aos sistemas jurídicos legais e aos sistemas adequados de informações (CRASKE, 1999, p. 23).

### 1. Família, trabalho e gênero

O Brasil possui uma grande parcela de sua população vivendo com uma renda que não é suficiente para cobrir suas necessidades básicas. O principal determinante da continuidade da pobreza no Brasil parece ser, nas palavras de Sônia Draibe (2002), “de que os governos sob a forte pressão interna-

cional teriam optado radicalmente por um lado da balança – o do ajustamento econômico e fiscal. Ao fazê-lo, teriam dado significativos passos em direção ao desmantelamento do antigo Estado de Bem-Estar Social. No caso latinoamericano, do antigo e ainda embrionário Estado de Bem-Estar Social gestado em alguns poucos países da região”. Contudo, Draibe mostra que o “desmantelamento” do Estado, tal como esperado por alguns, não se está dando nos seus programas sociais, está ocorrendo “um movimento de *inflexão gradual do padrão pretérito de proteção social*, verificado sobretudo no plano das instituições das políticas e programas, através da introdução ou reforço de pelo menos três características: a descentralização, os novos parâmetros para a alocação de recursos e a redefinição das relações público-privado no financiamento e na provisão de bens e serviços sociais”.

Diante dessa política de ajustamento econômico, tornou-se necessário cada vez mais o contraponto de uma política de combate à pobreza em que uma de suas faces é o crédito popular para os excluídos. Em todo o período das últimas décadas, foi crescente a incorporação das mulheres no mercado de trabalho tanto urbano quanto rural, e nos mais diferentes níveis de qualificação e escolaridade. A entrada na esfera pública externa, ocupada anteriormente pelos homens em proporções mais altas, permite que as mulheres vislumbrem novas oportunidades remuneradas, um negócio só seu, como a abertura de uma banca de vendas de água de coco, de bijouterias, ou de roupas, transpondo as riscas de giz anteriormente delimitadas pelos homens. O gerenciamento de um micronegócio, a comprovação de sua capacidade laboral e administrativa, o sucesso e o lucro farão com que busquem uma maior emancipação econômica, ensejando a consolidação de seu negócio. A partir daí, torna-se possível que procurem os órgãos públicos e privados do sistema financeiro para regulamentar o seu microempreendimento, confiantes no sucesso, ampliando

seu espaço no mercado e buscando linhas de crédito. O sucesso dependerá do modo como conseguirão articular seus negócios e seu modo de inserção na rede familiar ou de parentesco.

Na busca de um trabalho extraluar, as mulheres potencializarão sua gestão empresarial e melhorarão sua auto-estima. Esse novo modo de vida impõe uma reorganização social, uma reestruturação “formal” no centro urbano, em que seu cotidiano insere-se em exclusões e em objeto de estratégias de recusa. É se desenraizar, modelar-se a um novo ambiente regido por uma determinada lógica atribuída à nova condição de camelô, sendo por isso chamadas de trabalhadoras em domicílio ou externas. O trabalho remunerado externo é visto pelas mulheres como uma estratégia possível de emancipação de seu papel subserviente na família (BRUSCHINI et al., 1998, p. 277). Já que essa população considerada “inativa” encontra-se efetivamente ocupada, ou seja, trabalhando na produção doméstica não remunerada, trabalhando muito mais do que o homem, cumprindo uma dupla jornada de trabalho. Além disso, ela participa de atividades produtivas, costurando, bordando, cozinhando, até conseguir inserir-se, na maioria dos casos, no setor secundário. Elisabeth Lobo (1992, p. 257) compreende que “estudos que associam família e trabalho e que se tornaram correntes no Brasil dos anos setenta e oitenta trazem uma contribuição fundamental, mas alerta para o perigo de que esta reflexão tende a privilegiar o orçamento familiar e seu projeto estratégico, subsumindo integralmente as mulheres como atores sociais (...). O problema consiste na visão estrutural sobre a natureza do trabalho feminino, o que impede a problematização das formas históricas e culturais da divisão sexual do trabalho e as fixa em termos de reprodução dos papéis sociais”.

Entendemos que a análise dos “papéis sociais” tradicionais entre homens e mulheres, e o de suas transformações, deve ser feita à luz da utilização da perspectiva teórica

de gênero (MACHADO, 1994), permite apontar que toda e qualquer divisão sexual do trabalho e configurações de papéis sexuais não é a atribuição de papéis a sexos pré-determinados, mas é decorrência de uma prévia relação social-simbólica que institui significados de gênero: feminino e masculino, “sem estabelecer uma mecânica de determinação” e que, “neste sentido, a divisão sexual do trabalho é um dos muitos *locus* das relações de gênero” (LOBO, 1992, p. 260).

Como salienta Bruschini (1998, p. 277), a idéia de que a raiz da subordinação da mulher está na sua exclusão do mundo produtivo era o fundamento do feminismo, tanto em sua versão liberal como naquela de inspiração marxista, constituindo uma referência importante para transformar o trabalho feminino em problema teórico. Lavinas (1992, p. 226) enfatiza que, no primeiro caso, a força de trabalho feminino estaria perdendo sua “especificidade” no modo capitalista de produção, conquistando maior mobilidade, o que parece invalidar o paradigma explicativo da sobredeterminação da inserção familiar sobre a inserção profissional. Por isso mesmo, o ciclo vital da família estar-se-ia tornando inadequado como instrumental teórico para se pensarem as desigualdades entre sexos na família e explicar, por extensão, a participação diferenciada de homens e mulheres no mercado de trabalho. As mulheres cada vez mais se constituem em população ocupada e seus níveis de escolaridade superam os masculinos.

Contudo, se a exclusão das mulheres do mercado de trabalho em função de sua inserção no trabalho doméstico parece decrescer, em grande parte, sendo superada pela entrada de mulheres no mercado do trabalho e pela sua crescente inserção no mundo escolar, as diferenças salariais entre homens e mulheres é que parecem concentrar os sintomas mais visíveis da permanência das questões diferenciais de gênero na inserção no mercado de trabalho e na divisão de trabalho doméstico. No Brasil, o rendimento médio mensal de homens com 4 a 7 anos de

estudos é igual a R\$ 445,10, enquanto as mulheres percebem um salário de R\$ 245,20, que corresponde a 55,1% do salário dos homens. É importante apontar que as diferenças de salários por sexo no Brasil vai de 61,15%, que o salário feminino representa em relação ao masculino da população de até 3 anos de escolaridade, a 55,08% (de 4 a 7 anos), 56,26% (de 8 a 10 anos) e 56,26% (de 11 anos ou mais). Na Região Metropolitana de Salvador, foco de nossa análise, as variações são mais desfavoráveis às mulheres: 55,3% (até 3 anos), 54,38% (de 4 a 7 anos), 55,82% (de 8 a 10 anos) e 56,02% (de 11 anos e mais)<sup>2</sup>. Além disso, demonstra um hiato na remuneração da demanda por trabalho, o que faz certamente prevalecer a hegemonia da oferta de trabalho para os homens, alargando disfunções sociais, que conseqüentemente aumentam o preconceito entre os homens e as mulheres no mercado de trabalho.

O trabalho feminino não representou tendencialmente a saída do mundo doméstico ou uma nova divisão de trabalho no espaço doméstico, mas passou a focalizar a articulação entre o espaço produtivo e a família. Para a mulher, a vivência do trabalho implica sempre a combinação dessas duas esferas, seja pelo entrosamento seja pela superposição (BRUSCHINI, 1998, p. 278). Essa diferença salarial entre homens e mulheres parece indicar a exposição de que ou o gênero feminino é representado pelo mercado de trabalho como capaz de desvalorizar, por si mesmo, a qualidade mesma do trabalho, ou que a representação sobre o gênero feminino é que o escopo do mercado de trabalho é secundário em relação às funções domésticas, podendo, por isso, ser menos remunerado.

## 2. Atividades singulares

Apesar do considerável volume de atividades que se esconde sob a rubrica afazeres domésticos e que mantém ocupadas mulheres de todas as camadas sociais, o trabalho doméstico não é contabilizado nesse tipo de

coleta como atividade econômica. Existem preconceitos em relação ao papel da mulher na sociedade, que tende a classificá-la prioritariamente na sua função de dona-de-casa. Atividades singulares como criar filhos, cozinhar, cuidar da casa e outras começaram a ser valorizadas por pesquisadores, por suas contribuições econômicas internacionais, conforme apresentadas por analistas internacionais (ALVAREZ, 1990; BRUSCHINI, 1992; CASTRO, 1992; CRASKE, 1999; LAVINAS, 1992; LOBO, 1992; MACHADO, 1994), mostrando uma contribuição invisível das mulheres à renda nacional, por meio de uma pesquisa sobre o tempo gasto por homens e mulheres em atividades mercantis e não-mercantis, em 31 países industrializados e não-industrializados.

Os resultados mostram que 53% do total do tempo de trabalho nos países em desenvolvimento e 51% nos industrializados são gastos pelas mulheres. Mostram também que, nos países industrializados, 66% do total do tempo do trabalho são gastos pelos homens em atividades remuneradas e 34% em não pagas, enquanto nos países em desenvolvimento essa relação é de 76% em atividades remuneradas e 24% em trabalho não pago. Enquanto isso, as mulheres, tanto nos países em desenvolvimento como nos industrializados, consomem 34% do tempo de trabalho em atividades remuneradas e 66% em trabalho não pago. Craske (1999, p. 37) aponta para as novas mudanças nas estruturas domiciliares, refletidas a partir das novas oportunidades de trabalho que surgem para as mulheres, resultando em maiores possibilidades de uma vida independente, o que predomina no crescimento de mulheres provedoras do lar.

## 3. Transformações políticas e sociais

O Brasil, como outros países da América Latina, viveu duas décadas de regime autoritário, marcado pela repressão, disfarçado de uma democracia progressiva, mas evi-

denciando o corporativismo estatal. O autoritarismo permitiu um acesso mínimo da população à arena de decisão política, o que tornou as lutas das mulheres por uma subjetividade política mais difícil. O legado do colonialismo mostra uma sociedade altamente estratificada por hierarquias de classe, raça e gênero. Uma elite social de “gente decente” emergiu, atuando como modelos centrais para os pobres e as comunidades afro-brasileiras. Esse legado deu à região uma série de características, que foram reforçadas pela exclusão política: *caudilhismo*, um sistema peculiar no Nordeste, sistemas personificados pelo clientelismo e centralismo. A campanha para eleições diretas, que teve início no dia 25 de janeiro de 1984 com o 1º Comício Diretas Já, realizado na Praça da Sé em São Paulo, marcou um ponto crítico na transição para um regime civil democrático. Com a morte de Tancredo Neves, vencedor, por via indireta, do pleito de 15 de janeiro de 1985, a Presidência é assumida pelo vice, José Sarney (1985-1988).

O clientelismo e o sistema patrimonialista na administração da política social aumentaram a distância entre cidadãos habilitados e serviços sociais, resultado de uma modernização neoliberal incompleta e incompetente de Fernando Collor (1990-1993). No escopo de implementação de reformas institucionais, que integraram o eixo do programa do primeiro Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), pretendeu-se reestruturar os conteúdos sociais da democracia e do Estado de Bem-Estar, pautada por objetivos de equidade e melhora da estrutura de oportunidades, incluindo-se a defesa da estabilidade macroeconômica, a reforma do Estado e a retomada do crescimento econômico, mas falhou na sua meta final.

O fundamento teórico para uma análise do desemprego e da exclusão social deve ser feito por meio de um exame não só do contingente de trabalhadores e trabalhadoras, mas das políticas sociais, questionando se estas foram estabelecidas num ambi-

ente macroeconômico estável, com a promoção de crescimento contínuo e equitativo e se houve geração de emprego. Durante a última década, a formulação de políticas públicas para o combate ao desemprego tem sido uma prioridade nas agendas governamentais, tanto nas economias industrializadas, quanto nas economias em desenvolvimento. Entre essas políticas incluem-se as dinâmicas de oferta e de demanda de trabalho.

A partir da “oferta” e da “demanda”, são determinados a taxa de desemprego, os salários e a produtividade do trabalho. Se o contexto global é negativo, afeta a economia em desenvolvimento, colimando em impactos mais complexos e profundos, gerando o desemprego crônico. O desemprego crônico não é um problema de subdesenvolvimento, nem uma questão exclusiva dos países em desenvolvimento, mas se traduz por desafios institucionais e sociais, que são sobrepostos a ajustes econômicos e tecnológicos, que não podem ser facilmente enfrentados da mesma forma que os países industrializados (POSTHUMA, 1999, p. 12).

O número de pessoas que a cada ano entra e sai do mercado de trabalho depende de dois grupos de fatores. O primeiro é a tendência demográfica do país. O segundo é o desempenho da própria economia. A elevada taxa de crescimento da população brasileira do passado tem refletido profundamente no presente, apesar de que atualmente essa taxa vem decaindo, mas tem dificultado o crescimento da oferta de novos trabalhadores. No futuro, com a diminuição da pressão sobre o mercado de trabalho, não se sentirá o quanto o crescimento demográfico prejudica a oferta de trabalho.

Em segundo lugar, discute-se o efeito da globalização, com os seus sistemas de produção e distribuição, as mudanças tecnológicas e a intensificação da competição, que têm desencadeado transformações profundas no mundo do trabalho e aumentado a exclusão social<sup>3</sup>. Amadeo (1999, p. 36) ressalta que “antes o trabalho era visto como

homogêneo e estático; o capital como a fonte do progresso tecnológico. Hoje, o dinamismo econômico está cada vez mais no conhecimento, nas habilidades e na experiência dos trabalhadores e não no capital físico ou nas empresas". A geração de postos de trabalho não está na falta de dinamismo da economia, mas, sim, em fatores ligados ao funcionamento do mercado de trabalho, que estão associados ao rápido crescimento da produtividade do trabalho.

O crescimento da produtividade do trabalho depende de uma melhor qualificação dos trabalhadores, permitindo a produção de bens de melhor qualidade, utilizando menos esforço por parte desses mesmos trabalhadores. Somente com ganhos substanciais de produtividade e aumento de salários reais é que se desenvolverão os grandes mercados de massa no mundo. Nogueira e Machado Neto (1999, p. 169) argumentam que o desenho de estratégias antipobreza começa com a percepção de que a renda do pobre consiste no valor dos bens e/ou serviços gerados pelo patrimônio (capital) que ele/ela possui, bens e/ou serviços esses que são vendidos em um determinado mercado. Afirmam que o problema da pobreza é decorrente de disponibilidade de um patrimônio muito limitado, incapaz de permitir a venda de um volume significativo de bens e serviços no mercado, e, quando essa venda efetivamente ocorre, o preço recebido pelo pobre é muito baixo

Em que circunstâncias o pobre vai poder vender seu trabalho? Desigualdade de "renda" e desigualdade de "oportunidades", especialmente no Brasil, têm sido há muito tempo associadas a diferentes análises no que concerne à justiça social. Bourguignon (2003, p. 2) especifica que "os primeiros desses conceitos referem-se à distribuição desse produto conjunto de esforços desempenhados por uma pessoa e às circunstâncias particulares sob as quais esses esforços são feitos. Na maioria dos casos, estão ligados à desigualdade de 'renda'".

Como controlar essa situação se existe uma heterogeneidade de circunstâncias vividas por todos os cidadãos, e imbuídas de fatos como catástrofes naturais, desgraças inesperadas, que cortam o destino de cada um, atingindo-o na sua totalidade? Como separar essas "circunstâncias" dos "esforços"?

Os patamares de pobreza no Brasil estão atrelados ao desemprego, que é mais elevado entre as mulheres do que entre os homens. Especialmente, no que concerne ao trabalho envolvido em unidades de sobrevivência, nas quais as tarefas das mulheres – sejam domésticas, sejam no setor público da economia – inserem-se de formas variadas, segundo o estrato social. Há uma evidência clara de uma massa de desemprego maior entre os filhos do que entre os chefes de família e os cônjuges, como em 1997, quando, de acordo com o Relatório do IBGE, a taxa de desemprego dos chefes de família foi de 4%; enquanto entre os filhos, superou os 10%. Da mesma forma que a taxa de desemprego dos trabalhadores com mais de 40 anos de idade foi de 3%, enquanto a taxa de desemprego dos jovens atingiu mais de 11%.

O ajuste liberal aumentou o grau de informalidade do mercado de trabalho no Brasil dos anos 90, e uma de suas causas refere-se às novas formas de produção e de relações de trabalho, que aumenta o número de trabalhadores autônomos pelo processo de terceirização. São múltiplas as causas da informalidade no Brasil, uma delas destaca-se pelos incentivos gerados pelo sistema de seguridade social, outra pela legislação trabalhista, finalizando-se pelas peculiaridades das pequenas e microempresas, que concentram um grande número de trabalhadores informais. Nogueira e Machado Neto (1999, p. 172) concordam com a tese da informalidade como resposta da sociedade à ineficiência do Estado, e, sob essa ótica, suas origens estão na manutenção dos elevados encargos sociais do trabalho formal e dos excessivos encargos fiscais, na presença de

excessiva regulamentação burocrática, na participação do Estado em atividades econômicas competitivas e no descrédito ou desconfiança quanto à alocação de recursos públicos. Fatores que favorecem a sonegação e as práticas anárquicas e, ainda, a elevação dos níveis de incertezas.

Não nos surpreende o porquê de a população exigir políticas alternativas. Demanda-se uma resposta imediata às questões de gênero e à segregação, que procuram modificar o processo de ajustes com um alto grau de seletividade, procurando beneficiar as mulheres pobres, oferecendo-lhes mais prioridade em termos de saúde e educação, do que em termos de projetos urbanos de larga escala. Novas oportunidades deveriam ser oferecidas aos pobres, às crianças, para que eles se tornem menos dependentes de seus pais. Ao enfocarmos o tema da educação, uma maneira natural de responder a essa questão consiste em estudar a “demanda para uma educação formal” ou, em outras palavras, perguntando-nos qual é o investimento feito pelos pais em seus filhos, condicionando-os às suas próprias características? Quando nos referimos às desigualdades existentes na educação formal, que é explicada pelas características dos pais e, em seguida, quantificadas pela desigualdade de oportunidades, veremos que o resultado final será atribuído aos esforços heterogêneos de cada indivíduo (BOURGUIGNON et. al., 2003, p. 3). O desafio maior é, como especifica Castro (2003, p. 13), ao mesmo tempo, combater uma e todas as iniquidades sociais, combinando, portanto, políticas focalizadas e universais, fazendo o nexos entre distintos movimentos sociais e não perdendo a perspectiva político-crítica sobre a sociedade estruturada em classes sociais.

A análise anterior nos direciona à seguinte questão: “como suprir serviços financeiros formais a uma população pobre banida pelos bancos, cujas economias são irrelevantes, sua demanda por crédito é pequena, e eles não oferecem garantia de pa-

gamento”? Os pobres têm medo de entrar numa instituição financeira para pedirem algum empréstimo, porque sabem da burocracia das instituições bancárias oficiais.

O Brasil, diferentemente de outros países da Ásia e da América Latina, não participou das primeiras experiências de microcrédito. O investimento na indústria de microfinanças, o apoio para seu crescimento e fortalecimento, por parte do Estado, não ocorreu. O sistema financeiro funcionava tradicionalmente num contexto de altas taxas inflacionárias, crédito governamental e subsidiado, diferentes modalidades de crédito ao consumidor e um marco legal não propício que são apontados como principais causas desse atraso (BARONE, 2002, p. 9). Somente no fim da década de 70 é que foram criadas as primeiras instituições de microfinanças, em decorrência de uma estabilização econômica, quando cresceu o interesse dos governos municipais e estaduais em apoiar a criação de ONGs especializadas em microcrédito.

A partir do modelo de criação das redes de serviços bancários para as pequenas comunidades, como em Bangladesh, Bolívia, Indonésia e, finalmente, no Brasil, novas ONGs foram evoluindo para bancos oficiais especializados no oferecimento de serviços bancários para os pobres, apresentando inovações institucionais, que cresceram e se transformaram em instituições financeiras sustentáveis de escala. Parte desse sonho visionário foi alcançado, mas a realidade nos mostra que ainda há muito a ser realizado, antes que possamos declarar que os desafios de uma demanda por serviços financeiros direcionados aos pobres tenha sido alcançada, principalmente nas zonas rurais. A maioria dos programas de microfinanças é pequena e mostra-se vulnerável, apresentando um certo constrangimento de recursos financeiros, operando em poucas localidades, servindo a um específico nicho de clientes, demonstrando que se encontram expostos a riscos sistemáticos e a uma carteira de empréstimos não diversificada,

como se vê em algumas cidades do Nordeste, Sul e Centro-Oeste.

Como a população miserável não tem um emprego formal ou um endereço residencial fixo, essas instituições de microfinanças correm o risco de não alcançarem taxas adequadas de pagamento, tanto pelos juros cobrados, como pelos empréstimos totais. Uma outra deficiência apontada pelos especialistas (MOSLEY, 2001; NAVAJAS et al., 2000; ZELLER; MEYER, 2002; HOLT; RIBE, 1991; SEN, 1999) é que os pobres, simplesmente por que são pobres, não poupam – essa é uma das causas por que somente alguns poucos programas efetivamente oferecem condições para depósitos. Alguns autores, no entanto, enfatizam que há evidência de que os pobres poupam, especialmente para o consumo financeiro informal, com o acúmulo de estoques de cereais sazonalmente, interrompendo o processo quando a estação da colheita termina. Eles também possuem bens duráveis, tais como ferramentas, jóias, maquinário, carroças, que podem ser vendidos em tempos de crises, e que poderão ser recomprados quando a situação financeira melhora. As pesquisas recentes indicam que os pobres, a partir do momento que se lhes dêem oportunidades e incentivos, poupam, podem poupar mais do que podemos imaginar.

Outros programas de microfinanças restringem o crédito às mulheres, mostrando indiretamente que as mulheres constituem um segmento em que o retorno dos empréstimos fica muito aquém das expectativas bancárias, especialmente nos países em desenvolvimento. Existem evidências de programas de microfinanças com a participação maciça de mulheres, que provaram que essa assertiva não é verdadeira, como demonstra o programa de crédito para as mulheres em Bangladesh, BancoSol na Bolívia, em que os programas centrados nas mulheres tiveram taxas muito mais altas de pagamento do que os esquemas de crédito tradicionais, que excluem as mulheres de suas carteiras.

#### 4. Mudança de cenário

O universo das mulheres no setor informal urbano, beneficiárias ou não do microcrédito, faz parte de uma questão de diferença e da desigualdade social, da universalidade e da particularidade; resgatar e situar as mulheres num lugar único é a nossa tarefa. Tarefa essa que inclui ouvi-las nas suas solicitações, nas suas inquietações, que, na maioria das vezes, incide em discussões sobre a pobreza, o preconceito, a carência de oportunidades, para que possam viver uma vida com padrões mínimos de conforto e segurança. As mulheres reclamam que sempre lhes foram oferecidos os menores percentuais salariais, nenhuma chance para mudarem suas vidas, ou mesmo a menor oportunidade para que pudessem abrir um pequeno negócio. Questionam sobre as privações a que estão sujeitas e dizem que, apesar de trabalharem arduamente dentro e fora do lar, não visualizam uma melhor perspectiva de vida em seu futuro. As mulheres desejam mudar esse cenário pessimista para um futuro de chances visíveis e enriquecedoras.

As mulheres estão descobrindo novos caminhos, traçando novos propósitos, abrindo novas possibilidades; no entanto, ainda não existem parâmetros igualitários com os homens na esfera econômica (salário e *status*), na esfera política (nas representações partidárias), na esfera cultural (as imagens das mulheres como seres capazes, como seres inteligentes), ou na esfera doméstica (compartilhando tarefas domésticas). Mas, elas estão-se expressando, definindo seus alvos, reduzindo as diferenças que as separam dos patamares de poder ocupados pelos homens. Numa frase, estão-se empoderando.

Ao enfocarmos a esfera econômica (salário e *status*), reflexionamos sobre níveis atuais de pobreza em que se insere o Brasil, e suas perspectivas futuras. Um Brasil com uma transição democrática real, direcionada à políticas sociais, que se revistam

de um amplo investimento em seus habitantes (capital social).

Basicamente, há um papel fundamental que o Estado deve assumir para equipar cada geração de cidadãos com uma competência comunicativa compartilhada, e com base no respeito mútuo. No Brasil, essa competência comunicativa faz-se necessária, começando com as crianças na escola, tanto na área pública, quanto na privada, para que tenham a oportunidade de demonstrar o alto padrão de educação, que será oferecido a esses cidadãos, para transformar suas vidas num curto espaço de tempo.

A história nos mostra uma América Latina onde os líderes políticos sempre foram homens que conquistaram e reconquistaram o poder, gerações masculinas que fecharam as portas às mulheres. Contrariando as restrições sociais que lhes foram impostas, as mulheres estão ganhando mais autoconfiança, mais controle direto sobre suas próprias “opções de vida”.

As mulheres na América Latina ainda não conseguiram alcançar uma autoridade política de *power over* – para mudarem as coisas. Em vez disso, registraram ganhos específicos em esferas restritas, que foram rotuladas de *power to*. As mulheres foram capazes de promover uma consciência individual, tanto entre os homens, quanto entre as mulheres, e promoverem algumas modestas reformas. Conseguiram alcançar esse sucesso principalmente por meio da participação coletiva e da mobilização, combinando o *power with*, com o *power within*. Apesar das conquistas evidenciadas, há uma desconexão entre o ativismo feminino com suas conquistas práticas. Em síntese, os valores sociais patriarcais enrustidos na sociedade brasileira impediram de forma inequívoca a participação feminina.

### Notas

<sup>1</sup> Ver Josué de Castro (1983), Celso Furtado, (1979), com sua economia do desenvolvimento, Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*, que traz à

tona a questão da divisão social; e Paulo Freire (1972, 1974), porque advogava uma mudança “consciente” na sociedade. Ele era um ativista para os pobres, um precursor, sempre ensinando as classes mais excluídas a ler e a escrever. Desde o princípio, ele demonstrou solidariedade em relação ao ser humano e uma aproximação política defensiva. Paulo Freire criou os círculos culturais em Recife, Estado de Pernambuco, voltados para os trabalhadores das classes mais pobres, que se encontravam eventualmente para discutirem temas específicos e de interesse para eles. As discussões eram coordenadas por um professor, que também definia a maneira como aquele tópico, que havia sido escolhido pelos trabalhadores, deveria ser enfocado. Ver Freire-Dowbor (2000), Sonia A. Alvarez (1990).

<sup>2</sup> Ver Pesquisa nacional para amostra de domicílios 2001: “Rendimento médio da população ocupada, em reais, por grupos de anos de estudo e sexo, segundo as Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas – 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

<sup>3</sup> As conseqüências do neoliberalismo na América Latina já estão bem demonstradas pelas crises brasileira e argentina; neste sentido, a autoridade do Fundo Monetário Internacional, principal instrumento da consolidação de políticas neoliberais, viu-se abalada pela sua inépcia em solucionar a sucessão de crises internacionais iniciadas na Ásia em 1997, e essas mesmas crises abalaram a crença dogmática na globalização como panacéia para o desenvolvimento econômico. Para maiores detalhes a esse respeito, ver Alex Jobim Farias, Pedro Quaresma e Júlio Miragaya (2003, p. 28-34).

### Referências

ALVAREZ, Sonia E. *Engendering democracy in Brazil: women’s movements in transition politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

AMADEO, Edward. Mercado de trabalho brasileiro: rumos, desafios e o papel do Ministério do Trabalho. In: POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). *OIT/Brasil: abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

BARONE, Francisco M.; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. *Introdução ao microcrédito*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002.

BOURGUIGNON, François; FERREIRA, Francisco H.G.; MENÉNDEZ, Marta. Inequality of outcomes and inequality of opportunities in Brazil. *World Bank Research Working Paper 3174*, [S.l.], dec. 2003.

- BRUSCHINI, Maria Cristina A.; ROSEMBERG, Fúlvia. A mulher e o trabalho. In: BRUSCHINI, Maria Cristina A.; Fúlvia Rosemberg (Org.). *Trabalhadoras do Brasil*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas; Brasiliense, 1982.
- CASTRO, Josué. *Geopolítica da fome (O dilema brasileiro: pão ou aço)*. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Antares, 1983.
- CASTRO, Mary Garcia. Alcance e limites das políticas de identidade. *Democracia Viva*, Rio de Janeiro, n. 19, nov./dez. 2003.
- \_\_\_\_\_; LAVINAS, Lena. Do feminino ao gênero: a construção de um objeto. In: COSTA, Albertina O.; BRUSCHINI, Cristina (Org.). *Uma questão de gênero*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.
- CRASKE, Nikki. *Women and politics in Latin America*. New Jersey: Rutgers University Press, 1999.
- DRAIBE, Sonia M. Brasil: a proteção social após vinte anos de experimentação reformista. In: TALLER INTER-REGIONAL, 2002, Santiago. *Protección social en una era insegura: un intercambio sur-sur sobre políticas sociales alternativas en respuesta a la globalización*. Santiago, Chile, maio 14-16, 2002.
- FARIAS, Alex Jobim; QUARESMA, Pedro; MIRAGAYA, Júlio. A lógica perversa do acordo com o FMI. *Democracia Viva*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 28-34, nov./dez. 2003.
- FREIRE, Paulo. *Las iglesias, la educación y el proceso de liberación humana en la historia*. Buenos Aires: Asociación Editorial Aurora, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Pedagogia dos oprimidos*. New York: Herder and Herder, 1972.
- FREIRE-DOWBOR, Fátima. Paulo Freire, o precursor. In: *Texts from Brazil*, n. 7. Brasília: Ministry of Foreign Relations, 2000. p. 16-17.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nacional, 1979.
- HOLT, Sharon L.; RIBE, Helena. Developing financial institutions for the poor and reducing barriers to access for women. *World Bank Discussion papers 117*, Washington, D.C., 1991.
- LOBO, Elizabeth Souza. O trabalho como linguagem: o gênero do trabalho. In: COSTA, Albertina O.; BRUSCHINI, Cristina (Org.). *Uma questão de gênero*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.
- MACHADO, Lia Zanotta. *Campo intelectual e feminismo: alteridade e subjetividade nos estudos de gênero*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. (Antropologia).
- MOSLEY, Paul. Microfinance and poverty in Bolivia. *The Journal of Development Studies*, London, v. 37, n. 4, p. 101-132, apr. 2001.
- NAVAJAS, Sergio; SCHREINER, Mark; MEYER, Richard L.; GONZALEZ-VEGA, Claudio; RODRIGUEZ-MEZA. Microcredit and the poorest of the poor: theory and evidence from Bolivia. *World Development*, The American University, Washington, D.C., v. 28, n. 2, p. 333-346, 2000.
- NOGUEIRA, Jorge Madeira; MACHADO NETO, José Ribeiro. Os programas de inclusão social do GDF: avaliação de seus impactos. In: PAVIANI, Aldo (Org.). *Brasília - gestão urbana: conflitos e cidadania*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- POSTHUMA, Anne Caroline. Transformações do emprego no Brasil na década de 90. In: \_\_\_\_\_. *OIT/Brasil: abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- SEN, Amartya. *Rationality and freedom: the belknap press of Harvard University*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- SMITH, Peter H.; TROUTNER, Jennifer L.; HÜNFELDT, Christine. *Promises of empowerment: women in Asia and Latin America*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- ZELLER, Manfred; SHARMA, Manohar. Access to and demand for financial services by the rural poor. In: \_\_\_\_\_. MEYER, Richard L. (Eds.). *The triangle of microfinance: financial sustainability, outreach and impact*. Baltimore: International Food Policy Research Institute; London: The Johns Hopkins University Press, 2000. p. 19-45.

# O campo da ética, seu lugar na política

Dirce Mendes da Fonseca

## Sumário

1. Introdução. 2. Esfera pedagógica da política. 3. Estado democrático, ético e de cultura.

### 1. Introdução

Este texto toma como foco a apresentação da discussão ética no campo da política e da esfera pública, e a atualidade desse tema na vida social e política. Os conceitos ética, esfera pública e publicidade do poder estão interconectados no texto. Este artigo não tem a pretensão de aprofundar questões filosóficas relativas à ética, mas trazer à luz questões que, na vida política, corroem as instituições, a política, a sociedade e empobrecem a cidadania. Apresenta a visão de ética e política de diferentes autores. Reforça a necessidade da ética como componente indispensável da moralidade pública.

As doutrinas éticas nascem e desenvolvem-se como respostas aos problemas básicos apresentados pelas relações entre os homens e têm um caráter histórico e social. Mudanças substanciais na vida social provocam mudanças também na vida moral. Surge a necessidade de novas reflexões, ou de uma nova teoria moral para fundamentar a relação entre os homens e as instituições políticas e sociais. Assim, “toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores relacionados ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, ou seja, institui um sistema de valores, cria uma filosofia moral” (CHAUÍ, 1994).

Dirce Mendes da Fonseca é Professora adjunta aposentada da Universidade de Brasília. Professora do curso de Mestrado em Direito do UniCEUB.

O objeto da ética é o estudo do mundo moral dos homens, estes considerados como seres sociais e históricos. Assim, os valores morais modificam-se na História e, por isso, são também construídos historicamente. As transformações histórico-sociais exigem, igualmente, reformulações nas doutrinas tradicionais éticas sobre vários aspectos.

Desde a Antigüidade, os problemas éticos ocupam uma parte especial na filosofia grega, sobretudo no pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles. Para Sócrates, o saber fundamental é o saber da natureza humana, daí a sua máxima: “Conhece-te a ti mesmo”. Dessa forma, o homem que conhece o bem não pratica o mal. Define o sujeito ético e moral como aquele que tem consciência de sua ação.

Platão relaciona a ética com a filosofia política, ou seja, a *pólis* – o terreno próprio da vida moral. A ética desemboca e relaciona-se necessariamente com a política. “O homem é bom enquanto bom cidadão”. Na ética de Platão, encontra-se a unidade moral e da política, uma vez que, para ele, “o homem se forma espiritualmente somente no Estado e mediante a subordinação do indivíduo à comunidade”.

Existe um elo entre a ética aristotélica e a de Platão no que se refere à filosofia política. Para ambos, a comunidade social e política é o meio necessário da moral. Aristóteles acrescenta à consciência moral, trazida por Sócrates, a vontade guiada pela razão. As virtudes aristotélicas inserem-se numa sociedade que valoriza as relações sociopolíticas.

Três aspectos poder-se-iam mencionar como sintetizando a ética dos antigos: o racionalismo, o naturalismo e a inseparabilidade entre ética e política – relação entre a conduta ética do indivíduo e os valores da sociedade.

A ética iluminista rejeita as concepções morais da filosofia grega e cristã e formula o imperativo categórico, procedimento pelo qual o indivíduo testa a máxima de sua ação para saber em que medida ela é generalizá-

vel. “Age de tal maneira que a máxima de sua ação possa sempre valer como princípio universal de conduta”. “Age tendo a humanidade como um fim e jamais como um meio”. A universalidade da razão garante a universalidade do sentido da ação. Kant rompe a normatividade fundada em conteúdos empíricos. Em Kant, o agir moralmente se funda na razão. A ética kantiana é uma ética formal e autônoma. A essa perspectiva ética, Dilthey (1994, p. 26) chama experiência interior. O ético está contido no indivíduo e o indivíduo é a razão própria da ética. Assim, para Dilthey, a “ética do presente precisa ser uma ética social”\*.

Hegel, procurando superar o ponto de vista kantiano, segundo o qual a norma se enraíza na própria natureza da razão, no indivíduo isolado, instituiu uma esfera que se chamou esfera da eticidade ou vida ética. Nessa esfera, a liberdade se realiza eticamente dentro das instituições históricas e sociais, tais como a família, a sociedade civil e o Estado. Por isso a liberdade só pode efetivar-se no Estado, realização da razão na História, momento objetivo da liberdade. A eticidade significa aquela esfera da

---

\* A ética social parece ser, todavia, apenas um nome diferente para designar o mesmo modo diltheyano de conceber a vida. Vejamos de que modo, de fato, isso acontece, ou seja, de que modo se verifica uma mudança de rótulo apenas, permanecendo o conteúdo o mesmo e velho nosso conhecido. Como sabemos, a ética diltheyana, em sua estrutura constitucional, encontra-se subjugada ao conceito de vida do autor, uma vez que ela deve extrair do fim da vida o fim da educação. Com essa tarefa, a ética se transforma em verdadeira serva da pedagogia, que, como sabemos, é o mais elevado destino da ciência e da filosofia e, como tal, o ponto central da desembocadura de todo o caudal das investigações filosóficas do autor sobre a vida. Isso porque o fim de todo o navegar do autor pelos mares muitas vezes indóceis, revoltos e, principalmente, traiçoeiros da compreensão da vida, é necessariamente a pedagogia. Temos, então, mais uma vez captado nessas relações de subordinação ou de finalidade entre filosofia e pedagogia o sentido fundamental de nossa tese, sentido esse formalmente expresso no título de nosso trabalho. (DILTHEY, 1987, p. 133).

sociedade em que a consciência moral se concretizou não na consciência do indivíduo, mas em normas, usos, instituições e organizações. A ética adquire um caráter social e todo o processo ético se desenvolve na convivência social e histórica, o que consubstanciaria o ideal da ética social. O homem é um ser histórico e cultural. Além da vontade individual subjetiva, existe uma outra vontade – a vontade objetiva, circunscrita às instituições ou à cultura. Essa vontade objetiva – impessoal, coletiva, social, pública – cria as instituições e a moralidade como sistema regulador da vida coletiva, isto é, dos valores de uma sociedade, numa época determinada (CHAUI, 1994). Os valores de uma sociedade são determinados e conformados pelos sistemas culturais, morais e políticos e representam a consciência moral de uma dada sociedade, a expressão da ética social. A política representa o espaço positivo de realização da ética.

Diferente dessa perspectiva, Maquiavel vê a política como instrumento para a consolidação de um novo poder e, assim, deixa de ser obra de Deus, da natureza e da razão para tornar-se obra social e trabalho histórico dos próprios homens, em que os “fins justificam os meios” (o príncipe deve acabar com a anarquia feudal).

O divórcio entre ética e política está em tratar a ética como esfera da vida privada e a política como esfera da vida pública. No entanto, para Maquiavel, ética e política têm uma intencionalidade absoluta. Tal intencionalidade deduz as regras para um estado forte e livre de qualquer critério ético e sobrepuja todo e qualquer critério. No campo da ética, há duas dimensões que poderiam ser chamadas de “ética restritiva” e “ética ampliada”. Esta última, consubstanciada na junção do público e do privado.

## 2. Esfera pedagógica da política

O conceito e a prática de ética social encontram na política e na esfera pública o espaço de realização de uma ética “positi-

va”, que instrui o indivíduo e a sociedade, a sociedade e o indivíduo, para o exercício da atividade pública. Se a política é o espaço público da práxis e a ética o seu conteúdo moral, exigem-se, em nome da dignidade pública e da cidadania, sujeitos éticos e morais na condução da “coisa pública” e no exercício da atividade política e pública. Para reforçar essa idéia, Kant é categórico ao defender a tese da publicidade dos atos de governo como remédio contra a imoralidade política. Afirma que “todas ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas”. Esse princípio busca trazer a discussão da ética na política e da necessidade de se transformar o “poder invisível” em “poder visível”. O caráter público do poder – aberto ao público – fortalece a afirmação de Bobbio (1986, p. 30) sobre a necessidade de governo do poder público, em público:

“(…) a exigência da publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é, por si, uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é”.

A publicidade dos atos de governo é uma exigência da vida democrática e representa o fortalecimento democrático das instituições, da vida pública, da democracia consolidada nas regras que possibilitam a livre e pacífica convivência dos cidadãos em sociedade. Democracia entendida como ordenamento jurídico, político e social que permite a concretude dessa convivência social. É no estado democrático que se realiza a práxis democrática. Bobbio (1998) conceitua o Estado democrático “como aquele no qual se efetua com maior adequação o modelo ideal, a liberdade na coexistência, vale dizer, a coexistência dos seres livres, portanto a mais próxima efetivação, entre todas de que se tem notícia na história con-

temporânea, da comunhão pessoal e definitiva do ideal de justiça”. Reforçando a tese do caráter público do poder com uma necessidade ética e democrática, Kelsen, ao conceituar a democracia por uma visão de mundo no respeito pelo outro e pelo princípio de legalidade, de controle e de responsabilidade do poder, que exigem que os governantes estejam à luz pública para os efeitos específicos das avaliações dos governados, reforça o princípio da publicidade dos atos de governo. Assim, a visibilidade do poder permite o controle do Estado pela sociedade civil. O público, como esfera visível, estabelece uma nova relação de transparência do poder e da publicidade dos atos de governo. A crise ética e de governabilidade aparece no momento em que os cidadãos e a sociedade tomam conhecimento da apropriação do público pelo privado, no momento em que o ilícito e o não ético vêm à tona e o rei se desnuda. A sociedade civil e política se enfraquece.

No Brasil, a Constituição de 1988 avançou ao estabelecer a publicidade da administração pública, em todos os níveis e modalidades. “A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade” (art. 37). A Constituição brasileira avança por seu conteúdo ético democrático. Vale dizer que uma constituição é democrática “quando não apenas consolida as liberdades civis, mas cria órgãos e leis que ajudem no sentido de que essas liberdades tenham realidades e sejam salvaguardadas, e que ali, onde os bastiões erguidos contra os abusos de poder desmoronem ou estejam ameaçados de ruir, passa rapidamente a mobilizar-se para erguer novos redutos” (BOBBIO, 1998).

A Constituição brasileira fixou para a administração pública os princípios da moralidade e da publicidade. Como desenvolver uma pedagogia para a afirmação dos valores éticos na sociedade e na vida públi-

ca e para o exercício do poder de forma democrática e transparente? Como tornar o poder “visível” e reforçar a esfera de eticidade no nível do Estado e dos governos? Para Hannah Arendt (1989, p. 517), é no corpo político que se estabelecem as leis, chamadas por leis positivas:

“No governo constitucional, as leis positivas destinam-se a erigir fronteiras e a estabelecer canais de comunicação entre os homens, cuja comunidade é continuamente posta em perigo pelos novos homens que nela nascem. A cada nascimento, um novo começo surge para o mundo, um novo mundo em potencial passa a existir. A estabilidade das leis corresponde ao constante movimento de todas as coisas humanas, um movimento que jamais pode cessar enquanto os homens nasçam e morram. As leis circunscrevem cada novo começo e, ao mesmo tempo, asseguram a sua liberdade de movimento, a potencialidade de algo inteiramente novo e imprevisível; os limites das leis positivas são para a existência política do homem o que a memória é para a sua existência histórica: garantem a preexistência de mundo comum, a realidade de certa continuidade que transcende a duração individual de cada geração, absorve todas as origens e delas se alimenta.”

Arendt chama atenção para o risco de isolamento na esfera política e o perigo da destruição da esfera da vida pública, o que significaria destruir as capacidades políticas dos homens. Será que tal risco não se aplica, também, à destruição da esfera ética do Estado, governo e sociedade?

Hegel, ao afirmar que o “Estado é a realidade efetiva da idéia ética”, reforça a discussão da ética no nível das estruturas institucionalizadas, e da função do Estado como instância do interesse comum e universal. No entanto, tal concepção idealista de Estado não dá conta de abarcar as contradições e a correlação de forças que emer-

gem no interior do Estado. Dessa forma, para melhor compreender o Estado, há que situá-lo como instância determinada pelo conjunto das relações de produção. Logo, os interesses do Estado não estão relacionados somente ao interesse público e ao controle público. Há outros interesses ligados e mediados pelas relações capitalistas.

### *3. Estado democrático, ético e de cultura*

O Estado tem, na obra de Gramsci (1989), uma perspectiva político-estratégica de se construir um espaço hegemônico do conjunto dos meios de direção intelectual e moral resultante do esforço conjunto do aparelho governamental e sociedade civil – instâncias interligadas e dialeticamente constituídas, no reforço da idéia do “estado ético e de cultura”. Cada Estado é ético quando uma de suas funções mais importantes for a de elevar a grande massa da população a um determinado nível cultural e moral de suas condições objetivas, em nível social, político e econômico. Pode-se, pois, conceber um Estado ético que também se torna educador pela cultura que cria e se desenvolve, no nível da práxis política e de suas instâncias públicas, visando à emergência de uma cultura que reforce as condições concretas de cidadania. Tais condições significam ampliar a democracia, dando representação política às classes excluídas e condições para que os sujeitos lutem pelos seus direitos.

Essas condições traduzem-se na ampliação dos direitos sociais, civis e políticos e dos deveres de cidadão. Pensar cidadania significa ampliar direitos, criar espaços para valer os direitos. Cidadania abrange um conceito ampliado de direitos e deveres. Deveres no sentido de os sujeitos serem co-participantes da vida pública. Conforme propõe Aristóteles, a cidadania é, pois, a participação ativa nos assuntos da cidade. É o fato de não ser meramente governado, mas também governante. Nesse sentido, a cidadania não consiste apenas em gozar de

certos direitos; consiste, essencialmente, no fato de ser co-participante no governo, sujeito e agente de cidadania no reforço de valores culturais, sociais, políticos e morais de uma sociedade (ARENDE, 1967).

Desse modo, poder-se-ia aprofundar o conceito de cidadania ativa e ampliada – aquela que coloca os sujeitos no centro de sua própria história, com possibilidade de reforçar e recriar os valores culturais, sociais, políticos e morais da sociedade e da vida pública; estabelecer o consenso de ordem mais alta da convivência democrática. O que, no entendimento de Agnes Heller (1998), significa que as leis de um corpo político são legitimadas por seus cidadãos (todos os cidadãos participam no discurso de valor), e é por isso que tais leis se aplicam a todos os cidadãos daquele corpo político. Uma comunidade em particular (dentro desse corpo político) legitima certas normas e regras como pertencendo àquela comunidade, e elas são válidas para tal, e aplicadas aos membros daquela comunidade legitimada.

A ampliação da cidadania está intimamente ligada à função do Estado e das instituições sociais na formação dos cidadãos ativos co-participantes no governo. Desse modo, todos os cidadãos são considerados como governantes em potencial; tornam-se, na forma aristotélica, “bons cidadãos” e desenvolvem o que Agnes Heller chama de virtude dos cidadãos, ou seja, aquela virtude que todos os cidadãos precisam partilhar na construção do melhor mundo sociopolítico e, na visão gramsciniana, de um Estado educador. Nesse sentido, o bom cidadão é comprometido com o discurso de valor como procedimento justo. Entende que as normas e regras devem ser validadas pela autorização dos sujeitos envolvidos por consenso. Dessa forma, o cidadão prepara-se para a vida pública e social tendo o compromisso ético além dos interesses particulares.

O fortalecimento da esfera pública, que educa pela práxis e excelência política, reforça a ampliação da cidadania, exige um

estado democrático de fato, que avance da forma para o fato, ou seja, que não se esterilize apenas na forma (democracia formal que diz respeito precisamente à forma de governo), mas, fundamentalmente, que aja concretamente pelo exercício concreto da democracia substancial que diz respeito ao conteúdo dessa forma (BOBBIO, 1987). Um dos conteúdos essenciais da democracia é a constituição da cidadania. Democracia e cidadania são categorias relacionadas – uma não existe sem a outra. São interligadas. A existência da democracia pressupõe a existência de cidadãos livres, criativos e transformadores, que ajam e lutem por seus direitos e exerçam de forma consciente seus deveres de cidadania e da eticidade da esfera pública.

Nesse sentido, tomo essas categorias referenciais para seguir a análise da democracia como um “processo inacabado”, e da cidadania como um “processo em construção”. Logo, as instâncias de concretização da cidadania também se situam em dois níveis relacionais: Estado e sociedade civil. A junção dessas esferas representa o espaço ético e educativo de construção de uma sociedade melhor, mais justa, igualitária e democrática.

Constitui tarefa política e educativa da sociedade contemporânea reedificar a cidadania real – uma cidadania que contemple direitos civis, políticos, sociais e culturais. Não se pode pensar numa cidadania presa somente ao Estado, mas numa que dependa da ação dos sujeitos coletivos e da ação e práxis de cidadania, que deve ocorrer na política, no Estado, nos sindicatos, partidos, escolas, enfim, em todas as esferas da sociedade. Os sujeitos passam a atuar como cidadãos ativos e co-participantes no governo e na sociedade, pelas relações que criam e desenvolvem. O exercício da cidadania consciente e responsável, e de uma práxis individual e coletiva, no nível da política e de instituições da sociedade civil e do Estado, fortalece a esfera da eticidade da sociedade civil e do Estado.

A democracia, como governo do “poder visível”, e a ética, como categoria de regulação da atividade pública e política, funcionam como constitutivos de uma forma superior de sociedade. A ética como categoria de regulamentação da atividade pública permite desenvolver novas relações sociais, sustentadas por uma cidadania ativa em todos os níveis.

No entanto, há que considerar que, numa sociedade baseada na prática política como esfera privada, na exploração do trabalho, na desigualdade social e política e na exclusão dos sujeitos dos direitos políticos e culturais, a realização ética e moral encontra-se definitivamente comprometida. Avançar na construção da ética e da cidadania significa, objetivamente, desenvolver políticas que contemplem a melhoria das condições de educação política e cidadã, e na necessidade de reinventar o que todos os homens têm em comum: a dignidade humana e a dignidade da política como instrumento de transformação social.

A educação é um dos elementos essenciais da cidadania e da vida política. Há que se educar para a cidadania. Uma educação que priorize a formação da consciência crítica e reflexiva, formando sujeitos ativos que atuem na vida social e política do país. Da mesma forma, é tarefa educativa do Estado, da sociedade, da escola e da família a formação de sujeitos éticos e morais que possam construir uma sociedade mais justa e igualitária, tendo a ética como referencial de promoção da cidadania para o exercício da política, o que, na visão de Weber, consubstanciaria a “política como vocação”.

A sociedade brasileira assiste, por um lado, aos escândalos na política, marcados por interesses escusos à vida política e democrática e, por outro lado, à retomada das discussões sobre a ética em todas as áreas do conhecimento, na sociedade, na política e na ciência. Tais fatos revelam – no campo da produção intelectual e do comportamento social – um incontestável retorno às exigências éticas e uma reação da sociedade

na luta por espaços sociais mais qualificados e formativos.

A sociedade brasileira tem exigido e lutado pela ética na política e por uma moralidade pública. Gianotti traz a contribuição de procurar definir este conceito – o da moralidade pública: consiste numa esfera em que todos os seres humanos participam, na medida em que cada sistema moral, a fim de revelar sua unilateralidade, precisa ser confrontado por outros. Segue-se a necessidade de que todos os seres humanos sejam incluídos no seu âmbito. Sob esse aspecto, é uma moral cosmopolita, estabelecendo regras de convivência e direitos que assegurem que os homens possam ser morais. É nesse sentido que os direitos dos homens, tais como em geral têm sido enunciados a partir do século XVIII, estipularam condições mínimas do exercício da moralidade. Por certo, cada um não se deixará afetar na sua moral; entretanto, aprenderá a conviver com outros, a reconhecer a unilateralidade do seu ponto de vista. E, com isso, estará obedecendo à sua própria moral de uma maneira especial, tornando-a imperativa e categórica, dela se utilizando como um momento particular do exercício humano de julgar moralmente. Desse modo, a moral do bandido e a do ladrão tornam-se repreensíveis do ponto de vista da moralidade pública, pois violam o princípio da tolerância e atingem os direitos humanos fundamentais, agridem a cidadania e empobrecem a política.

Considerando as discussões sobre a ética e a política, bem como sobre política e cidadania, constituem desafios contemporâneos ações e práxis do Estado e sociedade que contemplem:

- fortalecer a ética na política, a moralidade e a transparência na gestão pública;
- criar a cultura da transparência nos “negócios” econômicos do Estado;
- fortalecer políticas do espaço público que priorizem as ações de cidadania;
- procurar estabelecer, na esfera pública, as virtudes cívicas dos princípios políticos da democracia;

• recriar a ética da solidariedade, reafirmando os valores coletivos e a luta contra todo tipo de desigualdade e exclusão social;

• fortalecer a “democracia como valor universal” e o Estado publicizado como conquististas democráticas;

• fortalecer a sociedade civil e a participação social em todas as instâncias para o exercício de uma cidadania ativa e consciente;

• universalizar a educação como direito de todos e incentivar práticas pedagógicas que reforcem a participação dos sujeitos na produção de novas relações sociais, políticas, econômicas e culturais;

• fortalecer as esferas coletivas de decisão e de construção de políticas públicas que priorizem as necessidades de cidadania;

• educar cidadãos para o exercício público.

A discussão da ética força, necessariamente, o pensar em novas formas de convivência social e política, nas quais a “humanidade seja tratada como um fim e nunca como um meio”, e na necessidade de, cotidianamente, reinventar o nosso tempo, para que, a cada novo momento histórico, garanta a humanidade e a humanização, e que cada um de nós esteja representado numa vida política que qualifique o político como esfera e estratégia de transformação da sociedade e do espaço público.

### Referências

AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. *Dilthey: um conceito de vida, uma pedagogia*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. 5. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia, o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Moderna, 1994.
- \_\_\_\_\_. *O mundo da prática: um convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1994.
- COVRE, M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- FRANKENA, W. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Poder, política e partido*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- KANT, I. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Edições 70, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- VASQUEZ, A. S. *Ética*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

# Contribuição da legislação florestal francesa para a legislação florestal brasileira

Nara Maria Esteves Fonseca Gonçalves  
Christian Dugas de la Boissonny  
Joaquim Carlos Gonçalves

## Sumário

1. Introdução. 2. Caracterização da floresta francesa. 2.1. A floresta francesa e a sua diversidade. 2.2. Principais essências florestais. 2.3. A gestão das florestas na França. 2.4. Administração sustentável da floresta. 3. As florestas na França. 3.1. As florestas públicas. 3.2. As florestas do Estado. 3.3. As florestas de coletividades públicas. 3.4. As florestas particulares. 4. A produção florestal francesa. 5. Contribuição da legislação francesa para a legislação brasileira referente ao desmatamento e incêndios florestais. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

O Brasil possui um patrimônio florestal bastante rico, representado por diferentes formações vegetais que originam os biomas. Esse patrimônio, de uma maneira geral, pode ser caracterizado pela floresta amazônica, no Norte; pela caatinga, no Nordeste; pelo cerrado, no Sudeste e no Centro-Oeste; pela floresta atlântica, em todo o litoral brasileiro; pelos campos sulinos, no Sul, pelo sistema costeiro no Norte e no Nordeste; e pelas zonas de reflorestamento, distribuídas em quase todas as regiões do Brasil. Ao sul do país, temos ainda um outro bioma típico, a floresta de araucárias. Esse patrimônio está distribuído em todo o território brasileiro, sendo que aproximadamente 63% de florestas (cerca de 300 milhões de hectares) estão concentrados na região Norte, conferindo ao país uma vocação florestal.

Nara Maria Esteves Fonseca Gonçalves é Mestra em História da Ciência Jurídica Européia e doutora em História do Direito pela Universidade de Nancy II (França). Servidora pública federal no Senado Federal.

Christian Dugas de la Boissonny é Professor, Doutor da Universidade de Nancy II. Faculdade de Direito, Ciências Econômicas e Gestão. Nancy, França.

Joaquim Carlos Gonçalves é Professor Doutor da Universidade de Brasília, Departamento de Engenharia Florestal.

A Constituição Federal outorgou aos Estados a competência para fomentar atividades, preservar as florestas e proteger o meio ambiente (art. 23, incisos VI e VII). As atividades ligadas à gestão dos recursos florestais sempre estiveram confiadas à administração federal, que as exercia, em caráter supletivo, por intermédio do IBAMA. Objetivando tornar efetivo esse controle, um amplo conjunto de normas foi elaborado. Contudo, é patente a ineficácia dos mecanismos e instrumentos de comando e controle no contexto atual.

O bioma Amazônico coloca o Brasil em uma posição de destaque no contexto mundial, não só pelo seu desempenho ecológico, mas também pela sua grande importância econômica e social. No entanto, é na floresta Amazônica que se registra um grande número de agressões à natureza. Os dois fatores mais importantes que causam destruição de nossas florestas, sobretudo da Amazônia, são os desmatamentos e os incêndios florestais. Para a expansão das atividades econômicas e mesmo para a extração de produtos florestais, grande parte das empresas e de pessoas recorre ao desmatamento de áreas florestais. Atualmente a maioria das áreas desflorestadas na Amazônia é feita de forma ilegal. Para facilitar a eliminação da floresta e diminuir o custo, normalmente se usa o fogo numa etapa subsequente à derrubada.

As leis existem, mas são difíceis de serem aplicadas, seja por falta de fiscalização adequada, seja pela dúbia interpretação da legislação, ou ainda pela carência de pessoal e de material. Algumas vezes, depara-se com o problema da grande extensão do país que faz com que as leis sejam boas para um bioma, mas não aplicáveis a outro.

Faz-se necessário espelhar-se em legislações de outros países para melhorar a legislação em vigor no Brasil e/ou elaborar leis mais específicas para cada bioma atendendo a suas peculiaridades, visando à construção de uma política florestal, de que o Brasil tanto necessita.

A França, após quase dizimar suas florestas, criou leis e políticas que podem ser tomadas como um exemplo na gestão florestal, pois mostra uma política florestal bem consolidada, embasada em uma legislação que atende a todos os segmentos da atividade florestal. O Código Florestal Francês apresenta dispositivos datados de 1827 e, na sua maior parte, reúne todas as disposições jurídicas e regulamentares aplicáveis à floresta e se enriquece constantemente com novos dispositivos. A política florestal francesa, que acaba de ser reformulada, é uma importante fonte de inspiração para mudanças na legislação florestal brasileira que vai subsidiar políticas públicas no país.

Apesar da criação do Programa Nacional de Florestas (PNF) pelo governo brasileiro no ano de 2000, o país tem urgência de uma política florestal efetiva, mais abrangente, com legislação específica para cada bioma, de forma a torná-los sustentáveis, sob os pontos de vista social, econômico e ambiental.

## *2. Caracterização da floresta francesa*

A apresentação dos diferentes aspectos da floresta francesa pode ser conhecida pelas características que fazem dela, graças a sua natureza bastante variada, à qualidade de sua administração pelas leis, à sua gestão e à sua exploração, um exemplo de séculos para os gestores de florestas européias e do mundo inteiro.

### *2.1. A floresta francesa e a sua diversidade*

A floresta francesa metropolitana apresenta uma diversidade que cobre aproximadamente 15 milhões de hectares, o que corresponde a mais do que um quarto do país. Dessa diversidade nasce a riqueza da floresta francesa: florestas de planície, de litoral ou de montanha, floresta mediterrânea e florestas urbanas.

### *2.2. Principais essências florestais*

A França possui grande parte da biodiversidade das florestas européias. Ela soma

126 espécies de árvores e possui 27 dos 50 tipos de ecossistemas florestais catalogados pelos cientistas europeus.

Dos 13,6 milhões de hectares plantados, inventariados no solo francês, 8,6 milhões de hectares são de folhosas e 5 milhões de hectares são de resinosas. Assim, as folhosas constituem mais da metade dos reflorestamentos, destacando-se o gênero *Quercus*, representado pela sua principal espécie, o *chêne* (carvalho), vindo a seguir outros gêneros que representam espécies diversificadas como o *hêtre*, o *érable*, o *frêne*, o *merisier*, o *alisier*, entre outras. As resinosas (coníferas) complementam as florestas francesas, destacando-se as espécies pinho marítimo, pinho silvestre, *douglas*, *epicéa* e os demais *pinus*.

A floresta francesa é a que mais prolifera na Europa. A cada ano, a biomassa das árvores cresce 85 milhões de metros cúbicos. Com uma média de 138 metros cúbicos de madeira em pé por hectare, o país se situa acima da média europeia (88 metros cúbicos/ha). A colheita anual atinge em torno de 47 milhões de metros cúbicos, dos quais 35 milhões são comercializados.

### 2.3. A gestão das florestas na França

As florestas francesas pertencem ao Estado (*forêts domaniales*), ou à coletividade pública (*forêts départementales ou communales*), ou a proprietários particulares (*forêts privées*). Do início do século XIX até hoje, a floresta francesa dobrou a sua área plantada. As florestas do Estado correspondem a 12% do total e as das coletividades públicas, a aproximadamente 18%. Ambas estão subordinadas ao regime florestal do Estado. Os 70% restantes correspondem às florestas particulares.

A média europeia é de 12 hectares de florestas por habitante, porém, na França metropolitana, há 30 hectares de floresta por habitante. A superfície florestal francesa aumenta a cada ano, em razão de uma política intensa de reflorestamento conduzida desde a última guerra e da progressão natu-

ral das florestas nas zonas abandonadas pela agricultura, incentivada pelo modelo de gestão francês.

Dos 13.600.000 hectares de florestas que existem atualmente, quase um terço (aproximadamente 4.200.000 hectares) é subordinado ao regime florestal. As florestas pertencentes ao Estado somam 1.704.934 hectares, aos quais é necessário acrescentar 17.157 hectares pertencentes a administrações públicas. As florestas do Estado são constituídas por 2.500 unidades de florestas. As florestas das coletividades públicas cobrem um total de 2.400.064 hectares.

### 2.4. Administração sustentável da floresta

Gestão sustentável de florestas significa usufruir da floresta, sem prejudicá-la. A gestão sustentável da floresta francesa conserva o máximo de possibilidades de evolução. Uma atenção particular é dada aos solos, à diversidade biológica dos ecossistemas e às paisagens. Para colocar em prática essa gestão sustentável, é estabelecido, para cada floresta, um projeto de manejo, que fixa os objetivos a atingir (produção de madeira, proteção dos solos, das plantas e dos animais, do respeito às paisagens e ao lazer) e os trabalhos a serem feitos por um período de 10 a 20 anos.

A diversidade biológica da floresta francesa é resultado da ação do Estado e dos profissionais que agem continuamente para melhor preservar as florestas de amanhã.

O organismo oficial que faz a gestão das florestas na França é o Serviço Nacional de Florestas (ONF). O Estado atribuiu a essa instituição quatro grandes missões: a) a proteção (proteger o território pela gestão dos riscos naturais e proteger a floresta pela criação de reservas naturais e biológicas); b) a produção (considerar as exigências econômicas, ecológicas e sociais); c) o acolhimento do público (a partir do manejo, da informação e da sensibilização sob o ponto de vista ambiental); e d) a atividade sob o ponto de vista natural (a serviço de todos os responsáveis do meio natural, no plano nacio-

nal e internacional). O ONF é responsável diretamente pela conta do Estado e das coletividades locais, somando mais de 12 milhões de hectares de florestas e de espaços naturais de uma grande diversidade.

O Serviço Nacional de Florestas assegura a preservação da natureza e o conjunto de florestas francesas. De acordo com a qualidade biológica, algumas florestas necessitam de medidas de proteção e de gestão particular. Nesse caso, elas são classificadas como florestas de proteção em reservas biológicas. O ONF planta 25 milhões de árvores por ano.

A área classificada como de florestas de proteção corresponde a 800.000 hectares. A França possui 146 reservas biológicas.

A administração das florestas francesas é o conjunto de serviços do Estado e de organismos subordinados que intervêm no controle, na gestão e no desenvolvimento das florestas.

Na França, essa administração é chamada de administração de águas e florestas. A expressão “águas e florestas” apareceu pela primeira vez na França em 1291, segundo as regras criadas por Philippe *le Bel*, que definiam o papel dos mestres das Águas e das Florestas. Desde 1881, a administração das florestas está subordinada ao Ministério da Agricultura. Ela compreende:

- a direção de florestas, que abrange o Serviço de Inventário Florestal Nacional e o Fundo Florestal Nacional, destinado a financiar as operações de reflorestamento;

- os Serviços Regionais de Manejo Florestal (SRMF);

- o Serviço Nacional de Florestas (ONF), que é um estabelecimento público de caráter industrial e comercial, criado em 1964 e encarregado da gestão de florestas do Estado e das coletividades públicas. Ele compreende 19 diretorias regionais na França metropolitana e 4 em além-mar;

- os Centros Regionais de Propriedade Florestal (CRPF), encarregados de orientar a produção florestal e de controlar a gestão das florestas particulares;

- o Instituto para o Desenvolvimento Florestal (IDF), encarregado da formação profissional dos proprietários de florestas particulares.

Os serviços de caça e pesca, bem como as atividades de proteção da natureza (parques nacionais e parques naturais regionais) estão subordinados ao Ministério do Meio Ambiente.

A administração de águas e florestas tem como principal função a conservação e exploração das florestas pertencentes ao Estado e às comunidades locais. A Lei francesa, datada de 30 de outubro de 1919, alterada pelo artigo 46 da Lei de Finanças, de 29 de abril de 1926, encarregou o Estado de fiscalizar as florestas das comunidades e estabelecimentos públicos.

Com o intuito de evitar o corte abusivo nas florestas de particulares, a Lei francesa de 22 de abril de 1922 considerou como florestas de proteção todas aquelas cuja conservação é essencial para proteção dos solos, em montanhas, encostas e para a defesa de avalanches. A lei de 25 de março de 1924 e o decreto de 20 de agosto de 1924 instituíram medidas contra os incêndios florestais e para a reconstituição de florestas queimadas.

### 3. As florestas na França

#### 3.1. As florestas públicas

Essa modalidade de floresta cobre 4,2 milhões de hectares, o que corresponde a 28% da superfície da França. Essa porcentagem é relativamente modesta, justificando as políticas de aquisição de florestas pelo Estado. As florestas públicas são incontestavelmente melhores quando se trata de assegurar funções de interesse geral, como a proteção contra a erosão, conservação de dunas nos litorais e lazer nas florestas.

Essas florestas estão subordinadas a um estatuto particular, bastante protetor da floresta, e por um conjunto de regras de gestão e de exploração florestal, que constituem o

regime florestal. Esse regime estabelece regras de manejo para um período de 15 a 20 anos. Ele fixa objetivos e programas de ação (cortes e trabalhos), garantindo a indispensável continuidade da gestão florestal.

Desde 1965, após a reforma administrativa francesa, a gestão das florestas públicas passou a ser de responsabilidade do Serviço Nacional de Florestas (ONF).

### *3.2. As florestas do Estado*

O Estado é proprietário de 2.500 unidades florestais somando uma área de 1,7 milhões de hectares. Aproximadamente 40% desse patrimônio provém de antigas terras de reis, 20% de terras confiscadas pelo estado durante a revolução, 22% foram adquiridas e plantadas no fim do século XIX com o intuito de recuperar áreas degradadas em montanhas e 18% foram compradas de particulares.

Essas florestas são as mais bem administradas e as mais produtivas tendo objetivos de interesses gerais.

### *3.3. As florestas de coletividades públicas*

No início do período feudal, as florestas pertenciam ao rei, aos senhores feudais e às comunidades religiosas. A propriedade das comunidades apareceu durante o período feudal, quando passaram a ser dadas cartas de franquia. Essas florestas são de tamanhos variados. As comunidades possuem extensas florestas, que apresentam um importante papel no orçamento do povoado. Existem também florestas menores, cujo agrupamento facilita a gestão e os trabalhos e permite aos grupamentos obterem uma renda anual. O regime florestal pelo qual essas florestas são regidas é definido pelo ONF.

Os prefeitos das comunidades florestais podem ter uma influência determinante para a promoção do conjunto do patrimônio florestal de sua região. Encarregados de zelar por 2,5 milhões de hectares do patrimônio florestal das comunidades, auxiliados por milhares de conselheiros municipais influ-

entes, que escutam milhões de cidadãos, representam uma força florestal importante, mas ainda insuficientemente mobilizados para tirar proveito máximo das florestas.

### *3.4. As florestas particulares*

As florestas pertencentes a proprietários particulares representam 72% do patrimônio florestal francês. Na Europa, esse número é ultrapassado somente por Portugal, que apresenta 81% de florestas particulares.

Na França, mais de 3 milhões de proprietários florestais dividem, aproximadamente, 10 milhões de hectares, o que significa que uma família em cinco possui uma área florestal.

Considerando as florestas particulares:

- 28% pertencem a aproximadamente 37 mil proprietários e são constituídos de florestas com menos de 25 hectares, pertencentes a um só proprietário. Esses 2,7 milhões de hectares seguem o plano de gestão, de acordo com a lei de 6 de agosto de 1963.

- $\frac{1}{4}$  dessas florestas está incluso nas explorações agrícolas.

- O restante pertence a outros pequenos proprietários que não usufruem da floresta.

Segundo a natureza jurídica dos proprietários particulares, a repartição de florestas é a seguinte:

- 96% das florestas, representando 80% da área, pertencem a pessoas físicas, de todas as categorias sócio-profissionais.

- 4% pertencem a grupos florestais ou sociedades diversas, possuindo 20% da área.

## *4. A produção florestal francesa*

Com o objetivo de melhor conhecer as fontes de madeira do território francês, o inventário permanente de recursos florestais nacionais, conhecido como Inventário Florestal Nacional (IFN), foi instituído pela ordem de 24 de setembro de 1958. O Código Florestal Francês, em seu artigo L. 521, declara que o INF tem como objetivo fornecer aos departamentos (municípios) dados do

potencial da produção das florestas: superfícies plantadas, volume em pé por espécie e crescimento anual.

A evolução da colheita de madeira comercializada ao longo dos últimos quarenta anos na França teve um aumento global de 25% e um crescimento da mesma proporção de madeira de construção e industrial, em detrimento da madeira para carvão.

Dar maior atenção à produção de madeira para construção é o objetivo dos florestais franceses. Os silvicultores franceses sabem bem que essa madeira tem importante contribuição no somatório de sua renda.

As empresas de exploração na França realizam a exploração e o transporte da madeira, abastecendo as indústrias de primeira transformação: serrarias, painéis, celulose e lâminas de madeira. Elas possuem uma função às vezes técnica e de prestação de serviços e às vezes comercial.

Essas empresas apresentam três papéis econômicos importantes na mobilização da produção de madeira:

- fazem a prospecção da fonte disponível em uma zona geográfica que conhecem bem, e incentivam os pequenos proprietários particulares a venderem as árvores em pequeno volume;

- realizam uma triagem e a valorização da matéria-prima destinada a usuários diferentes;

- constituem-se num intermediário indispensável entre a produção de madeira de uma propriedade heterogênea e as necessidades industriais bastante diversificadas.

A produção florestal é bastante concentrada, pois mais de 75% dessa produção é assegurada por não mais que 30 empresas.

A comercialização das sementes e mudas florestais obedece a regras de qualidade genética. O Código Florestal Francês aplica a regra de que a colheita de sementes somente pode ser efetuada em povoamentos selecionados e classificados, observando-se as normas de idade e dimensões.

## *5. Contribuição da legislação francesa para a legislação brasileira referente ao desmatamento e incêndios florestais*

Em tese, o desmatamento no Brasil resulta de uma série de fatores econômicos, sociais e da fragilidade institucional de se fazer cumprir a norma legal. Entre esses fatores, destacam-se: a) a distribuição fundiária, em que as pequenas propriedades com menos de 10 hectares representam menos de 3% das terras produtivas e as grandes propriedades com mais de 10 mil hectares representam mais de 40%; b) a distribuição da renda nacional, também altamente concentrada, com 66,1% da renda total sendo percebidos pelas famílias mais ricas, que correspondem a 20% do total de famílias; c) um sistema fiscal e de crédito para as atividades agrícolas que desconsidera as características agroecológicas e o emprego de práticas de sustentabilidade da floresta; d) a titularidade da propriedade rural condicionada ao desmatamento nas regiões de fronteiras; e) o conflito da administração pública: enquanto o IBAMA objetiva preservar a base florestal, o INCRA e outros órgãos de governo promovem assentamentos e práticas contrárias ao princípio da conservação, contribuindo para enfraquecer, ainda mais, os ecossistemas; f) o valor da madeira de determinadas espécies permite o financiamento da atividade madeireira, a qual obtém licença legal para fins de desmatamento; e g) os programas setoriais de desenvolvimento, que, muitas vezes, estimulam a ação antrópica não-sustentável sobre os recursos florestais.

Há, ainda, outros fatores que contribuem para o desmatamento na região amazônica. Entre esses, sobressaem as políticas governamentais, as quais implementaram um dinamismo na fronteira amazônica, os investimentos na abertura de estradas e demais componentes infra-estruturais estabelecendo eixos de desenvolvimento, aliados a outras iniciativas governamentais importantes, tais como: programas de coloniza-

ção, incentivos fiscais e de créditos destinados aos investimentos setoriais, projetos hidroelétricos e de extração mineral.

A concessão de autorização de desmatamento deve obedecer ao disposto na legislação vigente com relação aos limites máximos permitidos de desmatamento, localização da Área de Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente, verificando se as áreas anteriormente convertidas estão abandonadas, subutilizadas ou utilizadas de forma inadequada, e existência de áreas que abriguem espécies ameaçadas de extinção conforme legislação brasileira (Lei 4771, de 1965, artigo 15; Decreto nº 1.282; Instrução Normativa nº 3, do Governo Federal, de 4 de março de 2002; além da Portaria do IBAMA nº 113, de dezembro de 1995, e Resoluções do CONAMA nos 11 e 18). Nesse sentido, o livro preliminar, artigo L.1ER, o artigo L.4, o artigo L.6 e o artigo L.8 e o Livro III, Título Primeiro (artigos L.311-1 a L.311-5), além do capítulo III – Punições, do Código Florestal Francês podem contribuir para a melhoria da legislação florestal brasileira.

O livro terceiro desse código trata das penalidades que objetivam a proteção das madeiras e florestas. As extrações não autorizadas em solo de florestas são punidas com multas proporcionais ao volume de material extraído. Conforme esse livro, título primeiro, artigo L.311-1, nenhuma pessoa particular tem o direito de desmatar ou pôr fim ao destino florestal de suas terras sem obter, previamente, uma autorização administrativa.

Na Lei nº 85-1273, de 4/12/84, artigo 44, as operações voluntárias que provocam a destruição de uma área florestal francesa ou de seus recursos florestais são subordinadas à autorização, salvo se elas são feitas em aplicação de um serviço de utilidade pública. Após o reconhecimento da área, essa autorização é dada por um período de cinco anos.

Na Lei nº 93-3, de 4/01/93, a duração da autorização pode ser elevada para 15 anos quando o desmatamento tem como objetivo a exploração de lotes definidos au-

torizados em aplicação à Lei nº 76-663, de 10/7/76, relativa às instalações classificadas para a proteção do meio ambiente. Toda autorização para desmatamento dada sob esse título deve conter um contrato definindo as áreas a desmatar. Os termos desse contrato são fixados em função do ritmo previsto para a exploração. A autorização de desmatamento pode ser suspensa depois de iniciados os trabalhos, caso não haja cumprimento desse contrato.

A autorização administrativa somente poderá ser recusada com o aval da seção competente do Conselho de Estado. No caso da falta de resposta da administração dentro de um prazo determinado, o desmatamento pode ser efetuado.

As exceções das disposições do artigo L.311-1 do livro terceiro, título primeiro do Código Florestal Francês estão no artigo L.311-2. São elas:

1º – as madeiras plantadas com menos de 20 anos, exceto se elas são madeiras de áreas de reflorestamento;

2º – os parques com área inferior a 10 ha;

3º – as florestas com menos de 4 ha, salvo se elas fazem parte de outra floresta que a complete em 4 ha, ou se elas estão situadas sobre o pico ou encosta de montanhas ou se são provenientes de reflorestamento executado em aplicação do livro IV, títulos II e III, e do livro V;

4º – as florestas situadas em uma zona agrícola delimitada, em aplicação ao artigo 52-4 do Código Rural, se o desmatamento tem como objetivo uma aplicação agrícola ou pastoril (Lei nº 85-1273 de 4/12/85 – art. 34).

As sanções aplicadas, no caso de infração a esse artigo L.311-1, estão contidas no artigo L.313-1 (Lei nº 90-85, de 23/1/90) do capítulo III do Código Florestal Francês.

Pelo artigo L.311-3 (Lei nº 90-85 de 23/01/90) do terceiro livro do Código Florestal Francês, a autorização de desmatamento pode ser recusada quando a conservação da área plantada ou dos maciços que contém é reconhecida de utilidade para:

1º – manutenção de terras sobre as montanhas ou encostas;

2º – proteção do solo contra erosões e assoreamento de rios;

3º – existência de fontes e cursos d'água;

4º – proteção de dunas e encostas, contra as erosões do mar e o assoreamento de areia;

5º – defesa nacional;

6º – salubridade pública;

7º – necessidade de assegurar a revitalização nacional em madeira e produtos variados, no que se refere à madeira proveniente de reflorestamentos executados em aplicação ao livro IV, títulos II e III, e do livro V;

8º – equilíbrio biológico de uma região ou ao bem-estar da população;

9º – manejo de perímetros de ações florestais e de zonas degradadas mencionadas no artigo 52-1 do Código Rural Francês;

10º – proteção contra incêndios de áreas florestais, na qual está inclusa a parcela em causa.

No artigo L.311-4 do mesmo livro, a autoridade administrativa pode subordinar sua autorização de desmatamento à conservação do terreno, no caso de reservas plantadas suficientemente importantes para preencher o papel de utilidade definido no artigo L.311-3 ou para a execução de trabalhos de reflorestamento sobre outras áreas.

Na França, previamente a todo pedido de autorização de loteamento em uma área florestal, o interessado é obrigado a obter uma autorização de desmatamento (art. L.311-5).

O capítulo III do Código Florestal Francês versa sobre sanções referentes a atividades florestais. No caso de infração às disposições do artigo L.311-1, o proprietário é multado por hectare desmatado. A pena prevista pode ser aplicada contra os utilizadores do solo, os beneficiários das operações de desflorestamento, os empreendedores, ou outras pessoas responsáveis pela execução dessas operações.

No Brasil, as queimadas e os incêndios são problemas antigos, ligados principal-

mente à cultura do uso do fogo como prática agrícola no processo de ocupação e limpeza de área para eliminação de restos de cultura e de pragas e do manejo de pastagens.

Assim, o uso do fogo como prática agrícola é feito geralmente de forma aleatória, sem qualquer mecanismo de controle, o que resulta em áreas de queimadas significativamente maiores do que o necessário e, muitas vezes, em incêndios de grandes proporções.

As florestas “em pé” têm sido alvo de incêndios principalmente como resultado da intervenção humana (corte seletivo), por meio do “fogo de chão de florestas”, que destrói parcialmente o dossel e raramente é captado pelo satélite LANDSAT como desmatamento, ou pelo satélite NOAA como queimada.

Os incêndios florestais ganharam importância nas últimas décadas, pois foram responsáveis por uma média de 19.000km<sup>2</sup> de florestas perdidas por ano. Enquanto alguns incêndios são usados para converter as florestas em outras atividades de uso da terra, a maioria do prejuízo parece ser causada por incêndios acidentais e por incêndios destinados ao rejuvenescimento das pastagens. Entre 1997-98, esses fatores foram agravados pela ocorrência de anos excepcionalmente secos, devido aos efeitos do El Niño. Uma consequência disso é que grandes áreas da Amazônia brasileira, que aparentemente sofreram desmatamento, podem não ter sido desmatadas propositalmente. Tais áreas podem, simplesmente, ter sido “acidentalmente” queimadas muitas vezes. Essa pode ser uma das principais causas do aumento das taxas de desmatamento nos últimos anos.

Os incêndios florestais aumentam o risco de investimento do setor privado no manejo florestal sustentável. Os incêndios aumentam a mortalidade das árvores, diminuindo a produtividade da floresta e a qualidade do talhão florestal. Caso a tendência atual de aumento da frequência de incêndios

os florestais persista, isso poderá tornar-se uma séria barreira ao manejo florestal sustentável, especialmente em regiões com uma estação seca pronunciada.

Recomendam-se algumas medidas para contribuir na prevenção dos incêndios florestais: a) Campanha educativa. Deverá ser realizada com a finalidade de orientar e alertar a população para os riscos de ocorrência de incêndios e para os prejuízos provocados pelo uso indiscriminado do fogo. b) Fiscalização do uso do fogo. Deverá ser realizada para garantir que as determinações e os procedimentos exigidos para o uso do fogo sejam cumpridos. c) Monitoramento. Deverá ser realizado com a finalidade de manter sob constante observação as regiões onde o uso do fogo é um aspecto de risco diretamente ligado à atividade agropecuária e madeireira.

A legislação florestal brasileira em vigor para esse assunto (Código Florestal, Lei 4.771, artigos 11, 26 e 27; Decretos nº 84.107/79, nº 97.635/89, nº 2.959/99 e nº 3.179/99; Constituição de 1988, capítulo 6, artigo 225; Portarias nº 231-P, de 8/8/88, nº 254/88-P, de 25/8/88, e nº 94-N, de 9/9/98) deveria ser respeitada e cumprida, aplicando-se as sanções previstas. As falhas na legislação existente e a falta de pessoal na prática de extensão e monitoramento e também na fiscalização contribuem para agravar os incêndios e queimadas no país.

A legislação francesa pode em muito contribuir para aperfeiçoamento da legislação florestal brasileira sobre incêndios, sobretudo o Código Florestal, Livro III, Título II, Capítulo 1<sup>er</sup>, artigos L.321-6 a L.321-12; Capítulo II, artigos L.322-1 a L.322-13, e Capítulo III, artigos L.323-1 a L.323-2. Também o Livro 1<sup>er</sup>, Título V, Capítulo II, artigo L.152-1 a L.152-8.

Pela Lei nº 92-613, de 6/7/92, os trabalhos de manejo e equipamentos para prevenir os incêndios florestais franceses são declarados de utilidade pública a pedido do ministro encarregado das florestas, ou de uma coletividade pública. A declaração de

utilidade pública é pronunciada após consulta às coletividades locais interessadas e pesquisa pública, conduzida dentro das formas previstas pelo Código, de expropriação por causa de utilidade pública. Quando uma das coletividades locais consultadas ou o comissário pesquisador emite um parecer desfavorável, a declaração de utilidade pública é feita por meio de decreto do Conselho de Estado. O ato declaratório de utilidade pública determina o perímetro de proteção e de reconstituição florestal, no interior do qual os trabalhos de proteção são executados.

Conforme o Livro II, Capítulo II, artigo L.322-1, a autoridade superior pode, independentemente dos poderes dos prefeitos municipais, editar medidas que assegurem a prevenção de incêndios de florestas e de luta contra os incêndios.

Os prefeitos devem tomar todas as medidas para afastar os perigos de incêndios (artigo L.322-2).

As infrações às disposições legislativas e regulamentares relativas à proteção, à defesa e à luta contra os incêndios florestais são constatadas pelos:

- oficiais e agentes de polícia judiciária;
- engenheiros rurais e engenheiros de águas e florestas;
- técnicos e agentes do Estado encarregados das florestas;
- agentes do ofício nacional de florestas;
- guardas de caça e pesca comissionados por decisão ministerial;
- agentes de direção departamental de proteção civil e oficiais e profissionais de serviços de incêndios e de socorro (artigo L.323-1).

Os processos verbais feitos pelos engenheiros rurais, engenheiros de águas e florestas e técnicos e agentes de Estado encarregados das florestas têm fé, até que se prove o contrário, e são transmitidos ao procurador da República encarregado das acusações (artigo L.323-2).

O artigo L.321-1 assegura que as florestas situadas em regiões com probabilidade

de incêndios podem fazer parte de uma classificação nos conselhos municipais interessados e no conselho geral. A classificação é feita por decisão administrativa. Se houver alguma oposição, a decisão é tomada após julgamento do Conselho de Estado. Para permitir essa classificação, o diretor do Departamento de Agricultura, estabelece proposições de classificação por comunidade em função de riscos particulares que podem propiciar os incêndios, tais como clima seco, violência dos ventos e predominância de espécies resinosas (artigo R.321-1 do Livro III, Título II, Capítulo Primeiro). Como medida de prevenção, o artigo R.322-1 do Livro III, Título II, Capítulo Segundo proíbe o uso do fogo até uma distância mínima de 200 metros de qualquer tipo de vegetação ou florestas.

Esses artigos poderiam contribuir para o aperfeiçoamento de nossa legislação, recomendando-se políticas mais eficazes para combate a incêndios e queimadas no Brasil.

### *6. Considerações finais*

Nos últimos anos, diversos eventos internacionais ressaltaram a importância das florestas tropicais, principalmente devido a sua diversidade biológica, sua função ambiental, seu valor cultural e social, reafirmando explicitamente a importância de seu manejo e, ao mesmo tempo, estabelecendo que este precisa obedecer a padrões mínimos que sejam compatíveis com a sustentabilidade e a facilidade de monitoramento.

Responsável por mais de 4% do Produto Interno Bruto (PIB) e por 8% das exportações brasileiras, a atividade florestal é essencial para o crescimento econômico do Brasil. Somente isso bastaria para explicar a necessidade de tornar a atividade florestal sustentável, conciliando a exploração com a proteção dos ecossistemas.

Soma-se a esse argumento outro de dimensões tipicamente brasileiras: 5,5 milhões de quilômetros quadrados do território brasileiro são cobertos por florestas nativas,

sendo que dois terços disso equivalem à Floresta Amazônica. Não apenas a economia, mas a própria vida dos brasileiros está profundamente associada à conservação e ao uso sustentável dos recursos florestais.

Sob o ponto de vista da economia, a atividade florestal fornece alguns importantes itens da pauta de exportações brasileira. O segmento de papel e celulose de fibra curta é o maior destaque, mas há também móveis, painéis de madeira, madeira serrada e beneficiada. O setor é responsável por mais de 2 milhões de empregos diretos.

Mas, o histórico da exploração econômica das florestas brasileiras não oferece muitos exemplos de condutas ambientalmente ideais. O uso de tecnologias inadequadas e falhas nos processos de gestão das atividades florestais ocasiona a degradação dos ecossistemas brasileiros. A maneira como os recursos naturais vêm sendo utilizados no Brasil provocou um drástico comprometimento do bioma Mata Atlântica, reduzida a 7% de sua área original, e ameaça também os biomas Caatinga, Cerrado e o da Floresta Amazônica.

É preciso investir em atividades de implantação e manejo de florestas nativas e plantadas, na regulação do regime hidrológico e na conservação do solo e proteção da biodiversidade, e efetivar a legislação pertinente a cada bioma.

O Brasil é o maior produtor e também o maior consumidor de madeira tropical do mundo. A Amazônia concentra a produção de florestas nativas, enquanto as plantações estão localizadas nas regiões Sul e Sudeste. Essas plantações têm garantido o suprimento de matéria-prima florestal para a indústria de móveis, siderúrgica e de processamento de madeira e de papel de celulose.

Em alguns casos, como na Amazônia, o custo dessa produção para o meio ambiente é nefasto, repetindo o modelo de uso predatório das florestas de Araucária e da Mata Atlântica. Responsável por mais de 30 milhões de metros cúbicos de madeira em tora, correspondendo a 85% da produção anual

de florestas nativas, a exploração madeireira na Amazônia responde também por um índice inaceitável de desperdício, devido ao ineficiente modelo adotado para o processamento e beneficiamento das toras, que permite o aproveitamento de apenas 35% do estoque removido.

Na Caatinga, a produção de lenha responde por 35% da matriz energética do Nordeste e é um importante fator gerador de empregos, sobretudo durante os períodos de estiagem. Mas a maior parte da produção lenheira é feita sem o manejo adequado, mesmo havendo registros de experiências bem-sucedidas de manejo sustentável, revelando que o sistema é capaz de manter o uso das florestas continuamente, além de contribuir para a melhoria da qualidade de vida e para a conservação dos recursos hídricos.

É nesse contexto que este estudo traz suporte para possíveis modificações na legislação florestal brasileira, visando contribuir com o uso sustentável de florestas nativas e plantadas, incentivando o fomento das atividades de reflorestamento, buscando meios de recuperar áreas de preservação permanente, de reserva legal e alteradas, buscando também apoiar iniciativas econômicas e sociais das populações tradicionais e indígenas que vivem nas florestas, oferecendo meios para reprimir desmatamentos ilegais e extração predatória de produtos e subprodutos florestais e demonstrando como o Estado pode prevenir e conter queimadas e incêndios florestais no país.

As alterações na legislação florestal brasileira podem dar amparo legal para o Programa Nacional de Florestas, promover o uso sustentável das florestas de produção, apoiar o desenvolvimento das indústrias de base florestal, ampliar os mercados interno e externo de produtos e subprodutos, valorizar os aspectos ambientais, sociais e econômicos dos serviços e benefícios proporcionados pelas florestas públicas e privadas e estimular a proteção da biodiversidade e dos ecossistemas.

A legislação é um dos principais instrumentos de políticas públicas. É a legislação que começa a estruturar o arcabouço institucional e jurídico para a concretização de intenções antes informais e difusas. É fato que o Código Florestal atualmente em vigor está desatualizado e precisa de reformas. A divergência entre os diversos segmentos da sociedade que têm interesse no setor florestal está na forma de proceder a essas reformulações.

O Código Florestal sempre foi um assunto muito polêmico, principalmente por interferir diretamente na restrição ao direito da propriedade. Numa sociedade capitalista, em que a propriedade privada é um direito sagrado, falar-se em interesse coletivo torna-se quase uma heresia e sempre representou uma ameaça aos setores mais conservadores. A condução desse assunto, portanto, coloca em dúvida o processo democrático brasileiro, que acaba por privilegiar determinados setores da sociedade, setores esses que possuem interesses muito específicos. A vigilância da sociedade civil organizada é de suma importância para esse processo, sobretudo para evitar que os interesses de grupos conservadores sejam viabilizados às pressas, em prejuízo de uma discussão mais ampla do Código Florestal, para buscar o interesse da sociedade como um todo e a defesa da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

O Código Florestal de 1965, estabelecido pela Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, pressupunha um decreto de regulamentação, que deveria ter sido emitido em seguida à promulgação dessa lei, o que não ocorreu até os dias de hoje, ou seja, 40 anos depois.

O Código Florestal Francês, sobretudo o livro preliminar “Princípios fundamentais da política florestal”, em seus artigos L.1<sup>er</sup> a L.14, bem como a lei de orientação sobre as florestas, pode servir de base para uma reformulação da legislação florestal brasileira no que concerne à construção de uma política florestal eficaz para o Brasil, considerando os diferentes biomas. Em particular, o bioma amazônico merece uma legisla-

ção específica, considerando o seu papel ecológico, econômico e social.

Existem diversos pontos críticos a vencer, para se fazer aplicar uma política florestal que coincida com a importância florestal do Brasil em nível mundial. Por outro lado, percebe-se uma mobilização de diversos setores da sociedade engajados nesse desafio.

Um exame aprofundado dos princípios fundamentais da política florestal apresentada no Código Florestal Francês nos leva a pensar que eles podem ser considerados como uma base para a reformulação do Código Florestal Brasileiro, tendo em vista a experiência de muitos séculos da administração das florestas francesas.

Considerando as dimensões florestais brasileiras, a importância social, econômica e ambiental do setor, o Programa Nacional de Florestas (PNF), atual instrumento de política florestal pública, é tímido, merecendo evoluir, criando-se uma política florestal para o país, quem sabe sediada em um Ministério próprio.

## Referências

- BADRÉ, L. *Histoire de la forêt française*. Paris: Arthaud, 1983.
- BAZIRE P.; GADANT J. *La forêt en France: la documentation française*. Paris: [s.n.], 1991.
- CÓDIGO florestal francês. Paris: Dalloz, 1993.
- CONNAITRE l'Onf. *Office National des Forêts*, Paris. Disponível em: <[www.onf.fr](http://www.onf.fr)>. Acesso em: 09 de ago. 2003.
- DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE. Le domaine forestier privé de l'Etat, *Rev. Trésor*, Paris, 1978.
- FEULLUS précieux: les trésors de la forêt française. Disponível em: <<http://www.boisforet.info>>. Acesso em: 24 out. 2002.
- GONÇALEZ, N. M. E. F. *Les apports de la législation Française á la législation forestière brésilienne*. 267p. These (Doctorat) – Université de Nancy II, Nancy, 2004.
- RIBEIRO, J. F.; SILVA, J. C. S.; BATMANIAN, G. Fitossociologia de tipos fisonômicos de cerrado em Planaltina, DF. *Revista Brasileira de Botânica*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 131-142, 1985.