

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2009 – Ano 46 – Nº 181



Péricles Rocha, "Cão Azul", 1980. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 181
Janeiro/março – 2009

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) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves

REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Marise de Faria Fiuza,
Paulo Henrique dos Santos e Maria José de Lima Franco

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos Lima

CAPA: Josias Wanzeller

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.
Trimestral.

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

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



"Cão Azul", de Péricles Rocha, obra de 1980, é uma pintura de técnica mista de 0,51m x 0,73m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 46 · nº 181 · janeiro/março · 2009

- Gustavo Just O direito como ordem e hermenêutica. A filosofia do direito de Nelson Saldanha 7
- Júlio Aguiar de Oliveira Sistema de regras? Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras 17
- Reinaldo Pereira e Silva Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade 29
- Priscila Campana e Olga Maria Boschi A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas. Recuperando outras memórias históricas 53
- Ana Maria D'Ávila Lopes e Sheila Monteiro Uchoa Orçamento público e participação ativa. Crianças e adolescentes em movimento para o exercício da cidadania 71
- Roberto de Almeida Luquini e Nara Abreu Santos Multilateralismo e regionalismo no âmbito da liberalização do comércio mundial 91
- Luiz Eduardo Anesclar A convalidação da Medida Provisória. Estudo comparativo com a doutrina constitucional espanhola 101
- Valerio de Oliveira Mazzuoli Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro 113
- Eduardo Biacchi Gomes e Bettina Augusta Amorim Bulzico A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente. A existência de um direito fundamental 141
- René Marc da Costa Silva Tutela como um mecanismo de produção e reprodução da desigualdade étnica e racial na sociedade brasileira pós-colonial 155
- Argemiro Procópio Migrantes, garimpeiros e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas 163
- Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Vitor Eduardo Tavares de Oliveira O Brasil e o combate internacional à corrupção 187
- Christian Edward Cyril Lynch Tratado, Governo e Congresso. A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro 195

Fábio Martins de Andrade	As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais 207
Alaor Barbosa	Dois temas importantes: biografias “não-autorizadas” e limites de citações de livros 227
Marcelo da Fonseca Guerreiro	Apontamentos sobre a tutela patentária de medicamentos no Brasil 239
Wremyr Scliar	Controle externo brasileiro. Poder Legislativo e Tribunal de Contas 249
Daniel Rocha Corrêa	Práticas restritivas verticais. Contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro 277
João Carlos de Carvalho Rocha	Liberalismo político e comunitarismo na Constituição de 1988 297
Pedro Henrique Pedrosa Nogueira	Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial 313
Marcos Vinício Chein Feres, Pedro do Carmo Baumgratz de Paula e Valquíria Monteiro	Plano de Ação 2007-2010 “Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Nacional”. Uma análise jurídico-crítica à luz da Teoria do Discurso 327
Rafael Cavalcanti Lemos	Lei Maria da Penha e ação penal no caso de lesão corporal leve 339

O direito como ordem e hermenêutica

A filosofia do direito de Nelson Saldanha

Gustavo Just

Sumário

1. O que é uma teoria hermenêutica do direito? 2. O direito como ordem e hermenêutica. 3. A hermenêutica e o ponto de vista histórico.

1. O que é uma teoria hermenêutica do direito?

O propósito deste artigo é esboçar uma reflexão quanto à possibilidade de buscar na obra de Nelson Saldanha elementos de resposta à seguinte pergunta: o que é — ou antes: o que pode ser —, no panorama atual do pensamento jurídico, uma teoria hermenêutica do direito? Mas, antes de interrogar o pensamento de Nelson Saldanha a esse respeito, é preciso abordar alguns pontos preliminares.

É necessário inicialmente esclarecer o sentido da pergunta que a ele se dirige. Isso exige uma alusão à chamada *guinada interpretativa* da teoria do direito. A expressão “guinada interpretativa” foi cunhada no fim dos anos setenta para registrar o que seria o advento de um novo paradigma das ciências sociais, um paradigma talvez sobretudo epistemológico. Nos últimos vinte anos, vem sendo empregada também por juristas teóricos, tanto anglo-saxões quanto “continentais”, para aludir à evolução recente da teoria e da filosofia do direito, e até mesmo para qualificar globalmente o que corresponderia ao momento atual da

Gustavo Just é Professor-Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade de Paris X.

cultura jurídica reflexiva. Como se sabe, nas soluções terminológicas marcadas, como era o caso aí, pela influência das ideias de Thomas Kuhn, a noção de “paradigma” conota um sentido ou um efeito de “normalização” da pesquisa e de superação de suas crises. Mas basta levar em consideração a persistência do ideal empírico-analítico em alguns setores importantes da teoria do direito (ou ainda o recente alinhamento de alguns juristas norte-americanos a um neorealismo filosófico) para se descartar de plano uma tal eficácia estabilizadora da presença de um paradigma epistemológico hermenêutico. Por isso, a ideia de uma guinada interpretativa da teoria do direito é plausível sobretudo quando remete a um dado extraepistemológico: a teoria jurídica contemporânea seria considerada, em seu conjunto, como “interpretativa” por se ter tornado acentuadamente sensível à importância central da interpretação na experiência jurídica, do que decorreriam duas consequências: a organização de uma agenda temática dominada em grande parte pelo problema da interpretação e de sua pluralidade e a tendência pronunciada a aproximar a interpretação (ou noções afins, como a de argumentação) do centro da concepção, pressuposta ou conscientemente articulada, do direito.

Cabe então considerar duas coisas. É verdade que a guinada interpretativa pode ser vista como um fator de aproximação de tradições teóricas antes antagônicas e até mesmo incomunicáveis — alguns celebram, por exemplo, a convergência, que assim se teria promovido, entre a corrente analítica e a fenomenológica. Mas o panorama do pensamento jurídico contemporâneo não deixa, por isso, de ser o resultado de uma evolução em que figuram, ora se combinando, ora se excluindo mutuamente, elementos especulativos heterogêneos, integrantes da vasta herança do racionalismo moderno e de suas vicissitudes. E isso significa que, para apreender em sua complexidade o horizonte teórico atual, tão importante

quanto explorar a eventual complementaridade das posições que ele comporta é *articular* a sua diversidade, levando a sério as diferenças teóricas e preservando com isso (ou talvez restaurando) uma variedade de programas de reflexão. Por outro lado, o sucesso da ideia de uma guinada interpretativa se deve, nessas condições, exatamente a uma abertura semântica que a habilita a preservar essa heterogeneidade mas que, em contrapartida, parece privar em última análise os termos “interpretativo” e “hermenêutico” da aptidão de qualificar uma orientação teórica específica.

É por essas razões que se torna necessário, e ao mesmo tempo difícil, saber o que pode representar um ponto de vista *especificamente* hermenêutico em plena “era interpretativa”; em outras palavras, é ou não possível conceber uma teoria jurídica hermenêutica — isto é, uma concepção hermenêutica do direito e um modo hermenêutico de teorizar sobre o direito — que represente algo mais do que uma máxima adesão aos diferentes aspectos do interpretativismo que se atribui ao pensamento jurídico contemporâneo?

Um primeiro passo para se enfrentar essa dificuldade é certamente adotar alguma reserva diante do fascínio dos juristas de hoje pela interpretação — um fascínio que às vezes assume ares de modismo intelectual, enquanto tal passageiro, e que produz o risco permanente de produzir diferentes formas de reducionismo. Por isso, é possível considerar que o aspecto filosoficamente mais relevante e consistente do redimensionamento do tema da interpretação não é o dado quantitativo da frequência com que aparece, ou do tamanho do espaço que ocupa, nos textos dos juristas teóricos — já que isso pode significar tão-somente uma hipertrofia da problemática “metodológica”, em cujo âmbito sempre residiu o tema da interpretação —, e sim, qualitativamente, a nova função que desempenha ou pode desempenhar na contemplação teórica do direito. Essa nova

função se configura a partir do momento em que a interpretação deixa justamente de veicular apenas uma reflexão sobre a “aplicação”, a “decisão” ou o “método”, e passa a integrar, inclusive renovando-a, a empreitada propriamente filosófica de simplesmente pensar o direito.

É verdade que uma filosofia nesse sentido *interpretativa* (ou “hermenêutica”) do direito é então obtida (assumindo formas variadas), mais ou menos simultaneamente, no contexto de diferentes tradições filosóficas e jurídico-institucionais. Mas, naturalmente, é sobretudo a linhagem culturalista e historicista continental que, principalmente após o advento da “hermenêutica filosófica” de Gadamer, não poderia deixar de engendrar o esforço de pensar o direito (e portanto o seu conceito) a partir da sugestão filosófica de encarar a *compreensão* como uma estrutura fundamental da existência finita e inscrita na história.

Seria normal portanto esperar que essa empreitada tivesse sido levada adiante no âmbito em que se deu uma influência direta e em certo sentido vertical do pensamento gadameriano sobre a teoria do direito, isto é, sobre a ampla e fértil corrente teórica constituída sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, na sequência das transformações que afetaram desde o início dos anos cinquenta a velha “querela metodológica” travada na Alemanha desde Savigny – uma corrente que é possível chamar de “jurisprudência hermenêutica” e que conta entre seus protagonistas os nomes de Josef Esser, Karl Larenz, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Martin Kriele, Reinhold Zippelius, Konrad Hesse, Peter Häberle, Horst Ehmke e outros. Foi assimilando noções como “pré-compreensão” e “círculo hermenêutico”, e sob a influência geral da hermenêutica filosófica, que esses autores buscaram pensar a circularidade hermenêutica dos processos e raciocínios decisórios, e com isso corrigir definitivamente o que chamavam de “irrealismo metodológico”, na

medida em que agora era possível atacar a sua implicação mais profunda: a imagem de *linearidade, hierarquização e seccionamento do processo interpretativo*.

Ocorre, porém, que essa corrente se desenvolveu em estreita interação com o processo de consolidação do constitucionalismo jurista da Lei Fundamental e, portanto, sob a vigência de uma acentuada expectativa de controlabilidade racional das interpretações, em nome do então mais do que nunca decisivo vetor jurídico-constitucional de legitimidade democrática, o que lhe conferiu uma tendência metodologicamente “construtivista” mais ou menos acentuada e em todo caso geradora de conflitos insuperáveis com a filosofia hermenêutica que a inspirava e sustentava. (É verdade que a conversão de muitas das teses da jurisprudência hermenêutica em componentes doutrinários daquilo que alguns agora chamam de “neoconstitucionalismo” prolongou no tempo e internacionalizou a sua influência, mas isso já é outra coisa).

Entretanto, uma releitura da obra de Josef Esser, representante emblemático dessa corrente, e também o mais venerado entre seus próprios pares, pode resgatar, embora a muito custo, elementos de um projeto teórico alternativo – elementos que no próprio Esser foram sufocados, mas que não deixam de sugerir pistas para o enfrentamento atual do problema que se colocou no início deste artigo. Infelizmente não é possível aqui sequer sumariar o argumento, mas apenas indicar que a reflexão assim aberta poderia tentar forjar a especificidade da perspectiva hermenêutica explorando, por exemplo, como chegou a esboçar recentemente Paul Ricoeur, a ideia de uma demarcação entre o território da *interpretação*, feita de reminiscência, “regressiva” e “ascendente”, e aquele, atribuível à teoria do discurso racional, da *argumentação*, emancipadora, “progressiva e descendente”; ou então integrando à hermenêutica uma séria desconfiança diante de toda ambição de

domínio, no sentido mais forte da palavra, metodológico ou mesmo simplesmente conceitual, dos processos interpretativos; ou ainda resgatando e aprofundando a associação entre o ponto de vista hermenêutico e o ponto de vista histórico, à qual caberia subordinar a compreensão do direito e de sua inteligibilidade.

É exatamente essa última sugestão que nos conduz à obra de Nelson Saldanha.

2. *O direito como ordem e hermenêutica*

Ao contrário do que se verifica na economia textual da jurisprudência hermenêutica, em Nelson Saldanha o conceito de direito corresponde a uma problemática autônoma, no sentido de não se apresentar como uma derivação ou um prolongamento de uma reflexão motivada por preocupações (e enquadrada por questões) metodológicas. Mas Saldanha aborda o problema do conceito de direito sem aspirar ao rigor das articulações abstratas voltadas à geometrização e à formalização, fiéis à receita aristotélica do gênero próximo e da diferença específica¹, e enfatiza, ao contrário, a primazia ou antes a precedência da *compreensão* com relação à definição. A definição seria um resultado verbal — facultativo na medida em que uma teoria não precisa conceituar o direito para compreendê-lo de uma determinada maneira, mas que pode funcionar como ponto de partida de uma temática, servindo para delimitá-la (SALDANHA, 1994, p. 69; 1998, p. 49-51). O valor do conceito é, nesse sentido, essencialmente relativo. O direito pode efetivamente ser definido de diversas formas e valendo-se de diferentes termos — o direito como instituição, procedimento, norma, valor, ordem concreta,

¹ A mesma precaução é adotada por Kaufmann (1973), um dos representantes filosoficamente mais atentos da jurisprudência hermenêutica, para quem se trata de escapar ao kantismo de que estaria impregnada neste ponto a filosofia do direito, obstinada em encontrar uma definição *more geometrico*, formal, geral e abstrata, de seu conceito de direito.

figura lógica, conduta, decisão, repartição etc. —, e a complexidade do fenômeno jurídico pode ser reconstituída a partir de qualquer um desses elementos, complementando a configuração básica (centrada na norma, na decisão, na conduta etc.) com a alusão aos dados que faltam. Mas isso só será possível caso se disponha de uma compreensão (uma “imagem”, como diz o imagético autor de *O Jardim e a Praça*) do que é essa experiência jurídica, em sua complexidade e na diversidade dos seus momentos ou partes (SALDANHA, 1998, p. 212), uma compreensão que, portanto, engloba o esforço de conceitualização.

É exatamente essa compreensão, essa imagem da experiência jurídica que precisa incluir o seu “componente hermenêutico”, isto é, esse momento interpretativo que não corresponde a algo que intervém, vindo de fora, ao direito considerado uma realidade plenamente constituída como forma de organização, mas que é, ao contrário, um elemento constitutivo do direito. “Não cabe falar do Direito como algo completo, como um objeto inteiriço, ao qual se vem agregar a interpretação. A interpretação se refere à ordem, e esta, na verdade, só apresenta sentido se existe um pensamento que lhe dê esse sentido” (SALDANHA, 1994, p. 85). As estruturas daquilo que se chama de “ordem jurídica”, por serem estruturas simbólicas, só existem porque são pensadas de uma determinada maneira, isto é, na medida em que têm um sentido, um sentido que lhes é dado por um pensamento que a elas se dirige, e esse pensamento é a hermenêutica: por isso a ordem é indissociável daquilo que lhe confere inteligibilidade e o direito é concebido como “um composto de ordem e hermenêutica” (SALDANHA, 1992, p. 260).

É importante deixar logo claro que essa visão não se confunde com a simples e hoje banalizada inclusão da práxis interpretativa no conceito de direito, motivada apenas pela “constatação do papel crucial da interpretação nos momentos mais significativos da ciência e da prática do direito”, como

escrevem, por exemplo, Viola e Zaccaria (2001, p. 435) e que se refere preferencialmente à interpretação no sentido técnico da interpretação dos juristas. O momento interpretativo ou hermenêutico de que fala Saldanha vai obviamente muito além, embora não deixe de a englobar, dessa prática interpretativa em sentido estrito, dessa manipulação de uma ferramenta operacional dos juristas; corresponde, na verdade, ao esforço global de tornar a ordem inteligível, e que toma como objeto elementos formais e não formais. Desse esforço faz parte sem dúvida a interpretação das regras (e, antes disso, o próprio reconhecimento das regras) — esse um exercício interpretativo socialmente reservado, embora essa reserva corresponda a uma variável histórica: no modelo das chamadas “monarquias antigas”, por exemplo, aparece hieraticamente privativo de um esfera sacerdotal inspiradora da referência de Dumézil à classe “mágico-jurídica” como primeiro componente de uma estrutura trifuncional constante nas sociedades indo-europeias; nas democracias contemporâneas, a reserva é em primeira linha apenas profissional-burocrática. Mais alargada é geralmente, nos contextos em que ocorre, a formulação dos conceitos, teorias e doutrinas, inclusive as mais gerais, e que delimitam o marco espiritual dentro do qual se pode mover a interpretação voltada à aplicação dos elementos particulares da ordem. E tendencialmente difuso no corpo social se mostra o momento hermenêutico quando assume a forma de representações e valorações que consolidam uma imagem coletiva da ordem e que tanto a podem legitimar como inspirar contestações de diversa espécie: doutrinárias, revolucionárias, utópicas...

O que co-constitui a experiência jurídica é, portanto, o conjunto de elementos compreensivos do pensamento que pensa a ordem, um pensamento que pode ter *concebido* a ordem ou as suas transformações ou que, encontrando-a em alguma medida constituída, quer sistematizá-la para a

consolidar e tornar eficaz; que a legitima (e, portanto, a estima) ou que a contesta (e, portanto, a desestima), mas que, em todo caso, lhe dá um sentido e com isso lhe confere uma existência concreta.

Já deve estar claro a esta altura que o argumento de Nelson Saldanha (1993, p. 3, grifo nosso) não se dirige aqui unicamente ao direito; faz parte na verdade de uma reflexão geral sobre as *relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo* (esse é, aliás, o subtítulo de *Ordem e Hermenêutica*). “Em sentido concreto, uma ordem só existe em função de uma hermenêutica que se refira a ela e aos seus significados para a vida. Em *todos os sistemas* institucionais, encontramos uma ordem e uma hermenêutica”.

É exatamente à luz dessa meditação geral que cabe aprofundar a reflexão sobre a noção de direito como ordem e hermenêutica. E convém começar com uma referência ao primeiro desses termos. O que deflagra o raciocínio que conduz à tese aqui discutida é uma manobra especulativa que consiste em reabilitar, como categoria do pensamento político-social (ou político-filosófico), o conceito de *ordem* — um conceito que a modernidade política, com seus credos libertário e evolucionista, progressivamente estigmatizou e descreditou, e do qual a pós-modernidade cultural e filosófica, com sua desconfiança com relação a tudo que pareça muito próximo das ideias de unidade, sistema e hierarquia, não parece esperar muita coisa.

Para salvar esse conceito agonizante, Saldanha nos convida então a pensar a ordem como um dado imensamente variável mas ao mesmo tempo infalivelmente constante na vida histórica, a pensar os muitos significados nos quais se desdobra a ideia de ordem, assim como a profunda conexão que os une: a ordem é forma, é lugar e espaço — ordenar é dispor, distribuir por lugares², lugares com um mínimo de simetria, hie-

² Uma associação que pode aparecer explícita ao olhar etimológico: em grego, por exemplo, *táttein* ou

rarquizados uns, outros não; em todo caso é estrutura, e é proporção e distribuição; então é também regularidade e organização, e assim, na ordem social pelo menos, mando e obediência (“ordem” também quer dizer mandamento), normatividade; por outro prisma, a ordem é um “objeto”, mas também um adjetivo ou predicado; é ela mesma um valor (inclusive estético³), mas também suporte estrutural fora do qual os demais valores não podem ser realizados e talvez nem mesmo pensados.

A ideia de ordem pôde então ser mobilizada em *Ordem e hermenêutica* como vetor de uma interpretação fecunda e não arbitrária da vida institucional em sua complexidade. Uma interpretação *fecunda* porque os significados em que se diversifica essa ideia remetem, no plano heurístico, a analogias estruturais e mesmo a arquétipos: analogias entre a ordem cósmica e a divina, passando-se delas à ordem social e aos espaços urbanos, e até mesmo às pretensões ordenadoras da razão (Saldanha lembra sempre a frase de Spinoza sobre o paralelo entre a ordem e a conexão das coisas e a ordem e conexão das ideias). Uma interpretação não arbitrária porque as dimensões da ordem são solidárias umas com as outras na medida em que se dão no plano da experiência histórica. Adotar a ordem como imagem básica de uma determinada esfera da vida institucional (a ordem jurídica, a religiosa, a econômica, a familiar) significa então evocar de plano um complexo de significados indissociáveis, prevenindo o espírito contra os reducionismos e o habilitando à exploração das conexões de sentido.

Por que, então, a imagem da vida institucional precisa incluir, além da ordem, o pensamento que a ela se refere? É que, por um lado, a ordem por assim dizer

“solicita” a hermenêutica, e, por outro, ela a pressupõe.

A ordem *conduz* à hermenêutica na medida em que os elementos que compõem a sua estrutura têm sempre algo de simbólico, e, ao ordenar partes, essa estrutura inclui a vigência e a aplicação de preceitos, e, por isso, “a ordem e a interpretação se implicam reciprocamente, posto que o aplicar envolve as *conclusões* do interpretar” (SALDANHA, 1992, p. 271). O surgimento de uma tarefa interpretativa como derivação do caráter simbólico-prescritivo da ordem é algo que os juristas de hoje compreendem até mesmo intuitivamente: a ordem jurídica é uma explicitação especialmente oficial das relações de mando e obediência, e como explicitação não pode deixar de se apresentar como um conjunto de expressões. Em consequência, é preciso “dar sentido” aos elementos que compõem a estrutura da ordem, e “... o *jurídico* [no ‘sistema’ ou no ‘ordenamento’] está também no *conjunto de significações* que se atribuem a esta ordem, e que a tornam viva” (SALDANHA, 1994, p. 73).

Mas, por outro ângulo, a ordem *pressupõe* a hermenêutica, já que certamente não faz sentido dizer que algo é uma ordem antes de ser pensado como tal (SALDANHA, 1992, p. 5). Em outras palavras, *constatar* a ordem é de certo modo dar-lhe existência – e essa constatação é sempre uma interpretação. Saldanha se pergunta assim se o próprio surgimento da vida social não seria talvez o momento em que os seres humanos passam a atribuir um significado à ordem grupal em que vivem, considerando o próprio viver como um modo de participar de uma certa organização (em outras palavras, a consciência da vida grupal estruturada seria constitutiva da ordem como um “dado social”).

Naturalmente que tudo o que se refere às origens tem algo de conjectural, e o nosso autor tem sempre a precaução de registrar a ressalva. Mas o recurso aos arquétipos e às conexões entre os planos da ordem vem aqui suprir o déficit empírico da arque-

tássein (colocar, dispor) e *táxis* (ordem) têm evidentemente a mesma raiz indo-europeia.

³ “nada é tão belo e proveitoso para os homens quanto a ordem (*táxis*)”, diz Iscômaco, o personagem de Xenofonte no *Econômico* (VIII, 3).

ologia do social e dar plausibilidade ao argumento. A cosmogonia — a helênica, em todo caso — instaura a intervenção da razão na origem da ordem: a passagem do *chaos*, do amorfo, ao *cosmos* é obra de um *nous* ordenador, como ordenadora das coisas será mais tarde a razão “distinguidora”, produtora de “ideias claras e distintas”. Analogamente, a ordem social, que também “dá forma” e com isso implica sempre distinções (Idem, p. 38), parece ser já fruto de uma inteligência que compreende diferenças de posições e papéis.

Assim, pressupondo a hermenêutica, ou conduzindo a ela, a ordem é algo que em todo caso vigora sempre como *representação* (Ibidem, p. 15).

E o termo “representação”, que evoca o espírito e a consciência, conduz-nos a uma possível espécie de aporia de ocorrência já clássica nos sistemas de pensamento sensíveis à historicidade da razão. É que o instante interpretativo é apresentado como um componente que é *instituidor* da ordem, e que é *universal* no sentido de que não se pode imaginar uma ordem em que esse componente não esteja presente. Mas ao mesmo tempo se alude a um pensamento (aqui dito “crítico” ou “latentemente crítico”) que, em dado momento, se “instala” diante da ordem (é exatamente essa a metáfora espacial empregada por Saldanha): um momento que não parece ser exatamente *necessário*, e que em todo caso pressupõe a existência da ordem. Como escapar então à contradição de afirmar que o pensamento interpretador pressupõe a existência da ordem que ele próprio se dispõe a constituir?

Naturalmente que o problema remete a um impasse congênito ao pensamento social moderno, que põe o homem como obra da sociedade e a sociedade como obra do homem; tem também algo a ver, como registra Saldanha, com o tema milenar do confronto entre o ser e o pensar.

Mas aqui intervêm diretamente os postulados existencialistas, ou mais largamente vitalistas, que pretendem denunciar, na sus-

peita de contradição, o equívoco de tratar como relações lógicas o que na verdade são relações vitais. “A ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar”, diz o orteguiano Saldanha (1992, p. 103). E, caberia acrescentar, como produto de um pensar compreensivo dotado de uma estrutura tanto teórica quanto prática, a ordem não é meramente um constructo, é uma realidade institucional, que provoca e condiciona o próprio pensamento na medida em que dá forma às circunstâncias em que ele ocorre. Assim, “constituir a ordem ao interpretá-la” e “pressupor a sua existência para a ela se referir” não seriam dois enunciados que coubesse proteger contra toda e qualquer contradição⁴, e sim expressão de duas relações vitais que se dão no plano da ocorrência histórica, um plano no qual não cabe preocupar-se com aporias formais, e sim “tomar como algo necessário essa tensão entre o ser da *ordem*, que afinal depende do pensar específico que o confirma, e o *pensar* latentemente compreendedor, que pressupõe a ordem mas que a torna inteligível a partir de uma constatação que se explicita” (SALDANHA, 1992, p. 6). É à noção de *experiência* que Saldanha (Idem, p. 120) credita o tornar possível colocar dentro de uma mesma estrutura a ordem e a interpretação, que nela (na experiência) se entendem como coisas reciprocamente referidas.

A ideia dessa reciprocidade causa certamente desconforto ao espírito dotado de ambições objetivistas-descriativistas específicas, idealizadoras de um âmbito puramente teórico do pensamento; mas o compreender nunca se reduz ao teórico; mesmo as elaborações mais convencidas de sua aptidão à formalização e à pura descrição procedem tanto da dúvida metódica quanto da angústia existencial, e assim, do mesmo modo que as mitologias, as teologias, as utopias, as contestações revolucionárias

⁴ Um argumento parecido com o que Gadamer usou contra a acusação de autorreferência da consciência hermenêutica.

traduzem uma forma de relação radical e existencial, e não simplesmente contemplativa, com o mundo, no caso com a ordem, fazendo assim parte — e aqui retomo o discurso propriamente saldaniano — de “um esforço fragmentário e heterogêneo — o do espírito humano situando-se como interpretador das coisas” (Ibidem, p. 5).

Assim, a referência à ordem e à hermenêutica como dois componentes distintos do plano institucional é apenas — por assim dizer — um “artifício compreensivo”, justificado pela necessidade de “considerar a diferença entre dois planos, um onde se situa a ordem e outro onde se encontra o pensamento que a questiona”. Por isso, a ideia de uma ordem sem hermenêutica é considerada um “conceito-limite”.

Que préstimo tem então, para a compreensão da experiência jurídica em sua complexidade, esse artifício que consiste em forjar uma imagem do direito que distingue o componente da ordem e o da hermenêutica? É evidente que o propósito de Nelson Saldanha não foi, ao elaborar a ideia, oferecer critérios para a demarcação do direito perante a política, a religião, a moral, a economia — uma preocupação típica dos nossos manuais de introdução ao direito (dos mais antigos, em todo caso). Ordem e hermenêutica, disse isso antes, é uma imagem válida para a totalidade da vida institucional: “cada um dos ‘setores’ da vida social constitui uma ordem, no sentido de ser um todo com coerente conjugação de partes e com uma dimensão de preceptividade (e aplicabilidade) — e daí que cada um deles comporta e requer uma hermenêutica”. Saldanha não deixa de registrar certos aspectos em que a relação do direito com a ideia de ordem e com a de hermenêutica poderia ser peculiar, ou mesmo mais estreita, mais exemplar (Gadamer aludia, como se sabe, ao caráter exemplar da hermenêutica jurídica), mas seria inútil querer traduzir, num plano *conceitual*, algo de uma especificidade que de todo modo é obviamente uma variável histórica. A

preocupação de nosso autor, ao contrário, parece ser, na verdade, a de corrigir o caráter parcial ou reducionista de muitas teorias contemporâneas, que a isso foram conduzidas pelos paradigmas metodológicos que fixaram o ideal da exclusividade de objeto e método. A simples referência à ordem como primeiro componente da imagem do direito já remete, como se viu, a um complexo de significados indissociáveis e, para empregar uma expressão muito saldaniana, aos seus “encaixes sociais”. (Dizer que o direito é um composto de ordem e hermenêutica é certamente algo muito mais sugestivo do que dizer que o direito é “dever-ser”, “norma”, “norma interpretada”, conduta normada etc.)

Por outro lado, o sentido existencial e histórico (que não se reduz nem ao técnico ou instrumental nem ao puramente cognitivo) inerente ao componente hermenêutico permite assegurar uma verdadeira dialética à interação entre ordem e hermenêutica, compondo uma imagem do direito que pretende integrar sem hesitação, mas também sem reducionismos, o momento interpretativo. Sem hesitação, porque a inteligência histórica e cultural da interpretação, deixando para trás a conotação instrumental presente, ainda que às vezes de modo residual, nas reflexões condicionadas por questões ou preocupações metodológicas, apreende todo o alcance constitutivo do instante hermenêutico, permitindo superar a visão da interpretação como algo exterior ou complementar ao direito. Sem reducionismos, no sentido em que também não reduz o direito à interpretação. Com isso se distanciaria da tendência que se formou na jurisprudência hermenêutica no sentido de diluir o conceito de norma (e até mesmo o de direito) no de interpretação, uma tendência certamente acentuada em Häberle, mas que não é de todo estranha à teoria “estruturante” de Müller. Saldanha (1998, p. 196-199) salienta exatamente que não se pode levar a importância do momento hermenêutico ao ponto de considerar que

a norma só existe a partir do instante em que é aplicada, pois se é certo que “não se entenderá nenhuma ordem sem a inteligibilidade que a hermenêutica lhe confere, [também] não se concebe uma hermenêutica que não se tenha elaborado em função de uma ordem”.

3. *A hermenêutica e o ponto de vista histórico*

Eu dizia no início que uma filosofia hermenêutica do direito pôde ser obtida por diferentes caminhos. O exemplo mais ilustre, na tradição analítica anglo-saxônica, é a obra de Dworkin, sobretudo a partir do *Império do Direito*, de 1986: o direito é uma prática interpretativa, e não um conjunto de imperativos (como quis a tradição positivista), porque interpretar significa assumir uma determinada forma de relação com um passado, com uma obra passada que se trata porém de continuar, e que para ser prosseguida precisa ser antes *compreendida* em função daquilo que a pode justificar e da necessidade presente de a prosseguir, isto é, de a fazer projetar para o futuro.

Mas, apesar de ser autenticamente hermenêutica, a filosofia do direito de Dworkin não está adequadamente posicionada para satisfazer à necessidade que se colocava no início desta intervenção. Por um lado, porque uma hermenêutica construída de um “ponto de vista interno”, embora seja fascinante no plano da argumentação, está sempre sujeita a uma leitura que lhe adere um compromisso essencial com a aspiração a uma controlabilidade metódica da justeza das interpretações (talvez não seja casual a ambiguidade da tese da “resposta correta”); e não são gratuitas as tentativas de aproximar a teoria de Dworkin da teoria do discurso jurídico racional, de inspiração habermasiana. Por outro lado, e sobretudo, falta-lhe o ponto de vista histórico propriamente dito.

E isso é exatamente o que sobra em Nelson Saldanha. O elemento mais constante de sua vasta obra, e o mais unificador do

seu pensamento (que se autocensura de disperso) é exatamente o *ponto de vista histórico*. Um ponto de vista que se exerceu, com o perdão da esquematização, em sucessivas etapas: num primeiro momento, aparece “aplicado”, por assim dizer, aos fundamentos do constitucionalismo, isso desde a tese sobre as formas de governo. Num segundo momento, que se sobrepõe cronologicamente à segunda parte do primeiro, o ponto de vista histórico se projeta, como método crítico, sobre a tradição, sobretudo a recente, da teoria do direito. Em ambos os períodos, a sensibilidade hermenêutica está presente mas não integra as articulações conceituais — e sua presença se deve muito mais à ligação do autor à vasta tradição culturalista e historicista do que a uma influência específica da guinada ontológico-existencial da hermenêutica heideggero-gadameriana: esta deve ter sido recebida, na verdade, muito mais como uma espécie de confirmação de intuições historicistas mais antigas. E é, por isso, que ao se explicitar, num terceiro momento do pensamento de Saldanha, a perspectiva hermenêutica não poderia deixar de estar *radicalmente associada ao ponto de vista histórico*, e por ele de certa forma envolvida.

Isso se reflete obviamente na tese do direito como ordem e hermenêutica: uma tese que só se compreende quando se sabe que a referência à ordem inclui as suas metamorfoses, e que a importância do componente hermenêutico é uma variável histórica. O pensamento que pensa a ordem tem como forma elementar a simples consciência da vida grupal, mas se articula com mais complexidade quanto mais complexas forem as próprias formas políticas. E com o evoluir de sua articulação variam as modalidades de sua interação com a ordem: da mera constatação passa-se à explicação das origens, à justificação das escolhas, à aplicação organizada das normas, à crítica e à formulação de projetos de transformação.

Nesse itinerário do pensar interpretativo em sua relação com a ordem, um processo

decisivo é o da secularização da cultura, isto é, a passagem gradual de um padrão cultural geral teológico ou mitológico para um padrão leigo, ocorrido, por exemplo, na Grécia na transição do período arcaico para o clássico, ou no Ocidente moderno a partir do Renascimento. A secularização implica a dessacralização dos significados que até então eram em alguma medida tidos como “dados” pela ordem: o poder, o mando, a verdade, a justiça, a instituição da sociedade. O homem caído, resume Saldanha (2002, p. 102), é posto à prova e obrigado a buscar o sentido das coisas. Nesse momento o pensamento crítico dá como que um salto qualitativo, abrindo um “claro” diante do dado, ou entre este e a sua possível aceitação, e então a verdade passa a ser disputada, deixando de ser o privilégio de poucos (SALDANHA, 1992, p. 55).

Mas também é possível pensar uma evolução no interior da própria secularização: a um momento de afirmação, racionalista, iluminista, emancipador segue-se um momento de saturação, ceticismo, relativismo, crise; um momento, em todo caso, em que o pensamento interpretativo toma consciência de si próprio, e aqui se fala, finalmente, em consciência hermenêutica. “Ordem e hermenêutica” é então fruto tardio da secularização da cultura no Ocidente moderno; mas não há aqui uma autocelebração, e sim lucidez reflexiva e relativista. O mesmo ponto de vista que integra radicalmente à imagem do direito o seu momento interpretativo mostra-se capaz de pensar a parte de contingência, de relatividade mesmo, de uma *cultura* jurídica

interpretativa. Essa lucidez, propiciada por um historicismo geralmente ausente das versões da hermenêutica de filiação analítica, será talvez necessária à preservação da identidade de um pensamento jurídico hermenêutico que aspire, por exemplo, a se apresentar como um contrapeso, digamos, cético-contemplativo à racionalização analítico-comunicacional.

Referências

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Londres: Fontana Press, 1986.

KAUFMANN, Arthur. *Die ipsa res iusta: Gedanken zu einer hermeneutischen*

Rechtssontologie. In: G. Paulus, U. Diederichsen e C. W. Canaris (Org.). *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Estudos de teoria do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Filosofia, povos, ruínas: páginas para uma filosofia da história*. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.

_____. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Terza edizione. Roma/Bari: Editori Laterza, 2001.

Sistema de regras?

Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras

Júlio Aguiar de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Regras e princípios em *Levando os Direitos a Sério*. 3. Seguindo regras com Pedro Malazarte. 4. Seguindo regras com Wittgenstein. 5. Seguindo regras com Hans Kelsen. 6. Conclusão.

1. Introdução

Norberto Bobbio (1995, p. 67), em *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, registra um momento significativo de entusiasmo juspositivista. No contexto Iluminista do século XVIII, a fim de justificar a codificação, Siéyès sustenta que, no dia em que ela vigesse, o procedimento judiciário passaria a consistir apenas em um juízo de fato, uma vez que a *quaestio iuris* deixaria de apresentar qualquer dificuldade.

É esse o sonho do positivismo jurídico: a elaboração de um direito, entendido como sistema de normas postas pelo Estado, que pudesse ser aplicado de forma direta, isto é, dispensando a necessidade da interpretação ou, quando muito, tornando possível uma interpretação de tipo mecanicista (BOBBIO, 1995, p. 133). Um sistema de normas que, além de regular as condutas dos cidadãos, também fosse capaz de regular a sua própria aplicação.

No entanto, pouco mais de dois séculos depois, o sonho da construção de um sistema de regras, no espírito do código deseja-

Júlio Aguiar de Oliveira é Professor do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC MINAS. Professor do Curso de Graduação em Direito da UFOP. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

do por Siéyès, já não tem mais como ocultar sua verdadeira natureza. Esse sistema pode ser um sonho ou um pesadelo, mas não pode ser real. A chave para torná-lo real, o passo da eliminação da interpretação para a aplicação das regras não pode ser dado. Para Siéyès, Beccaria e outros iluministas, parecia até um passo fácil de ser executado. As regras apenas deveriam ser claras. Ora, pensavam, onde há clareza, dispensa-se a interpretação. Mas o que eles não foram capazes de perceber é que não há clareza *antes* da interpretação. Não há aplicação de normas sem interpretação, dirá, mais tarde, Hans Kelsen.

A tese da impossibilidade de um fundacionalismo intelectualista no contexto da interpretação/aplicação de uma regra, defendida por Wittgenstein e por Kelsen, é ilustrada, neste trabalho, pelas aventuras de Pedro Malazarte. O recurso à literatura ajuda a perceber a validade dessa tese e, conseqüentemente, ajuda a perceber onde se encontra a raiz do fracasso do positivismo jurídico enquanto paradigma para a compreensão e realização do Direito. O positivismo jurídico fracassa porque um sistema de regras (ou normas) capaz de controlar a sua própria interpretação/aplicação é impossível. Se esse sistema é impossível, é claro que não há nenhuma necessidade de se buscar completá-lo com princípios, como pretende Dworkin em sua crítica ao positivismo.

O problema fundamental da argumentação de Dworkin (2002), em *Levando os direitos a sério*, é que a noção de princípios surge a partir de um contraste entre o desconhecido e uma ilusão. Para Dworkin (2002), os princípios existem porque as regras não dão conta do recado. A questão, porém, é que o que não existem são as regras conforme concebidas por Dworkin. E é óbvio que, não existindo, não podem dar conta do recado.

Além de não possibilitar uma compreensão adequada dos princípios, a distinção entre regras e princípios, conectada à tese

da presença dos princípios no contexto do ordenamento normativo, em *Levando os direitos a sério*, não conduz a uma crítica radical do positivismo jurídico. Não possibilita, de qualquer forma, uma crítica de impacto semelhante à crítica do positivismo derivada da tese do fracasso do fundacionalismo intelectualista no processo de aplicação/interpretação das normas, crítica que pode ser derivada das *Investigações filosóficas*, de Wittgenstein, da *Teoria pura do direito*, de Kelsen, como, também, das aventuras de Pedro Malazarte.

É certo que *Levando os direitos a sério* não expressa a última palavra de Dworkin sobre o assunto. É certo que significativas alterações foram realizadas em suas obras seguintes, em especial em *Law's Empire*. No entanto, a razão pela qual não me dedico, neste trabalho, à análise dessas alterações é que a discussão sobre a temática dos princípios articulou-se essencialmente em torno de *Levando os direitos a sério* e não em torno das obras posteriores de Dworkin. De qualquer modo, não acredito que a ideia de direito como integridade, desenvolvida por Dworkin em *Law's Empire*, funcione como uma alternativa aos problemas decorrentes das dificuldades encontradas em *Levando os direitos a sério*. A teoria do juiz Hércules, bem como a distinção entre regras e princípios estão entre essas dificuldades que não vejo superadas pela noção de direito como integridade. Afinal, se integridade é agora a solução para o problema da interpretação, a questão que fica é: qual integridade? Integridade segundo qual critério?

2. Regras e princípios em *Levando os direitos a sério*

Dworkin (2002, p. 27-28) aborda a questão dos princípios, em *Levando os direitos a sério*, no capítulo intitulado *O Modelo de regras I*. Nesse capítulo, Dworkin apresenta, de saída, três proposições que, de acordo com seu entendimento, constituem o esqueleto do positivismo jurídico:

“(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (...) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que, quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo

valer um direito jurídico correspondente a essa matéria”.

A partir de sua configuração do esqueleto do positivismo, Dworkin (2002, p. 11) se lança a um ataque geral contra o positivismo, tomando como alvo a versão de Hart, que, segundo seu entendimento, constitui “a mais influente versão contemporânea do positivismo”. A estratégia desse ataque contra o positivismo mobiliza a noção de princípios e parte de uma interpretação do raciocínio e dos debates dos juristas em torno da aplicação do direito, especialmente quando os juristas se deparam com *hard cases*.

Para Dworkin (2002, p. 35-36), a observação do raciocínio e dos debates dos juristas no enfrentamento de casos difíceis revela a existência de padrões normativos que não funcionam como regras. Padrões que Dworkin denomina princípios.

Os princípios são, em primeiro lugar, entendidos como um tipo de padrão normativo diferente das regras. Eles fazem parte do sistema normativo e podem ser observados, preferencialmente, nos momentos em que as regras deixam de funcionar ou funcionam mal, isto é, na ocorrência de *hard cases*. Em sentido genérico, princípios são tanto políticas como princípios em sentido específico. Os princípios podem ser distinguidos das políticas, outra espécie de padrão normativo que não são regras. Política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)” (DWORKIN, 2002, p. 36). Princípios, em sentido específico, são:

“um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (Idem)

Os princípios, portanto, em sentido específico, são padrões normativos que se definem por não serem regras e, também, por não serem políticas. Na sequência de sua argumentação, Dworkin volta-se para a distinção entre princípios em sentido genérico (o que envolve políticas e princípios em sentido específico) e regras. Para Dworkin (2002, p. 39):

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Há, nessa distinção, um ponto importante a ser destacado. Dworkin entende a distinção entre princípios e regras como sendo uma distinção de natureza lógica. Natureza esta que se expressa no momento da aplicação de princípios e regras. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*in an all-or-nothing fashion*), princípios não. Dworkin defende a possibilidade de explicitação de todas as exceções de uma regra, o que, em sua concepção, levaria à produção de uma regra capaz de garantir, por si mesma, sua automática aplicação à maneira do tudo-ou-nada.

“A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”. (DWORKIN, 2002, p. 40)

Se a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada, se ela pode ter todas as suas exceções explicitadas e arroladas, o enun-

ciado completo de uma regra garante sua aplicação automática. Isto é, se regras são o que Dworkin entende que elas são, elas dispensam a interpretação. Elas têm o poder de possibilitar uma perfeita compreensão de si mesmas, *a priori*, e uma aplicação automática. Vistas as regras dessa forma, fica fácil perceber por que um sistema de regras é o sonho de todo positivista. Por outro lado, também não deveria ser tão difícil perceber por que isso não passava e nunca passou de um sonho.

Já os princípios, diferentemente das regras, “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Princípios impõem a necessidade de uma decisão particular para a sua aplicação, em outras palavras, ao contrário das regras, que dispensam a interpretação, os princípios dependem de interpretação para serem aplicados. Em *Levando os direitos a sério*, os princípios são os padrões normativos próprios do juiz Hércules, cujo destino é o enfrentamento de *hard cases*. Diante de um *easy case*, isto é, diante de um caso para o qual a solução decorre da simples aplicação de regras, Hércules está dispensado do trabalho.

A partir dessa distinção de ordem lógica, Dworkin (2002, p. 42) afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso (ou importância), inexistente no caso de regras. Isto significa que, em face da constatação do conflito entre duas regras, uma delas não pode, logicamente, ser válida. Já um conflito entre princípios não implica a invalidade de um deles. Na hipótese de um conflito entre princípios, Hércules deve dedicar-se a uma tarefa de ponderação.

Em *Levando os direitos a sério*, portanto, Dworkin pretende mostrar que o sistema normativo não é composto exclusivamente de regras, mas também de princípios, que são padrões normativos distintos das regras. Os princípios, em sentido específico, expressam a imanência da dimensão da moralidade no ordenamento normativo

e, diante de *hard cases*, são levados em consideração na determinação da solução do caso. Isso não significa que princípios possam ser aplicados da mesma maneira que as regras. Levar em consideração os princípios para a solução de casos difíceis significa tomá-los não como passíveis de uma aplicação na forma do tudo-ou-nada, mas, sim, como padrões normativos dependentes de um trabalho de interpretação e ponderação.

Por meio dos princípios, Dworkin lança seu ataque ao positivismo, compreendido como positivismo de regras. Esse ataque, no entanto, toma como alvo uma concepção de positivismo que, como procuro justificar em seguida, já havia sido radicalmente desmontada por Wittgenstein e por Kelsen, na medida em que eliminam a possibilidade de um fundacionalismo intelectualista a suportar a aplicação automática das regras.

3. Seguindo regras com Pedro Malazarte

À primeira vista, seguir uma regra não parece ser algo especialmente complicado. Que dificuldade pode haver em seguir uma regra simples? Se, por exemplo, uma placa diz PARE, eu paro. Mas quando é que eu posso voltar a andar? Alguém então me diz:

– É só dar uma paradinha, olhar para ver se vem algum outro carro e, caso não venha, pode seguir.

– Mas eu estou vendo um veículo vindo lá no começo da rua. Ele vem devagar, vai demorar até chegar aqui. Eu tenho de esperar? E se, no lugar de um carro, estiver vindo uma bicicleta?

– Olha, quer saber de uma coisa, deixe isso para lá. É só você me seguir que eu vou te mostrar como é que se faz.

Talvez seguir uma regra simples não seja assim tão simples.

Em *Contos tradicionais do Brasil*, Luís da Câmara Cascudo reúne seis aventuras de Pedro Malazarte. Em algumas dessas aventuras, Pedro Malazarte apresenta sua arte de

seguir uma regra. Para Malazarte, uma arte de luta baseada na percepção da impossibilidade de um fundacionalismo intelectualista a dar sustentação à aplicação de uma regra. Isto é, a arte de seguir uma regra de Malazarte é construída a partir da compreensão básica de que uma regra, ainda que simples, não pode e nem tem como controlar sua própria interpretação/aplicação.

Na abertura do ciclo de aventuras de Malazarte, Câmara Cascudo (2004, p. 174) registra a descrição do contexto no qual se situam as narrativas:

“Um casal de velhos possuía dois filhos homens, João e Pedro, este tão astucioso e vadio que o chamavam Pedro Malazarte. Como era gente pobre, o filho mais velho saiu para ganhar a vida e empregou-se numa fazenda onde o proprietário era rico e cheio de velhacarias, não pagando aos empregados porque fazia contratos impossíveis de cumprimento. João trabalhou quase um ano e voltou quase morto. O patrão tirara-lhe uma tira de couro desde o pescoço até o fim das costas e nada mais lhe dera. Pedro ficou furioso e saiu para vingar o irmão”.

Há uma situação de injustiça bem definida. João é pobre e precisa trabalhar para ganhar a vida. O fazendeiro é rico, precisa de trabalhadores, e contrata os serviços de João. Porém, em vez de pagar o salário devido, o fazendeiro, lançando mão de contratos impossíveis, e de uma interpretação própria desses contratos, escusa-se do pagamento dos salários e ainda arranca uma tira de couro das costas de João. Pedro Malazarte, então, sai em busca de vingança para o irmão. Ele procura o mesmo fazendeiro, que aceita lhe dar trabalho sob duas condições: a) não enjeitar serviços; b) do primeiro que se zangasse, o outro fica autorizado a tirar uma tira de couro. Malazarte aceita os termos do contrato e começa a trabalhar.

“No primeiro dia foi trabalhar numa plantação de milho. O patrão mandou

que uma cachorrinha o acompanhasse. Só podia voltar quando a cachorra voltasse para casa. Pedro meteu o braço no serviço até meio-dia. A cachorrinha deitada na sombra nem se mexia. Vendo que era combinação, Malazarte largou uma paulada na cachorra que saiu ganindo e correndo até o alpendre da casa. O rapaz voltou e almoçou. Pela tarde, nem precisou bater na cachorra. Fez o gesto e o bicho voou no caminho.”

Nesse primeiro dia, Malazarte – mantendo-se perfeitamente dentro da órbita das regras recebidas e do contrato ajustado – é capaz de escapar da armadilha do fazendeiro. Ele só poderia voltar quando a cachorra voltasse, mas não havia menção alguma em relação ao tipo de tratamento que deveria ser dispensado à cachorra.

“No outro dia o fazendeiro escolheu outra tarefa. Mandou-o limpar a roça de mandioca. Pedro arrancou toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo. Quando foi dizer ao patrão o que fizera este ficou feio.

– Zangou-se, meu amo?

– Não, senhor – respondeu o patrão.”
(CASCUDO, 2004, p. 174)

O que significa “limpar a roça de mandioca”? É claro que arrancar toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo não é o significado pretendido pelo fazendeiro. No entanto, é uma interpretação possível, na medida em que se sustenta na polissemia do verbo “limpar”. Algo com que o próprio fazendeiro, como se vê na sequência do conto, tem de concordar.

Na continuação da narrativa, o fazendeiro dá ainda mais algumas tarefas a Pedro. Registro, aqui, apenas mais duas. A de que Malazarte trouxesse o carro de bois carregado de pau sem nós, da qual ele se desincumbe cortando quase todo o bananal da fazenda, uma vez que bananeira é pau sem nó. E a de levar o carro de bois, com a junta de bois, para dentro de uma

sala numa casinha, sem passar pela porta, que o fazendeiro ainda tranca e esconde a chave. Pedro dá conta da tarefa picando, com um machado, o carro de bois e os bois e jogando, pela janela, os pedaços para dentro do quarto.

A estratégia adotada por Pedro para vencer o fazendeiro, em todos esses casos, é a mesma. A de se manter “dentro” das regras dadas, subvertendo-as pela interpretação. Roberto DaMatta (1997, p. 293), em *Carnavais, malandros e heróis*, reflete sobre essa estratégia:

“O que Pedro realiza é sua parte integral no contrato, obedecendo até às últimas conseqüências as ordens do patrão. Assim fazendo, Pedro Malazarte pode tirar partido do ‘outro lado’ do contrato, conseguindo transformar a desvantagem em vantagem. Se ele e o fazendeiro estavam presos por um contrato impessoal, e se o fazendeiro era velhaco e não respeitava a humanidade de seus empregados, é nesse ponto que Pedro se agarra para realizar sua vingança. Desse modo, Pedro apenas segue todas as ordens, mas segue tudo ao pé da letra, derrotando sistematicamente o fazendeiro. Um empregado respeitador e orientado para o código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração jamais iria pensar em destruir os sagrados bens de produção do seu empregador, e assim seria liquidado por ele.”

Embora DaMatta interprete as ações de Pedro Malazarte como ações de seguir a regra ao “pé da letra”, o próprio DaMatta nos revela, no desenvolvimento da sua argumentação, o verdadeiro sentido delas. Não existe um “pé da letra” da regra, bem como não existe uma correta compreensão do contrato que possa ser extraída do contrato mesmo, uma vez que a maneira correta de se seguir uma regra não pode ser extraída da regra mesma. O que existe

são interpretações que se sustentam sobre panos de fundo, às vezes inarticulados, mas sempre presentes. Pedro Malazarte é capaz de vencer o fazendeiro explorador porque é capaz de interpretar as regras sob um pano de fundo que não o pano de fundo compartilhado por fazendeiros e empregados respeitadores daquilo que DaMatta chama de “código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração”.

4. Seguindo regras com Wittgenstein?

A crítica de Dworkin (2002) ao positivismo jurídico parte da distinção entre regras e princípios. No entanto, a estratégia, adotada por Dworkin, de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras não é esclarecedora. Dizer o que os princípios são em virtude daquilo que os distinguem das regras traz consigo o problema de tomar como evidente a possibilidade de perfeita compreensão do sentido das regras, o que de maneira alguma é evidente. A perfeita compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra, que Dworkin considera possível ao menos em teoria é, de fato, impossível. Taylor (2000, p. 181), com base em Wittgenstein, observa:

“Compreender parece implicar conhecimento ou consciência, mas Wittgenstein demonstra que o sujeito não só não tem como não pode ter consciência de toda uma gama de questões que, não obstante, têm influência direta sobre a correta aplicação de uma regra.”

Não ter e nem poder ter consciência de toda a gama de questões envolvidas na correta aplicação de uma regra não significa que o sujeito não possa aplicar regras corretamente. O que Wittgenstein (2005)

demonstra é que a aplicação correta de uma regra não pode depender de um seu perfeito conhecimento *a priori*. As regras não trazem em si mesmas e, portanto, não dão de si mesmas um conhecimento perfeito garantidor de uma perfeita aplicação. Seguir uma regra deixa sempre um espaço para o engano decorrente de uma compreensão incorreta. Em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein (2005) dá uma série de exemplos nesse sentido.

O que Wittgenstein pretende com sua argumentação em torno das regras e o que Malazarte nos ajuda a entender é a falência de um fundacionalismo intelectualista. É justamente esse fundamento que não existe, nem em face da mais simples das regras. Taylor (2000, p. 183) observa:

“Por que pode alguém sempre entender erroneamente? E por que não temos de resolver todas essas questões potenciais antes de podermos nos compreender a nós mesmos? A resposta a essas duas questões é a mesma. Compreendemos sempre contra um pano de fundo daquilo que é tido por certo, em que simplesmente nos apoiamos. Sempre pode aparecer alguém que não disponha desse pano de fundo, razão por que a mais simples coisa pode ser entendida erroneamente, em particular se deixarmos a imaginação à solta e imaginarmos pessoas que nunca ouviram falar de setas. No entanto, ao mesmo tempo, o pano de fundo, na qualidade daquilo em que simplesmente nos apoiamos, não é o *locus* das questões resolvidas. Quando a compreensão errônea advém de uma diferença de pano de fundo, o que precisa ser dito para esclarecer a questão articula parte do pano de fundo do explicador que pode nunca ter sido articulada antes.”

Taylor (2000, p. 183) registra que o pano de fundo das nossas compreensões é um pano de fundo de natureza inarticulada

e, em alguns pontos, inarticulável. É essa natureza que Wittgenstein (2004, p. 118) percebe quando escreve:

“‘Como posso seguir uma regra’ – se esta não é uma pergunta pelas causas, então é uma pergunta para justificar *minha maneira* de agir de acordo com a regra.

Se esgotei as justificativas, cheguei então à rocha dura, minha pá se entorta. Estou inclinado a dizer então: ‘É assim mesmo que ajo’”.

Neste ponto, é importante salientar que para Taylor (2000, p. 184), em oposição à tese de Kripke, a “rocha dura” na qual se apóiam nossas compreensões é, ela mesma, uma modalidade de compreensões, e não vínculos de fato ou conexões brutas. O pano de fundo, dessa forma, incorpora a compreensão, e é nessa qualidade que ele confere sentido às coisas e que confere, no caso das regras, a possibilidade de seu correto cumprimento.

No lugar de uma consciência monolítica, de um indivíduo tomado como fonte de representações (cuja compreensão é situada em suas representações ou em seus pensamentos), Taylor, seguindo o caminho aberto por Wittgenstein (2000, p. 185), defende a necessidade de enxergarmos o agente “não primariamente como o *locus* de representações, mas como agente engajado em práticas, como um ser que age num mundo e sobre o mundo”. A diferença dessa concepção frente ao individualismo metodológico tipicamente moderno não está na simples percepção do agir humano, mas no fato de situar a compreensão do agente primariamente nas práticas. Isso significa tomar a compreensão como implícita à atividade e indo necessariamente além das representações que os sujeitos são capazes de produzir. Segundo Taylor (2000, p. 186):

“Essa compreensão é mais fundamental de duas maneiras: (1) ela está sempre presente, embora às vezes moldemos representações e outras vezes não; e (2) as representações que

de fato fazemos só são compreensíveis contra o pano de fundo oferecido por essa compreensão inarticulada. Ela proporciona o contexto no qual, e só no qual, essas representações têm o sentido que têm. Em vez do *locus* primário da compreensão, as representações são ilhas no mar de nossa apreensão prática não formulada do mundo.”

Perceber que o lugar próprio da compreensão são as práticas implica a valorização do pano de fundo. Por outro lado, de uma perspectiva intelectualista, seguir uma regra acaba sempre ou numa procura pela cadeia de pensamentos e representações que, explicitada na sua completude (o que não deixa de ser uma impossibilidade pelo fato de Dworkin acreditar nela), deveria possibilitar o agir correto de acordo com a regra ou, por outro lado, na empobrecida concepção do pano de fundo como conexões brutas (à maneira da interpretação de Kripke).

Além disso, o que uma concepção intelectualista da “regra-como-representada” deixa de lado, o que esta concepção não consegue perceber, é a existência insuperável de um obstáculo ontológico entre a regra e sua aplicação, entre o universal e o particular. Taylor chama esse obstáculo ontológico de “hiato fronético” (*phronetic gap*), em referência direta à sua matriz aristotélica. Aristóteles, como Aubenque (2003, p. 75) observa, não tem a expectativa platônica de poder deduzir o particular do universal. Aristóteles não culpa a ignorância dos homens por essa incapacidade. Não se trata, para Aristóteles, de uma fraqueza psicológica, algo que, portanto, pudesse ser superado pelo Rei-Filósofo de Platão ou pelo Juiz Hércules de Dworkin. A impossibilidade de deduzir o particular do universal decorre da própria realidade e, nesse sentido, não pode ser superada por uma ciência. A aplicação das regras é, antes de tudo, uma questão de prudência (*phronesis*).

Bem vistas as coisas, a concepção intelectualista da “regra-como-representada” é, acima de tudo, uma concepção imprudente. Imprudência que tem bem a cara de uma modernidade que aposta tudo na sua capacidade de produzir regras e se esquece de que essas regras não se aplicam por si mesmas. Essa imprudência é semelhante àquela de alguém que, tendo contratado os melhores arquitetos para a elaboração do projeto de sua casa, entrega a execução do projeto a trabalhadores desqualificados. Bons projetos não se transformam em boas casas se não forem executados por um bom mestre-de-obra e bons pedreiros, da mesma maneira como boas leis não se transformam em decisões justas se não forem interpretadas e aplicadas por intérpretes prudentes no contexto de um processo prudente de interpretação e aplicação do direito.

5. Seguindo regras com Hans Kelsen

O ataque geral de Dworkin ao positivismo parte da revelação da presença dos princípios num sistema pensado como um sistema exclusivamente de regras. A defesa do positivismo na *Teoria pura do direito* chega ao fim com a revelação da presença de uma incontornável indeterminação no ato de aplicação das normas. Kelsen, como Wittgenstein, percebe a impossibilidade de se encontrar um fundamento intelectualista para o ato de seguir uma regra. E é justamente isso que Kelsen (2000, p. 392-393) deixa claro no capítulo oitavo da edição de 1960 da *Teoria pura do direito*.

“A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.”

A interpretação, enquanto operação de investigação do significado da norma,

isto é, enquanto ato de conhecimento, tem um alcance limitado. Tomada como ato de conhecimento, o resultado da interpretação de uma norma só pode ser a fixação da moldura do direito, isto é, a explicitação das várias possibilidades de aplicação da norma jurídica (KELSEN, 2000, p. 390). Para Kelsen (2000, p. 391), não há método algum, entre os que possam ser classificados como de direito positivo, capaz de apontar, no conjunto das várias possibilidades de aplicação de uma norma, a que seja correta.

Para deixar as coisas ainda mais difíceis, Kelsen percebe que mesmo uma completa explicitação, *a priori*, das várias possibilidades de aplicação de uma norma, isto é, a fixação definitiva da moldura, é algo que vai além dos limites da interpretação enquanto ato de conhecimento. A interpretação autêntica, isto é, a interpretação do direito realizada por uma autoridade competente para a aplicação/criação do direito, não se deixa necessariamente conter nos limites estabelecidos pela interpretação enquanto ato cognitivo.

“A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas também pra todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma nor-

ma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, mas também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 2000, p. 394)

De acordo com Kelsen, a interpretação autêntica cria direito. Não há aplicação do direito sem interpretação autêntica. Portanto, não há aplicação do direito que não seja criação do direito. Mas quais os limites dessa criação? Até onde pode ir o intérprete autêntico? Essas são questões fundamentais. Porém, para a *Teoria pura do direito*, essas são questões que podem ser respondidas apenas de forma negativa: se existem limites para o intérprete autêntico, esses limites não estão na norma jurídica e nem na ciência do direito que descreve essa norma jurídica. Além disso, a *Teoria pura do direito* não só não apresenta um método de interpretação/aplicação do direito como também interdita de uma vez por todas o caminho da busca pelo método no contexto do positivismo. O que significa isso?

O significado dessa tese fundamental da *Teoria pura do direito* talvez possa ser mais bem compreendido pela reflexão sobre um extraordinário parágrafo escrito por Kelsen. Esse parágrafo aparece citado por Losano, em seu prefácio de *O Problema da justiça*. Kelsen (1998, p. 20) escreve:

“O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.”

O que é especialmente impressionante nesse parágrafo é que o eterno problema daquilo que está por trás do direito posi-

tivo não é um problema do direito natural apenas. É um problema da teoria do direito. É um problema da *Teoria pura do direito* e o próprio Kelsen, quando reflete sobre a interpretação, não oculta o fato de ter se deparado com o olhar da Górgona do poder. O ato de vontade, a definir o sentido específico da interpretação autêntica, é a expressão desse olhar e, em certo sentido, a *Teoria pura do direito* é um esforço fadado ao fracasso pela anulação da força desse olhar petrificante. Mas, ao fim de seu trabalho, o que resta é uma moldura que não se fecha. O que resta é um direito que não se aplica senão por meio de uma vontade que nem o direito e nem a ciência são capazes de controlar. O que resta é uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que é uma maneira kelseniana de dizer que o que resta é incerteza, é o poder, é o olhar esbugalhado da Górgona.

Mas resta algo mais. Ao sepultar as esperanças de construção de um método científico de aplicação do direito, Kelsen elabora a mais poderosa crítica ao positivismo jurídico. É bem possível que não tenha sido essa a sua intenção, mas isso pouco importa. Também pouco importa que o próprio Kelsen tenha, talvez, deixado de perceber o tamanho do estrago produzido no positivismo pela sua obra. O último parágrafo da *Teoria pura do direito* parece sustentar essa leitura. Nele, Kelsen (2000, p. 397) menciona a necessidade, da parte da autoridade legisladora, de formular normas o mais possível inequívocas, normas cuja formulação reduza a um mínimo a inevitável pluralidade de significados e que possam oferecer segurança jurídica no maior grau possível. No entanto, não há como deixar de perceber que, no que se refere à questão da segurança jurídica, o efeito prático dessa concepção nem chega perto, ao contrário do que pensa Kelsen, de superar a vantagem política da ficção do sentido único.

Após a *Teoria pura do direito*, o problema da segurança jurídica é um problema sem

solução dentro dos marcos do positivismo. Uma conclusão sem dúvida paradoxal, se pensarmos ter sido a segurança o valor máximo do positivismo. Se, por um lado, Boaventura de Sousa Santos (2000) parece estar certo quando compreende, no curso da Modernidade, o desenrolar de uma tensão entre regulação e emancipação, no qual a emancipação vai sendo absorvida pela regulação, parece-me, por outro lado, que, deixada sozinha, a regulação volta sua força devoradora contra si mesma. A Modernidade, que abandona o projeto de uma boa ordem em troca de qualquer ordem, acaba por descobrir que o sistema normativo, visto de uma perspectiva estritamente moderna, não garante, por si mesmo, ordem nenhuma.

6. Conclusão

Malazarte, ao apresentar sua arte de seguir uma regra, elabora uma poderosa crítica ao positivismo jurídico. Uma crítica mais radical do que aquela elaborada por Dworkin. A estratégia adotada por Dworkin de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras não é esclarecedora. Dizer o que os princípios são em virtude daquilo que os distinguem das regras traz, ainda, o problema de tomar como evidente a compreensão do sentido das regras, o que, de maneira alguma, é evidente. A compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na sua correta aplicação, é incorreta, uma vez que essa pré-compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra é impossível.

É impossível, segundo Wittgenstein, que o sujeito tenha consciência de toda uma infinidade de questões relacionadas com a correta aplicação de uma regra. É interessante notar que essa impossibilidade, que Taylor (2000) desenvolve a partir

do Wittgenstein das *Investigações filosóficas*, também aparece em Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*. Para Kelsen (2000, p. 39), a correta explicitação do significado da norma jurídica não pode ser entendida como um pré-requisito para a sua aplicação. No plano do conhecimento, a compreensão de uma norma jurídica encontra seu limite na constituição da moldura.

Tanto para Wittgenstein como para Kelsen, a compreensão de uma norma não tem como determinar com precisão o sentido do agir segundo a norma, isto é, a compreensão de uma norma não tem como determinar a sua aplicação. Ainda que, para Kelsen, possa-se pensar, ao menos no contexto de uma interpretação não autêntica, numa “fixação da moldura”, isto é, numa catalogação exaustiva dos possíveis significados da norma, ao passo que, para Wittgenstein, esta seria uma tarefa impossível, na medida em que o número das questões envolvidas na aplicação de uma norma é um número infinito; em ambos chega-se a um mesmo ponto: o ponto da falência do fundacionalismo intelectualista.

Não importa se são apenas duas ou infinitas as possibilidades de compreensão de uma norma, o resultado é que a interpretação como ato de conhecimento encontra seu limite e, no limite, tem de ser aliviada do peso da aplicação da norma. Para Kelsen, este é o momento da vontade, do elemento volitivo da interpretação. Para Wittgenstein (2004, p. 118), este é o momento em que *esgotei minhas justificativas*, o momento em que “cheguei à rocha dura, e minha pá se entorta”, momento em que, segundo a interpretação de Taylor, as práticas se apresentam como fundamentais para a compreensão das regras.

Dworkin (2002, p. 40), por outro lado, acredita na possibilidade de uma completa explicitação das possíveis exceções de uma regra, o que daria à regra um poder de aplicação imediata. É justamente com base nessa possibilidade, relativa às regras, de uma perfeita compreensão propiciadora de

uma aplicação imediata (isto é, de uma aplicação lastreada numa lógica dedutiva), que Dworkin encontra a base para a distinção entre regras e princípios. Ao contrário das regras, os princípios não propiciam uma plena compreensão de si mesmos, necessária para a realização de uma aplicação automática.

Embora a distinção entre regras e princípios na obra de Dworkin seja uma distinção orientada para a crítica do positivismo jurídico, o que Dworkin não percebe é que princípios e regras não se deixam distinguir por um critério qualitativo, na medida mesmo em que as regras não são aquilo que Dworkin acredita, com base numa tese positivista, que elas sejam. Em razão disso, a crítica ao positivismo jurídico que se extrai das teses de Wittgenstein e de Kelsen é consideravelmente mais poderosa. Isso porque destrói a própria possibilidade de existência das regras numa perspectiva sustentada pelo fundacionalismo intelectualista. Como Pedro Malazarte, Wittgenstein e Kelsen não deixam muita coisa para trás quando resolvem limpar um terreno. Um trabalho hercúleo, sem dúvidas, mas que não precisou esperar por Hércules para ser feito.

Referências

- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação de Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Contos tradicionais do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Global, 2004.
- DaMATTa, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Udail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Coleção pensamento humano. Tradução de Marcos G. Montagnolli, revisão da tradução e apresentação de Emmanuel Carneiro Leão. 3 ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004.

Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade

Reinaldo Pereira e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. A natureza jurídica do controle concentrado de constitucionalidade. 3. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. 4. As omissões inconstitucionais. 4.1. As omissões normativas e as omissões não normativas. 4.2. As omissões relativas como conduta comissiva. 4.3. A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais. 5. As omissões inconstitucionais no Brasil. 5.1. As omissões administrativas. 5.2. A natureza jurídica das omissões administrativas. 5.3. Omissão do Poder Executivo e omissão administrativa. 5.4. A configuração das omissões administrativas. 5.5. Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta. 5.6. Medida concreta de alcance geral. 5.7. O prazo de 30 dias. 6. Conclusão.

1. Introdução

De acordo com a versão tradicional da teoria normativa da Constituição¹, o princí-

¹ A teoria normativa da Constituição admite dois sentidos complementares, mas de configuração não necessariamente simultânea ao longo da história contemporânea. No sentido amplo, a teoria normativa corresponde a uma “ideologia da interpretação jurídica”. No sentido restrito, a teoria normativa corresponde à distinção entre legalidade e constitucionalidade, pressupondo a existência de um sistema de controle do princípio da supremacia constitucional. Em análise do sentido restrito da teoria normativa, Georg Jellinek esclarece que “a nota jurídica essencial das Constituições radica na superioridade de sua força normativa. As Constituições que não se distinguem, nem por sua origem, nem por seu meio de modificação, da atividade legislativa, carecem de toda significação prática na vida

Reinaldo Pereira e Silva é Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional na Universidade Federal de Santa Catarina. Secretário da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2007/2009).

pio da supremacia constitucional impõe-se pragmaticamente como uma concepção hierarquizada das normas que integram o ordenamento jurídico. De maneira bastante simplificada, pode-se dizer que, na hierarquia normativa geral², a posição mais alta é ocupada pela criação do poder constituinte originário, expressão da vontade do povo, e a mais baixa, sobretudo pela criação dos órgãos legislativos, compostos pelos representantes eleitos pelo povo. O controle de constitucionalidade, que é um corolário do princípio da supremacia da Constituição, apresenta-se então como o procedimento que torna possível condicionar a validade de uma norma de posição hierarquicamente inferior à compatibilidade com uma norma de posição hierarquicamente superior³.

Para cumprir seus propósitos, o controle de constitucionalidade, de acordo com a versão tradicional da teoria normativa, institucionalizou-se amparado na convicção de que “a dignidade da pessoa humana não é violada apenas por atos contrários à lei, mas também pela injustiça na forma da lei”⁴ (NEUNER apud SARLET, 2003, p. 251). Para a defesa da Constituição, “a técnica ofereceu dois corpos: o Tribunal Constitucional, qualquer que fosse o nome que se lhe desse (controle concentrado);

do direito” (JELLINEK, 2005, p. 658-9). Cf., também, PACTET; MÉLIN-SOUCRAMANIEN. 2004, p. 73; CADOUX, 1995, p. 173 e 208-288; ZAGREBELSKY, 1992, p. 49-50; MATHIEU; VERPEAUX, 2004, p. 711-714; CADART, 1990, p. 165-166; VEDEL, 1949, p. 117.

² Como se trata de uma afirmação simplificada acerca do princípio da supremacia da Constituição, não é demais esclarecer que nela não estão sendo consideradas as normas jurídicas ditas individuais, apenas as gerais. Mesmo porque, de acordo com Hans Kelsen (1984, p. 325), “por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e dos costumes; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas (...) A aplicação do direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma”.

³ Cf. EMERI; BIGÉGARAY, 1997, p. 133; DEBBASCH; RICCI, 1990, p. 573-574; HESSE, 1992, p. 21; MAURER, apud ÁVILA, 2004, p. 172 e 182.

⁴ Cf. HÄBERLE, 2003, p. 43-45.

e os demais tribunais, na aplicação do princípio geral de que a lei superior corta a inferior (controle difuso)” (MIRANDA, 1979, p. 51). Condicionando o exercício da conduta do legislador, o controle de constitucionalidade, a partir da Constituição de 1891, definiu-se como um procedimento de fiscalização que o Poder Judiciário exerce do respeito pela Constituição por parte do Poder Legislativo.

O desenvolvimento da teoria normativa, após a Segunda Guerra Mundial, não se fez sentir apenas na análise da validade normativa, em cujo âmbito a defesa dos direitos fundamentais tornou-se uma condição substancial (RUGGERI, 2005, p. 8), mas alcançou igualmente os âmbitos de análise da eficácia e da efetividade normativa. Com efeito, a compatibilidade do exercício da função legislativa com a ordem constitucional passou a demandar não apenas o “respeito aos cânones da Constituição, mas também a atualização dos valores nela consagrados, realizando os direitos fundamentais” (VARI, 2005, p. 727). Envolto com a função de atualizar os valores constitucionais, o legislador termina incorrendo em desrespeito à Constituição não apenas quando age comissivamente, mas também omissivamente⁵. Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 46) asseveram que a violação da ordem constitucional ocorre tanto quando as ações estatais estão em contrariedade ou desconformidade com suas regras e princípios como quando as normas constitucionais não são dinamizadas pelos órgãos estatais que constitucionalmente estão vinculados a assegurar-lhes operatividade prática. Em outras palavras, no atual estágio da teoria normativa, “a Constituição impõe-se não só quando se faz o que ela proíbe, mas também quando não se faz o que ela impõe que seja feito”⁶.

⁵ Cf. PEREDO, 2002, p. 65-67; MENÉNDEZ, 1996, p. 3963-3970.

⁶ Antes ainda da Constituição de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello (1982, p. 179-180) já alertara que “há a violação da Constituição tanto quando se

Caso não se perca de vista que o controle de constitucionalidade sempre foi uma decorrência da separação do poder constituinte originário dos poderes constituídos⁷, o fato é que não só o Poder Legislativo, também o Poder Executivo, a Administração Pública e o próprio Poder Judiciário podem atentar contra a ordem constitucional tanto comissiva quanto omissivamente. Não obstante já seja uma grande conquista do desenvolvimento da teoria normativa a possibilidade do controle de constitucionalidade da inatividade do Poder Legislativo, não se pode deixar de acentuar que o controle de constitucionalidade no Brasil revela-se, com a Constituição de 1988, ainda mais adiantado em termos institucionais, haja vista a igual possibilidade não só de controle das omissões dos demais Poderes, mas também de controle das omissões administrativas.

2. A natureza jurídica do controle concentrado de constitucionalidade

Considerando que a norma incompatível com a Constituição é uma nulidade e que a omissão em relação a uma imposição constitucional é um vício material de inconstitucionalidade, pode-se afirmar, como regra geral, que a atuação da jurisdição constitucional, especificamente na esfera do controle concentrado de constitucionalidade⁸, possui natureza jurídica de função interpretativa, seja em seu sentido restrito, seja no sentido de integração normativa⁹.

faz o que ela inadmitte como quando se omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver, ficará configurada uma inconstitucionalidade". Cf., também, FREIRE, 1997, p. 219.

⁷ Cf. ZOLLER, 1999, p. 99.

⁸ A jurisdição constitucional pode possuir outras atribuições além do controle do princípio da supremacia constitucional. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal também é competente para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, além de possuir várias outras atribuições. Cf. artigo 102, da Constituição de 1988.

⁹ "O poder específico da jurisdição constitucional reside em sua prerrogativa de interpretação" (STAR-

No entanto, em circunstâncias excepcionais – muito embora variadas –, a natureza jurídica da atuação da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade pode ser identificada com a função de legislador positivo, ou seja, com uma função propriamente normativa¹⁰. Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde (2000, p. 195), é razoável que "as transformações do âmbito normativo, isto é, das circunstâncias do objeto regulado, das condições vitais, etc., afetadas pelo programa da norma,

CK, 1995. p.70-1). Cumpre esclarecer, para evitar confusões terminológicas, que a função interpretativa no sentido amplo abrange três distintas atividades: a interpretação no sentido restrito, a integração normativa (analogia *legis* e redução teleológica) e a atividade de legislador positivo (analogia *juris*). Entre as três atividades, existe uma diferença de grau de criatividade. A interpretação no sentido restrito, de todas as atividades do intérprete, é a menos criativa; o preenchimento de lacunas, quer por meio da analogia *legis*, quer por meio da redução teleológica, é atividade de maior criatividade do que a interpretação no sentido restrito; e a atividade de legislador positivo é a mais criativa das atividades do intérprete. De acordo com Karl Larenz, o limite da interpretação no sentido restrito é o "sentido literal possível" da norma interpretada. Uma interpretação que se projete para além desse limite, mas que permaneça no quadro das possibilidades lógicas da norma, ou seja, "uma interpretação imanente à norma", delimita o âmbito de atuação da integração normativa. Por sua vez, a interpretação que se projete para além do quadro das possibilidades lógicas da norma, situando-se, no entanto, dentro do "quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base", caracteriza a atividade de legislador positivo. Cf. LARENZ, 1997. p. 520 e 588.

¹⁰ Não se deve confundir a teoria normativa da Constituição, cujo significado consta das notas de rodapé 2 e 92, com o agir normativo da jurisdição constitucional. O agir normativo da jurisdição constitucional, da mesma forma que as duas atividades menos criativas da função interpretativa, é um dos muitos meios possíveis de implementação da teoria normativa da Constituição. Diferentemente das duas atividades menos criativas da função interpretativa, cuja justificação de seu exercício é passível de controle por parte da sociedade, o grande problema do agir normativo – que não deve ser subestimado – diz respeito à ausência de uma disciplina pública que delimite as hipóteses e fundamente as condições da intervenção excepcional da jurisdição constitucional como legislador positivo. Cf. MARCENÒ, 2000, p. 1985-1987, 2013-2014.

levem à modificação do efeito ordenador da norma". No que concerne ao domínio da função interpretativa em seus dois sentidos assinalados, "o decisivo é que o programa da norma constitucional não se transforme, mas que se descubra seu conteúdo dado ou fixado". Caso a atuação da jurisdição constitucional transforme o programa da norma constitucional, estar-se-á diante de um domínio distinto, o da função propriamente normativa¹¹.

De acordo com Peter Häberle (2007, p. 265), os destinatários das normas constitucionais "participam mais vigorosamente do procedimento de interpretação do que se admite". Em consequência, os denominados "intérpretes autênticos" da Constituição¹² não são seus únicos intérpretes, muito menos são seus primeiros. A rigor, a responsabilidade que compete à jurisdição constitucional, como intérprete autêntico da Constituição, é de "intérprete

¹¹ "Dentre os fatores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa (...) Qualquer norma está, como fato histórico, em relação atuante com seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude (...) A nova interpretação, para continuar a ser interpretação, tem de manter-se ainda nos quadros do sentido literal (de então ou, se este possibilitar antes uma interpretação ajustada ao tempo, do atual) e também no contexto significativo da norma, não lhe sendo lícito sobrepor-se ao escopo da norma" (LARENZ, 1997, p. 495).

¹² Para usar uma metáfora kelseniana, a interpretação autêntica deve ser definida como a interpretação que os órgãos do Estado realizam dentro da moldura de possibilidades de sentido da norma a interpretar. No entanto, a definição do que aqui se entende por interpretação autêntica só em parte é tributária da obra de Hans Kelsen, porquanto, segundo o autor, pela via da interpretação autêntica, não somente se realizam as possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma, como também se pode criar um sentido "que se situe completamente fora da moldura" (Cf. KELSEN, 1984, p. 471). Neste estudo, a criação de um sentido "que se situe completamente fora da moldura", ou seja, inclusive para além do quadro das possibilidades lógicas da norma, não se insere no âmbito da interpretação autêntica. Em outras palavras, interpretação autêntica, para este estudo, não abrange a atividade de legislador positivo da jurisdição constitucional.

de última instância". Mas qual é o objeto de interpretação no controle concentrado de constitucionalidade: a Constituição ou a produção normativa infraconstitucional? Tanto uma quanto outra. Com efeito, no controle de constitucionalidade, é possível identificar, ao menos, duas distintas situações interpretativas. Na primeira, as normas constitucionais são o objeto exclusivo de interpretação, como ocorre no controle das omissões inconstitucionais. Na segunda, a Constituição é interpretada como condição de validade da produção normativa infraconstitucional, e a produção normativa infraconstitucional, como texto compatível ou incompatível com a Constituição¹³. Nessa segunda situação, o recurso à "interpretação conforme a Constituição" tem assumido posição de relevo¹⁴, na medida em que impede a declaração de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional se ela puder ser interpretada conforme a Constituição¹⁵.

¹³ "Somente após ter interpretado a norma constitucional ou sobreordenada, e após ter igualmente interpretado a norma infra-constitucional ou subordinada, à qual é imputada uma transgressão da primeira, pode-se concluir o exame com um juízo de qualificação da segunda norma como inconstitucional ou como compatível com o ordenamento constitucional" (BETTI, 1971, p. 102).

¹⁴ Artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁵ Como consequência da implementação da "interpretação conforme a Constituição", uma norma infraconstitucional é declarada compatível com a Constituição naquele específico sentido definido pela jurisdição constitucional; em todos os demais sentidos, ela é inconstitucional. A "interpretação conforme a Constituição" é um recurso legítimo do controle de constitucionalidade, "não apenas porque existe em favor da produção normativa infra-constitucional uma presunção de compatibilidade com a Constituição, mas porque esta presunção exige, em caso de dúvida, uma interpretação da norma infra-constitucional conforme a Constituição" (SCHEFOLD, 2006, p. 1-5). Cf., também, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.684 (medida cautelar), rel. Ministro Cezar Peluso, DJU de 03 ago. 2007. Apenas a título de registro, sem, necessariamente, expressar concordância, vale destacar uma provocação de Lúcio Bittencourt: "a lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não

A função de legislador positivo, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, é exercida em circunstâncias variadas pela jurisdição constitucional. Por um lado, o caso das omissões relativas, que corresponde a um âmbito específico de controle de constitucionalidade de conduta comissiva, como se verá adiante, eventualmente pode propiciar à jurisdição constitucional o exercício da função de legislador positivo. Por outro lado, o caso da aplicação direta dos princípios constitucionais pela jurisdição constitucional, sobretudo quando existentes regras constitucionais ou infraconstitucionais pertinentes ou diante do “silêncio eloquente do legislador”¹⁶ acerca do assunto em questão, também pode propiciar-lhe tal exercício. Casos, no entanto, que sempre identificam, no Brasil, o agir normativo são as declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto e as manipulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade (PELICIOLO, 2007, p. 35-46). Nas declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁷, a jurisdição constitucional, regra geral, encontra-se envolvida com o caso das omissões relativas, e, nas manipulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, encontra-se autorizada a “restringir os efeitos daquelas declarações ou decidir que elas só tenham eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”¹⁸.

se presume lei” (BITTENCOURT, 1968, p. 95). Por fim, cumpre dizer que a “interpretação conforme a Constituição”, para continuar sendo interpretação, deve observar os limites da interpretação; caso não observe tais limites, a atuação da jurisdição constitucional tende a escapar do âmbito da interpretação, podendo identificar até mesmo uma outra hipótese de exercício da função de legislador positivo.

¹⁶ “Lacuna e silêncio da lei não são pura e simplesmente o mesmo. A lacuna faz referência ao caráter incompleto da lei”, o “silêncio eloquente do legislador” diz respeito a uma deliberada intenção normativa. Cf. LARENZI1997, p. 524-526.

¹⁷ Artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁸ Artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está

Para melhor clareza acerca da natureza jurídica de função interpretativa da atuação da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade, convém distinguir a interpretação diretamente voltada à concretização da Constituição da interpretação indiretamente voltada à sua concretização. Antes, porém, é preciso dizer que o controle concentrado de constitucionalidade, em quaisquer de seus formatos, identifica um verdadeiro processo objetivo¹⁹. Diferentemente dos processos de índole subjetiva²⁰, o processo objetivo se volta à salvaguarda da supremacia da ordem constitucional em si mesma considerada²¹.

autorizado por lei a manipular os efeitos das declarações de inconstitucionalidade, fundamentado em argumentos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e desde que assim o decida por maioria de dois terços de seus membros.

¹⁹ “Tal como a ação direta de inconstitucionalidade tradicional, o controle abstrato de omissão inconstitucional não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas. Não pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar este processo de defesa da Constituição agem não como autores, no sentido estritamente processual, mas como advogados do interesse público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogados da Constituição. Tem-se aqui, para usar a expressão de Triepel, típico processo objetivo” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

²⁰ O objeto de discussão nos processos de índole subjetiva são situações individuais.

²¹ Ainda que a atuação da jurisdição constitucional, no controle concentrado de constitucionalidade, seja delimitada pelo pedido expressamente deduzido na inicial, ela não se encontra vinculada à correspondente causa de pedir. O que significa dizer que, nos processos objetivos, a causa de pedir é aberta, já que a jurisdição constitucional está autorizada a confrontar a impugnação de constitucionalidade/inconstitucionalidade com todos os aspectos formais e materiais da Constituição, não restringindo sua atuação aos fundamentos constantes da inicial. A rigor, a delimitação da atuação da jurisdição constitucional pelo pedido deduzido na inicial também não impede eventual declaração de inconstitucionalidade de normas que, muito embora não expressamente impugnadas, guardam relação de dependência com as normas expressamente impugnadas.

Ainda que não possibilite a discussão de situações individuais, não lhe é estranha a interpretação diretamente voltada à concretização da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, no caso das omissões administrativas, em que o controle concentrado de constitucionalidade não apenas admite, mas exige tal tipo de interpretação, uma vez que o propósito do controle, no caso, é tornar efetiva uma determinada norma constitucional²². No entanto, o que de fato assinala a atuação do controle concentrado de constitucionalidade, como regra geral, é a interpretação indiretamente voltada à concretização da Constituição, quer quando a Constituição é interpretada como condição de validade da produção normativa infraconstitucional, e a produção normativa infraconstitucional, como texto compatível ou incompatível com a Constituição, quer quando as normas constitucionais são o objeto exclusivo de interpretação, como ocorre no controle das omissões inconstitucionais de natureza normativa e de natureza não normativa sob a responsabilidade do Poder na condição de Poder.

3. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A exemplo do que ocorre em Portugal²³, no Brasil também vigora, desde a Emenda

²² É importante distinguir, no processo de índole objetiva, a impossibilidade de discussão de situações individuais da possibilidade de discussão de medidas concretas, especificamente de alcance geral.

²³ Em Portugal, por força do artigo 204, da Constituição de 1976, “não podem os tribunais, nos feitos submetidos a seu julgamento, aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Em verdade, desde a Constituição de 1911, todos os juizes portugueses possuem o dever de fiscalizar a constitucionalidade das matérias submetidas a sua apreciação, na esteira do modelo norte-americano. “A intervenção do Tribunal Constitucional, no campo do controle concreto de constitucionalidade, tem lugar por meio do recurso de constitucionalidade para si interposto das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões de desaplicação), bem como das decisões que

Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, um sistema de controle de constitucionalidade de natureza mista, no qual se conjugam, com as adaptações consideradas pertinentes pelo poder constituinte, os modelos norte-americano e austríaco (BONAVIDES, 1997, p. 293; VELLOSO, 2000, p. 9; STRECK, 2004, p. 455-456). Embora mantendo o sistema de controle de constitucionalidade de natureza mista, a Constituição de 1988 reduziu a importância do controle difuso tradicional, sobretudo no que concerne à impugnação por incompatibilidade com as normas da Constituição em vigor; e o fez mediante a ampliação da legitimidade para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual²⁴. Na prática, a ampliação da legitimidade para a proposição da ação direta favorece a sujeição de grande parte das controvérsias constitucionais por conduta comissiva ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Segundo o artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação

apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (decisões de aplicação).” No campo do controle abstrato de constitucionalidade, a intervenção do Tribunal Constitucional independe da aplicação da norma a um caso concreto, seguindo, assim, o modelo austríaco de controle concentrado, acessível por via de ação. Cf. MORAIS, 2002, p. 345-346; CORREIA, 2003, p. 66-67.

²⁴ “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (...): o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador do Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (artigo 103, *caput* e incisos).

declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Uma novidade da Constituição de 1988 é a inclusão do controle concentrado de conduta omissiva ao lado do tradicional controle concentrado de conduta comissiva (SILVA, 1993, p. 51-53; MARTINS; MENDES, 2001, p. 62-65). Segundo o § 2º, de seu artigo 103: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Desse modo, a Constituição de 1988 prevê quatro modalidades de controle concentrado: a) por representação interventiva²⁵; b) por ação direta de inconstitucionalidade por conduta comissiva²⁶; c) por ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva²⁷; e d) por ação declaratória de constitucionalidade²⁸. Também é novidade da Constituição de 1988 a previsão de um controle difuso de conduta omissiva. Trata-se do mandado de injunção, que se constitui em garantia individual de natureza instrumental a ser oposta “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”²⁹. Outra novidade: a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 102, § 1º, que, na forma da lei³⁰, o Supremo Tribunal Federal pode apreciar arguição de descumprimento de preceito fundamental; o que, na prática, corresponde a uma quinta modalidade de controle concentrado, muito embora, por expressa determinação legal, de natureza subsidiária³¹. Por fim, cumpre

ressaltar que as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, tanto nas ações diretas de inconstitucionalidade quanto nas ações declaratórias de constitucionalidade³², por força da redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, ao § 2º, do artigo 102, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas três esferas federativas³³.

4. As omissões inconstitucionais

De todas as novidades da Constituição de 1988, talvez a mais importante – e, paradoxalmente, a menos aprofundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – seja o controle das omissões inconstitucionais. Antes, porém, de discorrer sobre o atual estágio da jurisprudência excelsa, cumpre definir o fenômeno da inconstitucionalidade por conduta omissiva.

A definição de omissão inconstitucional de J. J. Gomes Canotilho (1994, p. 331-332),

³² “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória” (Artigo 24, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

³³ Antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal iniciara a construção do entendimento majoritário segundo o qual o efeito vinculante das decisões definitivas, em sede de controle concentrado, não se restringe à sua parte dispositiva, igualmente alcançando “os motivos que as embasaram e os princípios por elas consagrados”. Cf. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987-0, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 21 maio 2004. Votos divergentes dos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Marco Aurélio. No voto que acompanha o relator, Gilmar Mendes afirmou que “o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinantes”. E, citando doutrina de Klaus Vogel, propôs que “a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo a ‘norma decisória concreta’, que seria aquela idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso em apreciação, mas a decisão de casos semelhantes”.

²⁵ Artigos 34, inciso VII e 36, inciso III.

²⁶ Artigo 102, inciso I, letra “a”.

²⁷ Artigo 103, § 2º.

²⁸ Artigo 102, inciso I, letra “a”.

²⁹ Artigo 5º, inciso LXXI.

³⁰ Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

³¹ “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade” (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999).

por força de sua conformidade à Constituição portuguesa de 1976, é bastante restrita; não obstante isto, ela apresenta alguns elementos necessários para a compreensão do fenômeno. Segundo o autor, “a omissão inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”. Em consequência, “o simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional, isto é, as normas constitucionais que contêm deveres de legislação abstratos, embora configurem deveres de ação legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional”. Deve-se ressaltar, para a melhor compreensão do fenômeno, que o silêncio legislativo configurador da omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. Desse modo, “a omissão existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais”³⁴.

Mais ampla – e, nesse sentido, mais conforme a Constituição de 1988 – é a definição de Jorge Miranda (2005, p. 292-295), para quem “a omissão inconstitucional verifica-se sempre que, mandando a norma regula-

dora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas”. Admitem-se, assim, tanto omissões inconstitucionais totais quanto parciais. Segundo o autor, “relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição não custa surpreender manifestações possíveis de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional”. Em consequência, pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos quando, perante normas constitucionais não exequíveis por si próprias, o legislador não edita as leis necessárias a conferir-lhes exequibilidade. Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo: “pense-se na não designação de titulares de cargos constitucionais”. Pode-se ainda configurar hipóteses de omissões de atos administrativos: “omissões de atos administrativos de execução de leis impostas pela Constituição”. Omissão na função jurisdicional é especificamente “a denegação da justiça”. Tudo isto “sem esquecer ainda a possibilidade de omissões do próprio Tribunal Constitucional, não decidindo ou não decidindo no tempo fixado na Constituição”.

Também ampla é a definição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem a omissão inconstitucional “caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos Poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução”. A grande diferença da definição de Anna Cândida da Cunha Ferraz em relação à de J. J. Gomes Canotilho e de Jorge Miranda é a ênfase no caráter intencional da inércia. Com

³⁴ No Brasil, semelhante concepção restritiva é adotada por Nelson Saldanha: “o termo omissão, passível de diversas acepções, funciona aqui num sentido específico: à idéia de omitir-se, ou não fazer, agrega-se outro componente. Ou seja, trata-se de deixar de fazer algo devido, algo constitucionalmente prefigurado como exigível. Exige-se do legislador que complete o trabalho normativo esboçado na ordem constitucional vigente, chegando-se em certos casos a tomar como inconstitucional o desatendimento a essa expectativa. Aqui se introduz um novo sentido para a noção de inconstitucionalidade, não mais referente a normas positivas que são incompatíveis com a Constituição, mas à falta de positividade normativa necessária à concreção dos propósitos constitucionais” (SALDANHA, 1992, p. 256).

feito, as omissões só devem qualificar-se como inconstitucionais quando, havendo expressa determinação constitucional de conduta comissiva, deixa-se de fazer o determinado sem impedimento real para tanto, isto é, intencionalmente. As omissões inconstitucionais, segundo a autora, “embora não alterem a letra constitucional, alteram-lhe o alcance, na medida em que paralisam a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte originário, é de ser tida como inconstitucional. As omissões inconstitucionais afetam, também, o sentido da Constituição. Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando em uma inconstitucionalidade”³⁵.

As omissões inconstitucionais – o plural justifica-se porque não se trata de fenômeno singular – consistem na não adoção intencional de conduta comissiva imposta pela Constituição. O conceito jurídico de omissão constrói-se então a partir da justaposição de três elementos: um material, um formal e um intencional. O elemento material corresponde à inércia do órgão ou da autoridade competente para agir, seja normativa, seja não normativa; o elemento formal, à violação da imposição constitucional de conduta comissiva; e o elemento intencional, à real possibilidade de agir do modo imposto. Quanto ao elemento

intencional, Jorge Pereira da Silva (2003, p. 11-12) recorda sua gênese “no velho princípio jurídico segundo o qual *ad impossibilia nemo tenetur*”. Ora, como “as contingências da realidade econômica e social podem tolher a capacidade de atuação”, nenhum órgão ou autoridade deve ser considerado obrigado à realização de coisas impossíveis (BOROWSKI, 2003, p. 170).

4.1. As omissões normativas e as omissões não normativas

As omissões inconstitucionais, consistentes na não adoção de conduta comissiva imposta pela Constituição, compreendem as omissões normativas e as omissões não normativas. A configuração das omissões normativas pressupõe a não edição (omissão total) ou a edição insuficiente (omissão parcial) de medida normativa quando a Constituição expressamente a impõe como condição de exequibilidade de específicas normas constitucionais. As omissões não normativas, por outro lado, configuram-se mediante a não realização (omissão total) ou a realização deficiente (omissão parcial) de medida de efeito concreto considerada pela Constituição necessária para dar efetividade às normas constitucionais de exequibilidade direta ou às já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais. Como não poderia deixar de ser, a inconstitucionalidade, em ambas as hipóteses omissivas, está condicionada à possibilidade real de atuação do Poder Público do modo constitucionalmente imposto.

4.2. As omissões relativas como conduta comissiva

Apesar do nome, as omissões relativas não se enquadram na análise das omissões inconstitucionais. As omissões relativas são o resultado da violação ao princípio da isonomia e configuram duas diferentes hipóteses: a) a “exclusão arbitrária de benefícios”, que implica a concessão de benefícios, mediante lei, a um certo grupo,

³⁵ “O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e sua efetiva aplicação sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma constitucional. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição” (FERRAZ, 1986, p. 230-232).

excluindo dos mesmos benefícios outro grupo em iguais circunstâncias; e b) a “lei formalmente discriminatória”, que implica a imposição de encargos a um certo grupo, excluindo do gravame outro grupo em iguais circunstâncias. Nas duas hipóteses, a inconstitucionalidade não diz respeito à disciplina legal do ponto de vista de seu conteúdo, ou seja, não diz respeito à ausência de normatividade ou à insuficiência normativa; a inconstitucionalidade refere-se à violação ao princípio da isonomia na disciplina legal, ou seja, refere-se ao tratamento não isonômico dos sujeitos da disciplina legal. Em consequência, nas duas hipóteses, deve-se falar de inconstitucionalidade por conduta comissiva do legislador, não em omissão legislativa inconstitucional. Na prática, o enquadramento ora realizado só é relevante quando o controle de condutas omissivas é menos amplo que o controle de condutas comissivas, como é o caso brasileiro.

4.3. A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais

A diferenciação entre omissões relativas e omissões parciais é bastante relevante. Conforme antes demonstrado, as omissões relativas são definidas a partir de um critério subjetivo, já que se referem ao tratamento não isonômico dos sujeitos da disciplina legal; as omissões parciais, a partir de um critério objetivo, qual seja, a insuficiência normativa da disciplina legal (caso das omissões normativas) ou a deficiência da medida de efeito concreto (caso das omissões não normativas). Tanto umas quanto outras podem identificar condutas inconstitucionais, devendo-se acrescentar às omissões parciais a ausência de impedimento real para agir. As omissões inconstitucionais relativas configuram-se quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas normativas e sua disciplina viola o princípio da isonomia. Por sua vez, as omissões inconstitucionais parciais possuem dois modos de configuração: 1) quando a Constituição expressamente im-

põe a edição de medidas normativas e sua disciplina, do ponto de vista do conteúdo, ocorre de maneira insuficiente; e 2) quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas de efeitos concretos e sua realização ocorre de maneira deficiente. É importante reiterar, no concernente às omissões parciais, que sua configuração como conduta inconstitucional pressupõe a possibilidade real de agir comissivamente de maneira suficiente ou completa. Caso não se observe essa condição, as decisões da jurisdição constitucional perderão em termos de convencimento público, eis que, desacompanhadas de dados objetivos, soarão inconsequentes à realidade a que se voltam.

5. As omissões inconstitucionais no Brasil

Conforme já se disse, uma grande novidade da Constituição de 1988 é a inclusão do controle concentrado de conduta omissiva ao lado do tradicional controle concentrado de conduta comissiva³⁶. Cumpre agora dizer que, no Brasil, as omissões inconstitucionais não se restringem às omissões normativas, menos ainda às omissões de natureza legislativa, alcançando sua configuração também as omissões não normativas, sendo as omissões administrativas uma espécie do gênero. Partindo do pressuposto de que as omissões inconstitucionais decorrem da não adoção intencional de conduta comissiva imposta aos Poderes do Estado pela Constituição, a configuração das omissões normativas pressupõe a não edição ou a edição insuficiente de medida normativa quando a Constituição expressamente a prevê como condição de exequibilidade de específicas normas constitucionais, e as omissões não

³⁶ Segundo o § 2º, do artigo 103, da Constituição de 1988: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

normativas configuram-se mediante a não realização ou a realização deficiente de medida concreta considerada necessária para dar efetividade às normas constitucionais de exequibilidade direta ou às já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais.

5.1. As omissões administrativas

Como se pretende demonstrar, a inércia da Administração Pública implica um novo expediente de esvaziamento do significado das imposições constitucionais. Com efeito, as omissões administrativas são um fenômeno estranho à teoria tradicional que funda “a legitimidade dos atos administrativos na preexistência de decisões legislativas obrigatórias”. Para a teoria tradicional, existe uma diferenciação entre a elaboração e a implementação da vontade política, de modo que, no processo de decisão, há etapas de legitimação e etapas legitimadas (BLANKENBURG, 1986, p. 76-77). De acordo com René Capitant (1982, p. 214), “os atos administrativos têm um valor jurídico inferior à lei, na medida em que não podem revogá-la. Eles somente devem conter prescrições compatíveis com as prescrições legislativas, ou seja, não devem intervir senão *intra legem*” (BLANKENBURG, 1986, p. 86). Em outras palavras, uma vez elaborada uma política pública, a teoria tradicional entende que sua implementação não deixa margem para a discussão da decisão. No entanto, como se percebe no fenômeno das omissões administrativas, as etapas de legitimação da decisão e as etapas ditas legitimadas não se encontram separadas, nem se sucedem de maneira mecânica. Desse modo, tendo como consequência “o declínio da influência do Parlamento sobre os resultados da política”, as omissões administrativas podem ser definidas como uma violação da Constituição por meio da não adoção ou da adoção deficiente de medidas concretas de alcance geral consideradas necessárias para a efetividade de suas normas.

5.2. A natureza jurídica das omissões administrativas

Há grande discordância na doutrina brasileira sobre a natureza jurídica das omissões administrativas. Alguns autores entendem que as omissões administrativas são um fenômeno relacionado à inexequibilidade de certas normas constitucionais, inserindo-as no âmbito de análise da eficácia constitucional³⁷; outros compreendem as omissões administrativas a partir do fenômeno da não aplicação dessas mesmas normas, inserindo-as no âmbito de análise da efetividade constitucional³⁸. Para quem

³⁷ A eficácia das normas constitucionais diz respeito a um âmbito de análise da Constituição – também denominado de eficácia jurídica – no qual se investigam as condições de sua exequibilidade. Entende-se por condição de exequibilidade a aptidão das normas constitucionais para gerar, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, na exata medida da necessidade, ou não, da intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais. Em outras palavras, a análise da eficácia das normas constitucionais é a análise das condições que as tornam aplicáveis aos casos concretos. Neste âmbito de análise, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de exequibilidade direta e normas de exequibilidade indireta. As normas constitucionais de exequibilidade direta são aquelas cuja estrutura é suficientemente completa para poder gerar efeitos jurídicos, não necessitando da intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais; as normas constitucionais de exequibilidade indireta são aquelas cuja estrutura requer a intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais, sem a qual elas não se tornam aptas a gerar todos os efeitos jurídicos programados. A rigor, as normas constitucionais de exequibilidade indireta possuem eficácia incompleta no que concerne à possibilidade de execução positiva de seu conteúdo material; no que diz respeito à possibilidade de execução negativa (revogação de normas antecedentes com elas incompatíveis e controle de constitucionalidade de normas a elas sucessivas), tais normas não possuem nenhuma diferença em relação às normas constitucionais de exequibilidade direta.

³⁸ A efetividade das normas constitucionais diz respeito a um âmbito de análise da Constituição – também denominado de eficácia social – no qual se investigam, partindo do pressuposto da exequibilidade normativa, os efeitos gerados mediante sua aplicação. Se a norma juridicamente eficaz é a norma que preenche as condições que a tornam aplicável ao caso concreto, a norma socialmente eficaz é a norma concretamente aplicada. Denomina-se aplicação a observância espontânea, a verificação vinculante e a realização forçada da norma.

entende que as omissões administrativas se relacionam ao âmbito de análise da eficácia constitucional, sua natureza não pode ser outra senão normativa. Por outro lado, para quem as compreende a partir do âmbito de análise da efetividade constitucional, como é o nosso caso, a natureza que lhes corresponde não é normativa; em outras palavras, as omissões administrativas não decorrem da ausência de medidas abstratas, mas da não realização de medidas de efeitos concretos.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (2000, p. 271) adotam a orientação doutrinária mais abrangente acerca do assunto, na medida em que admitem que as omissões administrativas podem tanto manifestar-se pela não edição de normas infraconstitucionais (fenômeno

Caso se pretenda conferir à efetividade um sentido rigorosamente apropriado, impõe-se reservar-lhe o uso tão-somente para identificar, na aplicação de uma norma, a eficácia social legítima, ou seja, a correspondência entre efeitos gerados e efeitos planejados. Daí se infere que nem toda aplicação necessariamente gera efetividade, uma vez que é possível a ocorrência da eficácia social ilegítima. Não basta, em termos de Constituição, que suas normas sejam exequíveis e aplicadas a casos concretos, gerando efeitos, quaisquer que sejam; é necessário que a aplicação de suas normas gerem os efeitos constitucionalmente planejados. Somente neste último caso é apropriado falar-se de efetividade. Ainda que o mais evidenciado, em termos de efetividade, seja a análise do grau de realização dos valores incorporados nas normas constitucionais, o que concerne à área de investigação dos efeitos gerados mediante a aplicação legítima da Constituição, um nível de análise da efetividade menos evidenciado – não obstante conexo com o mais evidenciado – diz respeito ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais, o que corresponde à análise de uma das muitas formas de funcionamento ilegítimo do ordenamento. Este nível de análise da efetividade – ou melhor, da não efetividade – compreende, ao menos, duas distintas situações: a das normas constitucionais de exequibilidade direta e a das normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intermediação legislativa. Ao expressar-se mediante a não realização de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para sua efetividade, a não aplicação das normas constitucionais, em ambas as situações, caracteriza uma disfunção. É neste específico nível de análise que ganha relevo o controle das omissões administrativas.

da inexecuibilidade), como também pela não realização de medidas de efeitos concretos, que tornem as normas constitucionais realmente efetivas (fenômeno da não aplicação). De orientação doutrinária mais restrita é a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 518), que relaciona as omissões administrativas ao fenômeno da não aplicação. Segundo o autor, as omissões administrativas apenas têm lugar em face de normas constitucionais já completadas pelo legislador infraconstitucional (ou de normas de exequibilidade direta). Roque Antônio Carrazza (1993, p. 123), alinhando-se à mesma posição doutrinária restrita de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, lembra que o pouco caso com a Constituição, “muitas vezes, decorre não propriamente da falta de leis, mas da não aplicação das leis existentes”. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 1136), “não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 544-546), a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Roque Antônio Carrazza e Gilmar Ferreira Mendes, também relaciona as omissões administrativas ao fenômeno da não aplicação. Segundo o autor, declarada a inconstitucionalidade pela omissão de certas providências de cunho administrativo, o Supremo Tribunal Federal mandará que o órgão administrativo competente as supra no prazo máximo de 30 dias.

Exemplo de orientação igualmente restrita, mas em sentido oposto, é a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2005, p. 167-168), Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 221-229) e Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 233), que identifica as omissões administrativas com o fenômeno da inexecuibilidade, não com o da não aplicação. Para eles, as omissões administrativas alcançam apenas a ausência de expedição de medidas, em quaisquer dos Poderes, de cunho estrí-

tamente normativo³⁹. Zeno Veloso (1999, p. 277-278), Nagib Slaibi Filho (2006, p. 149) e Luís Roberto Barroso (2006, p. 149) também entendem que a inconstitucionalidade por conduta omissiva se refere apenas à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização das imposições constitucionais⁴⁰. De maneira indireta, essa também parece ser a posição doutrinária de Eros Roberto Grau (2006, p. 380), Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 242-244) e Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 113).

Apesar da dissonância doutrinária, a identificação das omissões administrativas com o fenômeno da inexecução hoje é prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O acórdão que consagrou essa orientação, publicado em 23 de fevereiro de 1989, versava sobre a omissão do Poder Legislativo do Estado de Alagoas de implementar medida administrativa para o fim de dar efetividade à norma constitucional e à correspondente regulamentação infraconstitucional que dispunham sobre o limite remuneratório máximo de seus servidores públicos, de acordo com a redação original do artigo 37, inciso XI, da Constituição de 1988. Naquela oportunidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva “não é de ser proposta para que seja praticada determinada medida concreta, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”⁴¹. A

mesma orientação se confirmou em outras oportunidades. No julgamento do caso da revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas, prevista no artigo 20, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴², o Supremo Tribunal Federal entendeu que, “por ser auto-aplicável o mencionado dispositivo constitucional”, ou seja, por não demandar “complementação normativa para sua eficácia”, “não há necessidade de edição de atos normativos centralizados”, motivo pelo qual não se conheceu da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva. Em outras palavras, “como as medidas almejadas são de natureza concreta”, entendeu o Supremo Tribunal Federal de não conhecer da ação porque “o pressuposto de sua procedência seria a falta (no caso, não denotada) de texto normativo necessário ao exercício do direito conferido na Constituição”⁴³.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme visto, firmou-se no sentido da identificação das omissões administrativas com o fenômeno da inexecução das normas constitucionais. No entanto, as omissões administrativas identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais. Por essa razão, sua configuração não depende da falta de texto normativo necessário ao exercício do direito conferido na Constituição, mas sim da ausência de medida concreta de alcance geral considerada necessária para tornar efetiva a norma constitucional. De acordo com a Constituição de 1988, “declarada a inconstitucionalidade por omis-

³⁹ No caso do segundo autor, a orientação é recorrente; no caso do primeiro e do terceiro autores, a orientação é explícita.

⁴⁰ “O termo ‘normativo’ tem alcance mais amplo do que ‘legislativo’, porque nele se compreendem atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo” (BARROSO, 2006, p. 229).

⁴¹ “A medida a que alude o § 2º, do artigo 103, da Constituição de 1988, e cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Incons-

titucionalidade 19-5, rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU de 14 abr. 1989).

⁴² “Dentro de 180 dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição”.

⁴³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 297-0, rel. Ministro Octávio Gallotti, DJU de 08 nov. 1996. No mesmo sentido é o julgamento do caso do piso de um salário mínimo para qualquer benefício previdenciário: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 480-8, rel. Ministro Paulo Brossard, DJU de 25 nov. 1994.

são de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias”⁴⁴. Ora, se a própria Constituição distingue medidas a cargo de Poder e medidas a cargo de órgão administrativo, obviamente que ela não está dispondo de medidas de igual natureza. Mesmo a expedição de atos normativos secundários de caráter geral, a exemplo dos decretos e regulamentos⁴⁵, caracteriza-se como atribuição de Poder – no caso, atribuição do Poder Executivo –, não de órgão administrativo. Medidas a cargo de órgão administrativo são medidas de natureza não normativa.

No julgamento de uma reclamação, no ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal apontou para uma mudança de sua orientação, na medida em que admitiu a usurpação de sua competência em decorrência de uma “ação popular que, pela causa de pedir e pelo pedido de provimento mandamental, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas”. No caso, o autor popular pleiteara a imediata observância do teto remuneratório dos servidores públicos por parte dos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998⁴⁶. Em sua fundamentação,

⁴⁴ Artigo 103, § 2º, da Constituição de 1988.

⁴⁵ Artigo 84, inciso IV, da Constituição de 1988.

⁴⁶ “A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandatos eletivos e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (artigo 37, inciso XI). “A fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dar-se-á por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos

argumentou o Supremo Tribunal Federal que “não pretende o autor popular o suprimimento de omissão de iniciativa legislativa a eles reservada para a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A omissão imputada é outra, de caráter iniludivelmente administrativo: a das providências, que o autor entende incumbir-lhes, para fazer observar, de logo, o teto constitucional que afirma já vigor, até sua fixação definitiva por lei futura. Ora, à obtenção dessa sentença mandamental – cujo objeto é a prática de medida administrativa necessária para tornar efetiva uma norma constitucional –, o instrumento adequado é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”⁴⁷.

Em que pese o respaldo majoritário do Supremo Tribunal Federal à doutrina da inexequibilidade, a orientação doutrinária que melhor explica a natureza jurídica das omissões administrativas é a relativa ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais. Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição venezuelana de 1999⁴⁸, os atentados

Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (...)” (artigo 48, inciso XV).

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.017-1, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, informe de 07 abr. 2005.

⁴⁸ A Constituição portuguesa de 1976 atribui ao Tribunal Constitucional apenas competência para verificar o não cumprimento da Constituição “por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Verificada a inconstitucionalidade por omissão, a única consequência prática de sua declaração pelo Tribunal é a comunicação da inércia ao órgão legislativo para a adoção das providências de sua exclusiva competência. A Constituição venezuelana de 1999, por sua vez, também atribui à Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça apenas competência para “declarar a inconstitucionalidade das omissões dos Poderes Legislativos municipal, estadual ou nacional, quando tenham deixado de ditar as normas ou medidas indispensáveis para garantir o cumprimento da Constituição ou as tenham ditado de forma insuficiente”. Diversamente do disciplinado na Constituição portuguesa, a Constituição venezuelana ainda atribui à Sala Constitucional competência para “estabelecer prazo e, se necessário, os lineamentos para a correção da omissão”.

omissivos contra a ordem constitucional, no Brasil, não se reduzem à ausência de medidas normativas, menos ainda à inércia do Poder Legislativo. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva necessariamente engloba dois distintos objetos: por um lado, as omissões de natureza normativa e as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando na qualidade de Poder, ou seja, as omissões que envolvem uma margem de ação política própria; e, por outro lado, as omissões administrativas, ou seja, as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando como administrador público⁴⁹. O primeiro objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva está definido na primeira parte, do § 2º, do artigo 102; o segundo objeto, na segunda parte. De acordo com essa segunda parte, a quaisquer dos Poderes do Estado, no âmbito de suas competências de natureza administrativa, podem ser atribuídas omissões administrativas; a única condição para sua configuração é que a inércia declarada corresponda à ausência de medida concreta de alcance geral para tornar efetiva norma constitucional.

Previdente, o poder constituinte originário sabia que, em maior ou menor tempo, a redação original da Constituição de 1988 seria normativamente completada, mas as omissões administrativas persistiriam, como atentado à concretização da ordem constitucional. Cauteloso, o poder constituinte originário concebeu então uma ação direta com dois distintos efeitos, capaz de

⁴⁹ (...) a letra do dispositivo constitucional condiciona essa sentença de acentuada carga mandamental a que a omissão se atribua a 'órgão administrativo': parece iniludível, porém, que, a esse fim, o predicado administrativo do órgão advirá da natureza administrativa da medida de efetivação constitucional omitida, nada importando o Poder que integre ou a hierarquia que ostente a autoridade tachada de omissa" (Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.017-1, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, informe de 07 abr. 2005).

enfrentar tanto as omissões normativas e não normativas dos Poderes do Estado (ação declaratória) quanto as omissões não normativas do administrador público (ação mandamental). O Supremo Tribunal Federal, poder constituído que é, mal orientou-se ao enquadrar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão administrativa, temeroso, talvez, do poder que lhe fora chancelado. Demonstrado, com o passar dos anos, o desserviço prestado, espera-se que a natureza jurídica das omissões administrativas seja reavaliada pelo Supremo Tribunal Federal, na trilha do voto de Sepúlveda Pertence, e que a ação direta ganhe em cobertura e profundidade⁵⁰.

5.3. Omissão do Poder Executivo e omissão administrativa

Porque as omissões do Poder Executivo podem ser de natureza normativa e não normativa, e as omissões administrativas sempre são de natureza não normativa, nem todas as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo identificam as omissões administrativas. A bem dizer, apenas as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo como administrador público as configuram, pois as omissões de natureza não normativa do Poder Executivo na condição de Poder, na medida em que envolvem uma margem de ação política própria, não as caracterizam. Desse modo, uma omissão de Poder, uma vez declarada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, rende ensejo à ciência judicial para que o próprio Poder adote as providências necessárias para suprir a omissão de medida que torne efetiva a

⁵⁰ "O tempo encarregar-se-á de mostrar aspectos novos, de mostrar que as construções agora recém-esboçadas apresentam tal ou qual lacuna, tal ou qual deficiência. É provável que isso venha a acontecer, porque as construções jurídicas não saem perfeitas e acabadas de uma só vez. Elas vão sendo complementadas, corrigidas, aditadas à luz das necessidades sociais, à luz dos fatos concretos" (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107, voto do Ministro Paulo Brossard, ementário 1595-1, p. 80).

norma constitucional. Por outro lado, os órgãos administrativos, caso incorram em omissão inconstitucional, sujeitam-se a um prazo de 30 dias para supri-la. É certo que, à atividade administrativa do Estado, é reconhecida doutrinariamente certa margem de discricionariedade; contudo, não se lhe reconhece, em nenhum sentido da palavra, uma margem de ação política própria (MELO, 2000, p. 370; DIPIETRO, 2003, p. 205).

Conforme antes esclarecido, as omissões administrativas correspondem ao fenômeno da não aplicação das normas constitucionais que já estão normativamente completas; além disso, elas versam sobre omissão inconstitucional de natureza não normativa sob a responsabilidade de órgão meramente administrativo, não se identificando com a inércia de um ato de Poder. Um exemplo de omissão inconstitucional de natureza não normativa do Poder Executivo que não caracteriza a omissão administrativa é a inércia em nomear os Ministros para o Supremo Tribunal Federal⁵¹ (FERRAZ, 1986, p. 57-58); um exemplo de omissão inconstitucional de natureza normativa é a inércia do Poder Executivo em desencadear o processo legislativo de elaboração de lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores públicos⁵².

⁵¹ Recusando tal hipótese, em sede de controle concentrado de constitucionalidade de conduta omissiva, é o voto proferido por Moreira Alves, no seguinte julgado: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 267-8 (medida cautelar), rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 19 maio 1995.

⁵² “A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º, do artigo 39, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” (artigo 37, inciso X, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998). Cf. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061-7, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 29 jun. 2001. Outro exemplo de omissão inconstitucional de natureza normativa é a inércia do Poder Executivo em desencadear o processo legislativo de elaboração de lei versando sobre o aproveitamento dos censores federais (artigo

Segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva, “a fixação de prazo só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no caso, pois não se enquadra nas atribuições administrativas do chefe do Poder Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de Poder, desencadeia o processo legislativo”⁵³. Diferentemente da inércia de um ato de Poder, cuja declaração implica a cientificação judicial do próprio Poder para a adoção das providências necessárias⁵⁴, as omissões administrativas,

23, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Cf. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 889-7, rel. Ministro Marco Aurélio, DJU de 22 abr. 1994.

⁵³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061-7, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 29 jun. 2001. Em seu voto, Marco Aurélio questiona: “posso atribuir a autoria desta omissão a um órgão meramente administrativo?” E conclui: “a resposta é desenganadamente negativa, por mais que a minha visão no campo acadêmico seja pela efetividade do que se contém na Constituição de 1988. A iniciativa, no caso do projeto, não é de uma autoridade simplesmente administrativa; a mora no encaminhamento do projeto é do chefe do Poder Executivo”. Cf., também, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.504-0, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 19 abr. 2002.

⁵⁴ “Se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação, ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada inconstitucional no processo de controle abstrato de omissão? O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador. Esta orientação há de ser adotada com temperamento. Não tenho dúvida em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão. No caso em questão, apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei visando à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, é possível, sim, constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar federal em referência” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

uma vez declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, sujeitam o Poder Executivo como administrador público ao suprimento, no prazo de 30 dias, da falta de medida concreta de alcance geral para tornar efetiva a norma constitucional.

5.4. *A configuração das omissões administrativas*

As omissões administrativas, conforme demonstrado, não se identificam com as omissões normativas; além disso, elas também não se confundem com as omissões de natureza não normativa de quaisquer dos Poderes do Estado na condição de Poder. As omissões administrativas, como expressão da falta de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para a efetividade de suas normas, pressupõem a existência de normas constitucionais de exequibilidade direta, ou então de normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais. Em pressupondo a exequibilidade das normas constitucionais, as omissões administrativas identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais.

Para a melhor compreensão do pressuposto da exequibilidade – condição imprescindível para a configuração das omissões administrativas –, não se pode perder de vista seu duplo grau de exigência. Dessa maneira, à exequibilidade de primeiro grau corresponde a disciplina das possibilidades de exercício dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais, e à exequibilidade de segundo grau, a disciplina orçamentária, ou seja, a definição de sua cobertura financeira (STARCK, 1995, p. 70-71). Caso a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade não esteja atendida, não se pode cogitar da configuração das omissões administrativas, porquanto a violação à Constituição, caso existente, ainda se encontra no âmbito do Poder do Estado como Poder.

Tendo por pressuposto a natureza normativa de toda omissão inconstitucional, Nagib Slaibi Filho (2006, p. 149) afirma que somente se pode falar de inconstitucionalidade por conduta omissiva em relação aos direitos fundamentais de prestação. Nessa afirmação é possível identificar dois grandes problemas. O primeiro diz respeito ao já comentado posicionamento doutrinário restrito acerca da natureza jurídica das omissões inconstitucionais, incluídas as omissões administrativas. O segundo identifica uma dificuldade de percepção das múltiplas possibilidades de configuração do fenômeno da não aplicação das normas constitucionais. Se é verdade que as omissões administrativas, com maior frequência, estão relacionadas aos direitos fundamentais de prestação, suas possibilidades de configuração a eles não se reduzem. A não preservação do exercício do direito de voto por parte dos presos provisórios, por exemplo, também configura uma omissão administrativa, só que relacionada aos direitos fundamentais de participação, não aos direitos fundamentais de prestação.

O caso do direito de voto dos presos provisórios é um exemplo que bem ilustra as múltiplas possibilidades de configuração do fenômeno da não aplicação das normas constitucionais, entre outras razões, porque se trata de uma omissão inconstitucional atribuída ao Poder Judiciário na função de administrador público. Com efeito, o artigo 15, inciso III, da Constituição de 1988, dispõe que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará, dentre outros, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Por sua vez, o Código Eleitoral, em seu artigo 136, determina que “deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos, e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores”. E os procedimentos administrativos para

a instalação das seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais, de acordo com a Resolução 22.190, de 18 de abril de 2006, do Tribunal Superior Eleitoral, estão afetos à competência dos Tribunais Regionais Eleitorais⁵⁵.

Como no caso do direito de voto dos presos provisórios encontra-se atendida a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade, haja vista que já há tanto a disciplina das possibilidades de exercício do direito fundamental de participação quanto sua disciplina orçamentária, satisfeita está a imprescindível condição para a configuração da omissão administrativa, porquanto a inércia intencional dos Tribunais Regionais Eleitorais em adotar medidas de efeitos concretos de alcance geral para a instalação das seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais resulta, ainda que parcialmente, no esvaziamento da imposição constitucional da soberania popular, que deve ser “exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”⁵⁶.

5.5. *Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta*

Para melhor explicar o porquê de as omissões administrativas identificarem-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais (WRÓBLEWSKI, 2001, p. 103-104), importa superar, no caso específico, a distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta. Com

⁵⁵ “O Tribunal Superior Eleitoral, a respeito da matéria, tem firmado posição no sentido de preservar o direito de voto por parte do preso provisório. Assim, diante das disposições legais e orientações dadas por esta Corte, entendo que cabem a cada Tribunal Regional Eleitoral as providências destinadas a viabilizar a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos prisionais, alertando que, para tanto, devem ser observados os prazos que se referem, em especial, à transferência dos eleitores, de modo a possibilitar a confecção das folhas de votação e a geração dos arquivos destinados às urnas eletrônicas” (Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.190, rel. Ministro Caputo Bastos, decisão de 18 abr. 2006).

⁵⁶ Artigo 14, da Constituição de 1988.

rigor, a mencionada distinção é relevante sobretudo para o controle concentrado de medidas abstratas⁵⁷. Nesse contexto, possui relevância distinguir a inconstitucionalidade que ocorre em razão da imediata violação da Constituição por uma medida normativa e a inconstitucionalidade que ocorre quando a Constituição prescreve a subordinação de uma medida normativa a uma norma infraconstitucional e, portanto, a violação dessa norma – que se apresenta interposta em relação à Constituição – vem redundar em violação reflexa da Constituição. Exemplo típico de inconstitucionalidade indireta é a do regulamento executivo ao qual se atribua direta ofensa à lei por força da não observância dos limites constitucionais do poder regulamentar⁵⁸. Nessa hipótese, somente a inconstitucionalidade direta é uma inconstitucionalidade propriamente dita, a indireta é uma mera ilegalidade (MIRANDA, 1996, p. 328-508). Em relação às omissões administrativas, que se configuram pela ausência de edição, por parte do administrador público, de medidas de efeitos concretos para tornar efetiva norma constitucional – fenômeno de natureza jurídica não normativa –, a distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta não é relevante. Em consequência, as omissões administrativas podem configurar-se tanto em relação a normas constitucionais de exequibilidade direta, que independem da intervenção normativa das fontes infraconstitucionais, quanto em relação ao complemento legislativo das normas cons-

⁵⁷ A distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta também possui relevância no âmbito do controle concentrado de medidas concretas a cargo do Poder na condição de Poder, ou seja, no controle de constitucionalidade das omissões de natureza não normativa que não se identificam com as omissões administrativas.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.007-2, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 24 set. 1999; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.535-0, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 21 nov. 2003. Cf., MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. II. p. 326.

tucionais de exequibilidade indireta, ou seja, em relação às normas infraconstitucionais que confirmam densidade normativa às normas constitucionais (FERREIRA, 2000, p. 518; CUNHA, 2004, p. 544-545). Em ambos os casos, ou seja, também no caso de não aplicação indireta de norma constitucional, a não edição de medida administrativa implica violação direta da Constituição, dada a natureza não abstrata da medida constitucionalmente imposta⁵⁹.

5.6. Medida concreta de alcance geral

A resposta constitucional à omissão administrativa não demanda a constatação da falta de uma medida abstrata, de natureza propriamente normativa, mas requer a constatação da falta de uma medida concreta, já que, pressupondo a exequibilidade normativa, se destina a tornar efetiva a norma constitucional. Por outro lado, a medida concreta, cuja falta impossibilita a efetividade da Constituição, somente se converte em resposta constitucional à omissão administrativa se possuir alcance geral. É importante esclarecer que o alcance geral da medida concreta não se apresenta como resposta apenas às omissões totais, mas também às omissões parciais, a exemplo do caso do direito de voto dos presos provisórios. Desse modo, diferentemente das omissões sob a responsabilidade do Poder na condição de Poder, cuja resposta constitucional pode abarcar desde a declaração da falta de medida concreta de alcance individualizado – a hipótese da inércia do Presidente da República em nomear um Ministro para o Supremo Tribunal Federal⁶⁰ – até a de medida abstrata de alcance geral – a hipótese da inércia do Poder Le-

⁵⁹ Exatamente por não precisar a natureza jurídica do fenômeno, discorda-se da afirmação de Ronaldo Poletti, para quem “a omissão administrativa é difícil de concretizar-se pois a omissão de órgão administrativo geralmente se dá em relação a normas infra-constitucionais e não diretamente referida à Constituição” (POLETTI, 2000, p. 216).

⁶⁰ Artigo 84, inciso XIV, da Constituição de 1988.

gislativo em exercer sua função normativa⁶¹ –, a omissão administrativa somente se configura mediante a constatação da falta de medida concreta de alcance geral.

5.7. O prazo de 30 dias

Em razão da natureza jurídica da atividade administrativa do Estado, que não possui, em nenhum sentido da palavra, uma margem de ação política própria, determina a Constituição de 1988, diante do fenômeno da omissão administrativa, uma atuação satisfativa da jurisdição constitucional, de maneira a assegurar a efetividade de suas normas⁶². Daí o motivo da previsão no artigo 103, § 2º, última parte, do prazo de 30 dias, dentro do qual medidas concretas de alcance geral devem ser adotadas pelo administrador público. À diferença das omissões inconstitucionais sob a responsabilidade do Poder do Estado agindo na qualidade de Poder do Estado, cuja supressão não se sujeita a um prazo constitucionalmente imposto⁶³, as omissões inconstitucionais

⁶¹ Artigo 48, da Constituição de 1988.

⁶² “Impõe-se considerar de maneira menos rígida a separação entre a Administração e o Poder Judiciário, de modo a não excluir *a priori* a possibilidade de uma intervenção jurisdicional satisfativa” (SIRIANNI, 1991, p.18). Cf., CARLIN, 2007. p. 867.

⁶³ “A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º, do artigo 18, da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 anos, não foi publicada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do artigo 18, § 4º, da Constituição (...) A omissão em relação à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo artigo 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucio-

sob a responsabilidade do Poder como administrador público sujeitam-se a um prazo tendente a impedir o esvaziamento das imposições constitucionais⁶⁴.

Cumprido, no entanto, compreender o exato alcance das medidas que devem ser adotadas pelo administrador público dentro do prazo de 30 dias imposto pela Constituição de 1988. Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 1140), em *obiter dictum*, considera “algo ilusório o prazo fixado”. E, a título de esclarecimento, acentua que, “se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandem realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas, etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado”⁶⁵.

A rigor, em se tratando de ausência de medida de caráter regulamentar, estar-se-á diante de uma omissão de Poder na função de Poder, não havendo, em consequência, a configuração da omissão administrativa. Nesse caso, a Constituição de 1988 nem cogita de impor prazo para a atuação do Poder omissivo. Por outro lado, em se tratando de ausência de medida concreta de alcance geral, capaz de configurar a omissão de Poder na condição de administrador público, a imposição constitucional do prazo de 30 dias implica variadas consequências práticas. Se a declaração da omissão admi-

nalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007).

⁶⁴ “Nas hipóteses em que se dirige a órgãos administrativos, e órgãos administrativos de quaisquer dos Poderes, a decisão (proferida em ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva) assume verdadeiro caráter de ordem judicial” (MODESTO, data, p. 185).

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU de 06 set. 2007.

nistrativa visa à continuidade da prestação de serviços ou de programas públicos, os 30 dias são o prazo dentro do qual os recursos contingenciados devem ser liberados; se a declaração de omissão administrativa visa à contratação de pessoal, os 30 dias são o prazo dentro do qual o edital de concurso público deve ser lançado e o correspondente calendário apresentado em juízo; e, se a declaração de omissão administrativa visa à aquisição de equipamentos ou à realização de obras, os 30 dias são o prazo dentro do qual o edital de licitação deve ser lançado e o plano de ação subsequente apresentado em juízo. Como se percebe, a compreensão do significado do prazo de 30 dias pressupõe, a um só tempo, uma precisa configuração das omissões administrativas e a consciência das consequências constitucionais de sua declaração em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

6. Conclusão

A afirmação de que as omissões administrativas são uma ameaça real aos direitos fundamentais, sobretudo aos de prestação, adquire sentido prático se se pré-compreende a Constituição de 1988 a partir de uma teoria normativa, ou melhor, de uma nova teoria normativa⁶⁶. Somente

⁶⁶ Conforme já se disse, a teoria normativa da Constituição admite dois sentidos complementares. No sentido amplo, a teoria normativa corresponde a uma “ideologia da interpretação jurídica”. No sentido restrito, a teoria normativa corresponde à distinção entre legalidade e constitucionalidade, pressupondo a existência de um sistema de controle do princípio da supremacia constitucional. Em seu sentido amplo, Jerzy Wróblewski (1971, p. 63) esclarece que a teoria normativa, como ideologia da interpretação jurídica, apresenta-se como um sistema axiológico regente de toda interpretação e de toda justificação de uma escolha interpretativa. Nesse sentido amplo, tanto o antigo constitucionalismo da separação dos poderes quanto o contemporâneo constitucionalismo dos direitos fundamentais configuraram historicamente teorias normativas. Daí a necessidade de se elaborar uma “nova teoria normativa da Constituição” para dar conta dos compromissos do constitucionalismo dos direitos fundamentais com os valores da dignidade humana.

nessa perspectiva, o que outrora eram programas sem vinculação da conduta estatal, tornam-se imposições constitucionais, sujeitando, inclusive, as relações entre particulares. Da ideia de imposição constitucional, é possível deduzir, pelo menos, três necessárias orientações: a) os fins e programas constitucionais vinculam a conduta comissiva do Estado; b) não se admite conduta omissiva em relação a fins e programas constitucionais; e c) as medidas tendentes à realização de fins e programas constitucionais, uma vez estabelecidas, não devem retroceder, salvo mediante simultânea conduta substituta ou equivalente. Hoje se sabe que, em matéria de direitos fundamentais, o retrocesso pode configurar-se a despeito da manutenção dos níveis de disciplina já alcançados pela legislação. Com efeito, a inércia da Administração Pública também implica um perigoso meio de esvaziamento do significado das imposições constitucionais. Dessa forma, é necessário compreender o princípio da vedação ao retrocesso de maneira bem mais ampla, de modo a também voltar-se contra a inércia do administrador público que, omitindo-se de implementar a normatização vigente, torna sem efetividade as imposições constitucionais.

Duas das mais significativas contribuições da teoria normativa da Constituição para a investigação das omissões administrativas são: a) a pré-compreensão de que o Estado, na atualidade, além de obrigado a agir, deve fazê-lo vinculado pelas imposições que decorrem das normas constitucionais; e b) a identificação das omissões inconstitucionais como vício material de inconstitucionalidade. Como as imposições constitucionais são deveres de atuar para a realização de fins e programas constitucionais, as omissões inconstitucionais consistem na não adoção intencional de conduta comissiva imposta pela Constituição. O conceito jurídico de omissão, capaz de identificar um vício material de inconstitucionalidade, constrói-se então a

partir da justaposição de três elementos: um material, um formal e um intencional. O elemento material corresponde à inércia do órgão ou da autoridade competente para agir; o elemento formal, à violação da imposição constitucional de conduta comissiva; e o elemento intencional, à real possibilidade de agir do modo imposto.

No caso da inércia do administrador público, as imposições que decorrem das normas constitucionais devem relacionar-se, necessariamente, aos direitos fundamentais, em suas diversas categorias. Em consequência, para que se possa falar da violação aos direitos fundamentais por meio de uma conduta omissiva de natureza administrativa, é preciso que, a par da configuração constitucional, que afiança o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, haja sua conformação infraconstitucional. Em outras palavras, somente é possível falar de uma inconstitucionalidade por omissão administrativa pressupondo a existência de normas constitucionais de exequibilidade direta, ou então de normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intermediação do legislador ou dos demais Poderes no exercício de atribuição normativa. Daí a razão por que as omissões administrativas, em pressupondo a exequibilidade das normas constitucionais, identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, do conteúdo da Constituição. Para a compreensão do pressuposto da exequibilidade, importa atentar para seu duplo grau de exigência: a) a existência de disciplina das possibilidades de exercício dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais; e b) a definição prévia de sua cobertura financeira. Caso a dupla exigência do pressuposto da exequibilidade não esteja atendida, não se pode cogitar de omissões administrativas.

As omissões administrativas não se identificam com as omissões normativas. Logo, não são expressão da falta de medidas de natureza normativa consideradas

necessárias para a exequibilidade das normas constitucionais. As omissões administrativas também não se confundem com as omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando na qualidade de Poder. Desse modo, as omissões que envolvam uma margem de ação política própria também não as caracterizam. As omissões administrativas são expressão da falta de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para a efetividade de suas normas. Dito de outra maneira, são omissões de natureza não normativa sob a responsabilidade de quaisquer dos Poderes do Estado atuando como administrador público. Segundo precedente já citado do Supremo Tribunal Federal, da lavra de Sepúlveda Pertence, “o predicado administrativo do órgão advirá da natureza administrativa da medida de efetivação constitucional omitida, nada importando o Poder que integre ou a hierarquia que ostente a autoridade tachada de omissa”.

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo que se faz incompatível com a Constituição e, mais recentemente, o de omissão do legislador que deixa de realizar as imposições constitucionais a que se encontra submetido rendem ensejo a amplo debate acerca da legitimidade democrática deste tipo de intervenção da jurisdição constitucional. Na hipótese do controle das omissões administrativas, ao contrário, a intervenção da jurisdição constitucional em nenhum sentido se enquadra nessa polêmica. Em configurando as omissões administrativas inclusive uma forma de exaurir o sentido da decisão do Parlamento, a intervenção da jurisdição constitucional não se constitui em risco ao processo democrático, mas em um meio de preservar a vontade política dos representantes eleitos pelo povo em face da possibilidade de a Administração Pública, a quem compete tão-somente implementá-la, esvaziar-lhe o significado

mediante conduta omissiva. As omissões administrativas são, em suma, a fronteira ainda inexplorada pelo controle concentrado de constitucionalidade. Oxalá este estudo possa ter contribuído para a percepção de um fenômeno que, por ser institucionalmente dissimulado, representa real ameaça aos direitos fundamentais, sobretudo aos de prestação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Org.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4. t. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLANKENBURG, Erhard. La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre (le concept d'implementation). *Droit et société*. n. 2 Paris, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Economica, 1990.

CADOUX, Charles. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Cujas, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPITANT, René. *Écrits constitutionnels*. Paris: Éditions du C.N.R.S., 1982.

CARLIN, Volnei Ivo. *Liminares contra a Fazenda Pública*. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda

de (Org.). *Direito e processo. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abr./jun. 1993.

CASAL H., Jesús M. La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efectiva. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 79, Universidade de Coimbra, 2003.

CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEBBASCH, Charles; RICCI, Jean-Claude. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Economica, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

EMERI, Claude; BIGÉGARAY, Christian. *La Constitution en France*. Paris: Armand Colin, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa*. Brasília, Senado Federal, ano 23, n. 89, jan./mar. 1986.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1986.

_____. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos Poderes locais. *Revista do mestrado em direito*. Osasco, ano 5, n. 5, 2005.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo: BdeF, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARCENÒ, Valeria. *La Corte Costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*. Giurisprudenza costituzionale, Milano, fasc. 3, anno 95, mag./giu. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional federal*. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 9., 1982, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 02 a 06 maio 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore. *Giurisprudenza costituzionale*. Milano, fasc. 6, anno 41, nov./dic. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 2. Coimbra, 1996.

_____. *Manual de direito constitucional*. v. 4. Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. t. 1. Coimbra, 2002.

- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- NEUNER, Jörg. O BGB e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.
- PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Institutions politiques: droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 2004.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 44, n. 174, abr./jun. 2007.
- PEREDO, Pablo Dermizaky. La inconstitucionalidad por omisión. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Madrid, n. 6, 2002.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- SALDANHA, Nelson. O Estado contemporâneo e a idéia de omissão constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, out./dez 1992.
- SCHEFOLD, Dian. L'interpretazione conforme alla Costituzione. In: *evidenza, Roma, Associazione dei Costituzionalisti*, 2006 (separata).
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SIRIANNI, Guido. *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- SLAIBI Filho, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: COSTA, José Manuel Cardoso da (org.). *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VARI, Massimo. Il controllo giudiziario delle omissioni legislative. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 19., Florianópolis. Anais... v. 1, Florianópolis, 25 a 29 set. 2005.
- VEDEL, Georges. *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional. , n. 29. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 2000.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: CEJUP, 1999.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, 2001.
- _____. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. *Archives de philosophie du droit*. Paris, Sirey, tome 17, 1971.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.
- ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas

Recuperando outras memórias históricas

Priscila Campana
Olga Maria Boschi

Sumário

1. Introdução. 2. A “omissão da história” e o mito da doação. 3. Os primeiros operários no Brasil. 4. Raízes das organizações sindicais no Brasil. 5. O ativismo dos trabalhadores na formação da legislação: as greves. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo levar à reflexão sobre um dos dogmas mais utilizados na doutrina acadêmica juslaboral: o da doação das leis do trabalho. O objetivo específico é o de questionar tal mito, comprovando que não houve passividade dos trabalhadores e sim grandes mobilizações em torno de reivindicações por melhores condições de vida e de trabalho. Consequentemente, consegue-se evidenciar que a construção e positivação desses direitos deu-se, entre outros fatores, também pela atuação dos operários.

Dessa forma, a pesquisa busca enfatizar a importância da própria Consolidação das Leis do Trabalho, fruto da correlação de forças sociais e políticas na época de sua promulgação e, ao mesmo tempo, seu atual valor como principal fonte de normas individuais do trabalho. É que, no Brasil deste início de século, diante de reformas trabalhistas tão propaladas, existe ainda um discurso insistente mas superficial, de que o “negociado” deveria substituir o “legis-

Priscila Campana é Doutora em Direito das Relações Sociais - UFPR/PR. Professora do Centro de Ciências Jurídicas da FURB/SC.

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira é Doutora em Direito Social - UNAM/México. Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC/SC.

lado”, pois as normas trabalhistas seriam desnecessárias e dissonantes das reivindicações sociais, desde o seu nascimento.

2. A “omissão da história” e o mito da doação

Num contexto reivindicatório de mobilizações sociais, conjugadas ao aparato de leis que surgiram na década de trinta no Brasil, entra em cena o ideário do “trabalhismo”, bastante estudado pela historiografia. De modo específico, trabalhismo getulista é expressão que sintetiza o elo do Estado social legiferante com a classe operária, e representa, segundo Gomes (1989, p. 81),

“o conjunto de leis e providências legais tomadas durante os governos de Vargas visando à garantia de direitos aos trabalhadores e a regulação do mercado de trabalho. Numa versão oficial que se tornou hegemônica, o Estado teria liderado o processo de criação e concessão das leis sociais, antecipando-se às demandas dos trabalhadores e controlando as condições objetivas de implementação de uma política trabalhista.¹”

A expressão leva também à ideia do estabelecimento de uma política que buscou conciliar capital e trabalho.² O aspecto

¹ O caso mais conhecido é o do trabalhismo inglês, do qual derivou, no início do século XX, o *Labour Party*, caracterizado pela trajetória dos trabalhadores em busca de seus direitos. Foi movimento iniciado no século XIX e que incluía a luta pelo reconhecimento dos sindicatos como interlocutores legítimos, a defesa do direito de representação política dos trabalhadores e a criação de partidos de trabalhadores. No Brasil, diferentemente do caso inglês, a expressão esteve sempre mais relacionada a uma política pública estatal do que a ações autônomas do movimento dos trabalhadores. (Cf. GOMES, 1989, p. 81).

² Nesta mesma conjuntura, mas inserida na matiz cultural, no ano de 1940, uma música de Ataulfo Alves que dizia: “O bonde de São Januário leva mais um sócio otário sou eu que não vou trabalhar”, foi censurada, e modificada: “Quem trabalha é que tem razão, eu digo e não tenho medo de errar, o bonde Januário leva mais um operário, sou eu que vou trabalhar (...)” (Cf. MOCELLIN, 1987, p. 232).

importante, aqui, é perceber, no desenvolvimento do direito do trabalho, o discurso sobre a “antevisão” que possuía Getúlio Vargas para regular as relações de trabalho, antes mesmo que os trabalhadores se mobilizassem. Nesse discurso, oculta-se, então, o mito de que a positivação das leis trabalhistas teria sido um presente. Até porque divulgava-se na época que havia grande paz social no país, sem quaisquer tipos de problemas sociais ou econômicos.

Exemplo desse ideário foi expresso num artigo específico escrito sobre a CLT por editorial de jornal³, elogiando o texto consolidado como de grande valor para o “Direito Social Brasileiro”, sendo considerado um avanço, não relacionado a reivindicações de movimentos operários:

“Marca a mesma toda uma marcha, e todo um processo evolutivo, em determinado domínio, onde, em outros países, resultou assim de graves desequilíbrios sociais, como de uma cruenta experiência política. Não conheceu o Brasil os dolorosos ensinamentos provindos da grande industrialização. Nos países de elevado e acentuado índice capitalista, as construções jurídicas, amparadoras do trabalho, e harmonizadoras das duas forças capitais da produção, decorreu de sangrentas lutas, e emergiu de graves conflitos. Vamos agora, evoluindo de uma forma econômica esteiada nas atividades agrícolas, para o sistema baseado na indústria (*sic*).”

No mês de novembro, Getúlio Vargas discursou na inauguração do Palácio da Fazenda, e, entre outras afirmações, declarou que, após a guerra, seria implementada reforma tributária e bancária, e que, para o “reajuste da estrutura política da nação”, num ambiente de paz, várias classes, inclusive a trabalhadora, seriam consultadas. Outro artigo de jornal, em matéria de capa,

³ EDITORIAL. Consolidação das leis trabalhistas. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 20 ago. 1943, p. 3.

reproduziu o discurso.⁴ Ou seja, havia um ideário aparentemente democrático de que todos os cidadãos participavam do governo getulista, e, se isso ainda não ocorria, era por conta da política externa, refletida na guerra.

Era um discurso, portanto, que propagava paz social, segundo o qual, inexistiriam quaisquer insatisfações políticas e sociais, não haveria greves, reivindicações ou mobilizações dos trabalhadores.

Tinoco (1955, p. 142), na década de cinquenta, relata sobre a formação dos direitos sociais, no qual Getúlio Vargas teria tido o papel de destaque: "(...) suas leis introduziram sangue novo na vida do país, envenenado por uma luta surda de classes durante quatro séculos. Antecipando-se à reação das massas pela solução do problema, re- vigorou a consciência nacional, até então empenhada em surtos revolucionários".

Por outro lado, pode-se entender a questão do mito⁵ da doação das leis trabalhistas como parte do ideário do trabalhismo, em que Vargas traçou sua trajetória política com o discurso da outorga das leis protetivas do

⁴ "Quando terminar a guerra em ambiente próprio de paz e de ordem; com garantias máximas à liberdade de opinião, reajustaremos a estrutura política da Nação e faremos de forma ampla e segura as necessárias consultas ao povo brasileiro (...). Das classes trabalhadoras organizadas tiraremos de preferência, os elementos necessários à representação nacional: patrões, operários, comerciantes, agricultores - gente nova, cheia de vigor e esperança, capaz de crer e levar avante as tarefas do nosso progresso (...). A primazia das posições, direção, controle e consulta caberá aos que trabalham e produzem, e não aos que viciaram cultivar a atividade pública como meio de subsistência. Encontrarão também a oportunidade de fazer-se ouvir e opinar representantes da mocidade que nas escolas, fábricas e quartéis preparam-se e concorrem, cheios de ardor cívico, para construir o futuro da pátria, dispondo-se a defendê-la decidida e virilmente." EDITORIAL. Depois da guerra será consultado povo brasileiro. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 11 nov. 1943, p. 1.

⁵ Sobre a função do "mito", Paranhos (1999, p. 30) faz interessante análise, com fundamento em Roland Barthes. Mas sintetiza o entendimento do seguinte modo: "presta-se ao papel de retirar das coisas a sua qualidade histórica, provocando a perda da memória da sua produção, condenando-as a significar uma

trabalho: "O mito da doação se propagou com a maior intensidade, principalmente a partir do 'Estado Novo', e pela sua difusão se tentou fazer crer que a legislação social não passaria de uma dádiva caída dos céus getulistas sobre a cabeça dos trabalhadores brasileiros" (PARANHOS, 1999, p. 23).

A ideia de "concessão" da legislação trabalhista, difundindo a imagem de Getúlio como "pai", acabou tendo como consequência a propagação de outro discurso: o de que o movimento operário foi passivo diante desse processo de formação legislativa. E esse processo retirou o papel ativo da classe trabalhadora, suprimindo, durante décadas, o reconhecimento de suas mobilizações no período.

O mito da doação, desse modo, tem grande importância: nutre-se de omitir da história o papel desempenhado pelos sujeitos "vencidos" pois faz subtrair do contexto o seu caráter humano, como ação social de classes dominadas. Complementa ainda Paranhos (1999, p. 33-34):

"Ao se desconsiderarem as organizações e o movimento operário, ignora-se a sua ação política. Por outro lado, essa ação política, no sentido bastante amplo de ação humana, foi objeto de uma certa apropriação indébita por parte do Governo Vargas, que *agiu as coisas*, neste caso por intermédio da legislação trabalhista, sindical e previdenciária, supostamente ditada pela sua livre e espontânea iniciativa."

Questiona-se, portanto, que Vargas, de forma "iluminada", captava as necessidades dos trabalhadores sem que estes precisassem dizê-las. Retórica que passaria despercebida não fossem os registros que a própria história tradicional aponta sobre os inúmeros casos de greves que se

'insignificância humana'. (...) Nessa evacuação do real, o mito desloca o plano da história para o da natureza, decreta a abolição da 'complexidade dos atos humanos', reveste-os da 'simplicidade' das essências' e, como num toque de mágica, reorganiza um mundo isento de contradições".

alastaram na década de trinta, como a de maio de 1932, em São Paulo, e fortemente reprimida; a de 1935 no Rio de Janeiro, e que se alastrou por outras cidades, como Recife (Cf. VIANNA, 1995, p. 60).

Justamente a “doação” dos direitos trabalhistas é que organizará todo o discurso do trabalhismo getulista, principalmente no período de promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo elemento dominante do contexto. Entretanto, o ocultamento das lutas dos trabalhadores continha em si “a revelação da lembrança dessas mesmas lutas, que, por vezes, são lembradas de forma vaga” (PARANHOS, 1999, p. 147).

Sinteticamente, a questão primordial que se coloca é abordada de modo muito claro por Paranhos (1999, p. 149):

“Havia ou não luta de classes e pressões dos trabalhadores pela conquista de direitos sociais? A resposta (...) pode ser negativa ou afirmativa na ideologia do trabalhismo, em que pese a negação constituir a regra. Por outro lado, em determinados artigos publicados no Boletim do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, o que se sente é uma indiscutível desqualificação das lutas operárias, cuja preexistência em relação às leis sociais do Governo Vargas é aceita. Nesse caso, as reivindicações dos trabalhadores e o movimento sindical que então se ‘esboçava’ eram vistos como tão frágeis que, para todos os efeitos, é como se não existissem, já que se reafirmava o caráter espontâneo da legislação social.”

A luta de classes e a organização operária, nesse raciocínio, tinham vinculação apenas com os imigrantes, vistos como “agitadores”. O trabalhador nacional, ao contrário, era tido como de índole pacífica. Esse foi o pensamento difundido e que justificava, na década de trinta, a necessidade de o Estado organizar sindicatos. O sindicalismo, nessa situação, teria “o papel

de um agente corretivo ou retificador”, fazendo parte de um processo rápido para a “criação e o desenvolvimento destas formas de solidariedade social ativa”. (VIANNA, 1951, p. 273).

Não é muito difícil questionar esse discurso porque, se realmente os trabalhadores não se mobilizavam para reivindicar melhores condições de vida e trabalho, por que então havia órgãos governamentais controladores e repressores? Segundo Grender (1990, p. 66): “A tática da repressão não se atenuou. E (...) o Governo Vargas pôs em prática uma linha ‘coerente e sistemática’ de conquista ideológica da classe operária e de disciplinamento de suas organizações sindicais sob o controle direto do Estado”.

Foram aprovadas várias leis relativas ao direito sindical, como a que regulamentou as convenções coletivas de trabalho, e que tinham como escopo político o rearranjo da classe operária aos moldes estatais. Outras leis, protetivas do direito individual, como a regulamentadora da jornada de trabalho de oito horas, e do salário mínimo, significaram grande conquista dos trabalhadores, pelo limite que se impôs à exploração desenfreada da mão-de-obra.

Dessa maneira, a criação da legislação trabalhista tinha como finalidade responder aos anseios sociais e, ao mesmo tempo, atender aos fins políticos e econômicos da classe patronal e do Estado.

Para a historiografia oficial, a regulamentação das leis trabalhistas (individuais e coletivas) se concretizou graças à cooptação do movimento operário pelo Estado. A estruturação sindical seria fruto do atrelamento da organização dos trabalhadores, imposta de fora para dentro.

Entretanto, fazendo uma trajetória analítica diferenciada, é possível perceber a armadilha desse raciocínio, que apenas confirmaria a ideia de dádiva da legislação trabalhista. Para autores como Gomes (1988, p. 195), não houve a mera submissão e perda de identidade da classe trabalhado-

ra, e sim “pacto” entre ela e o Estado, por opção, “combinando ganhos materiais com os ganhos simbólicos da reciprocidade”.

Esse mesmo pacto social significava um acordo que trocava os benefícios da legislação por obediência política. Conforme a mesma autora (GOMES, 1988, p. 193):

“...a classe trabalhadora, ao trocar legislação social por obediência política, estaria realizando um cálculo de custos e benefícios cuja lógica é predominantemente material e individual. O trabalhador almejava estes novos direitos e por isso concordou em aderir politicamente ao regime, isto é, a seu modelo de sindicalismo corporativista tutelado e a todos os seus desdobramentos.”

Como o principal desiderato do Estado era o estreitamento de suas relações com o movimento operário, por meio de representação sindical, não bastava a simples e direta intervenção. Necessária era a vinculação, mas que fosse construída de modo permissivo. E foi o que ocorreu, evidenciando que o movimento dos trabalhadores foi ativo no desenvolvimento das leis trabalhistas. A relação travada entre Estado e classes operárias era contraditória:

“de um lado, almejava-se um maior controle do ministério sobre o movimento sindical, mas de outro, necessitava-se que este movimento fosse significativamente representativo no meio do operariado. Ou seja, não se buscava o mero controle, mas a adesão e a mobilização, o que só é possível através de procedimentos mais participativos e capazes de gerar certa dose de representatividade real. (GOMES, 1988, p. 202)”.

Pode-se afirmar, dessa forma, que não houve passividade do movimento dos trabalhadores em relação ao Estado. A adesão necessária ocorreu, e um dos instrumentos fundamentais nesse processo foi o imposto sindical, pois serviu para aumentar as dimensões dos sindicatos, como “chave-do-

tamanho”, além de tê-los transformado em órgãos prestadores de serviços.⁶

Torna-se possível, portanto, refutar a premissa de “concessão” das leis trabalhistas, pois foram arduamente conquistadas, por meio das associações sindicais formadas desde o fim do século XIX. Houve construção no desenvolvimento do direito do trabalho, cujos atores foram também os trabalhadores, além do Estado e do patronato, na defesa de seus interesses.

Para tanto, faz-se fundamental a abordagem sobre a formação das associações trabalhistas, as raízes dessas organizações, os primeiros operários no Brasil, e seu ativismo por meio de greves, que levaram à construção da legislação trabalhista no país.

3. Os primeiros operários no Brasil

A formação do proletariado brasileiro está inserida num panorama agrário e escravista, marcado posteriormente pela influência da força de trabalho de imigrantes. A gênese social desses primeiros operários está entre as camadas mais pobres da população urbana e, a partir de 1840, com o aumento do número de fábricas de tecido,

⁶ Este mecanismo, metaforizado por Gomes e D’Araújo, empresta de Monteiro Lobato a expressão: Emília, um de seus personagens, em uma de suas viagens, chega a um lugar não identificado e vê-se diante de um casarão cujo letreiro mostra simplesmente: “Casa das Chaves”. Ela entra na casa, depara-se com uma parede repleta de chaves e conclui que só podem ser as chaves que regulam “todas as coisas do mundo”. Como está em busca da chave “que abre e fecha as guerras”, por causa da Segunda Guerra Mundial, resolve ir experimentando os objetos, até encontrá-la. No entanto, quando alcança uma das chaves, “acontece algo inteiramente fantástico: tudo se transforma diante de seus olhos de boneca e ela quase morre de falta de ar debaixo de uma montanha de panos. Só depois de um certo tempo e reflexão diante dos novos fatos produzidos ela percebe que ‘encolheu’ e que, portanto, mexera na ‘chave do tamanho’, aquela capaz de alterar as proporções de todas as coisas vivas do mundo, fazendo-as crescer ou diminuir de um momento para outro”. Conforme as autoras, ainda hoje o imposto sindical pode ser a “chave do tamanho” dos sindicatos. (Cf. GOMES; D’ARAÚJO, 1993, p. 317).

entre camponeses vindos de cidades do interior, mulheres, menores e artesãos.

O país vivia sob o regime de um sistema agrário, onde a população do campo representava dois terços da população total, e onde o domínio político era o da classe oligárquica agrária⁷.

Conforme Carone (1989, p. 13), os traços característicos dessa sociedade brasileira no século XIX eram: “papel hegemônico da atividade econômica agrária, dispersão populacional, desequilíbrio populacional a favor da região Sul, hegemonia demográfica do campo sobre a cidade, papel secundário da atividade urbana”, presença do escravo na fábrica e heterogeneidade social e cultural das classes trabalhadoras nascentes.

Diferentemente do que ocorreu na Europa, as primeiras fábricas brasileiras não deram origem aos primeiros operários modernos, haja vista que, ao lado destes, trabalhavam também escravos. Algumas empresas industriais não empregavam trabalhadores livres até meados do século XIX. Outras os utilizavam apenas para as funções especializadas, e o trabalho mais pesado era realizado exclusivamente por escravos⁸.

⁷ A classe dominante, neste período, é a oligarquia, representando “o elo de ligação com o capitalismo internacional. Como classe, é a responsável pela produção que abastece o mercado mundial de matérias-primas, produzindo o *superavit* comercial que atende financeiramente as necessidades de importação para o mercado interno. Sua atividade fundamental está ligada à terra, mas ela também ocupa funções urbanas: participa das economias suplementares da sociedade – indústria e comércio. Importa as teorias liberais e as condiciona às suas necessidades”. Por ser mercantilista (a classe rural é empresarial e a terra não simboliza tradição mas sim geração de lucros), o autor denomina tal classe de oligarco-burguesa, e que está identificada com o Estado (cargos políticos e administrativos lhe pertencem). (Cf. CARONE, 1989, p. 14-18).

⁸ Segundo Hardman (1991, p. 90-91), eram utilizados diversos tipos de escravos: os “de ganho”, que tinham certa autonomia, custeavam seu sustento e viviam como ambulantes, entregando uma porcentagem de seu ganho a seu dono; os “da Nação” e os pertencentes às Municipalidades, que tinham suas condições de trabalho fixadas pelo governo. Após a abolição da escravatura, surgem os “africanos livres”, que, “confiscados pelo Estado, eram alugados a particulares e seus

Durante esse período, embora a elite agrária apoiasse a escravidão, alguns fazendeiros das áreas cafeeiras, na década de 1850, preocuparam-se em incentivar a imigração, e substituir os escravos por imigrantes, principalmente porque, com a interrupção do tráfico, o preço dos escravos havia aumentado muito. (Cf. COSTA, 1999, p. 364).⁹

Os primeiros operários industriais tinham um nível de vida inferior aos dos trabalhadores livres que os precederam, como os artesãos, já que não possuíam a propriedade dos meios de produção, inclusive ferramentas: “os operários imigrantes que trabalhavam em fábricas ao lado de escravos ganhavam, em 1858, apenas a quarta parte do salário de um mestre pedreiro, quantia, inclusive, bem inferior ao salário de um servente de obras na mesma época”. (HARDMAN, 1991, p. 96).

O pagamento de salários era ainda visto como algo excepcional, e somente mestre e contramestres o recebiam. Operários não-qualificados recebiam apenas comida e roupas, conforme seu comportamento e qualidade do trabalho.

As condições de vida dos primeiros operários assemelhavam-se às dos escravo-

salários destinados, teoricamente, à sua repatriação”. Cita como exemplo uma fábrica de vela do Rio de Janeiro que, até 1857, somente empregava escravos e, num outro, a John del Rey Mining Co., constituída por capitais ingleses e que empregava escravos apenas na perfuração de galerias na mina de sua propriedade. Contudo, em outros estabelecimentos apareciam apenas operários livres, como na companhia construtora de estradas de rodagem, de Mariano Procópio, cujos trabalhadores eram alemães e portugueses. Isso ocorria na construção de ferrovias também, mas, sob a proteção da lei, em 1852, vedando a utilização do braço escravo nos trabalhos de estrada.

⁹ A autora explica: “O rápido crescimento das plantações de café fez do trabalho o problema mais urgente. Como podiam os fazendeiros satisfazer suas necessidades de trabalho após a interrupção do tráfico de escravos? O tráfico interno ofereceu uma solução temporária, mas a auto-reprodução dos escravos não podia satisfazer a demanda imediata. Os fazendeiros das áreas em expansão haviam encontrado a resposta na imigração”. (COSTA, 1999, p. 364).

vos: trabalho por treze e até quinze horas, sem descanso semanal remunerado, nem férias.

Entre 1860 e 1890, havia também os operários especializados, maquinistas, moleiros, mecânicos, mestres de fiação e tecelagem, provenientes da Inglaterra. Posteriormente, aos poucos, foram sendo substituídos por operários brasileiros.¹⁰

As primeiras fábricas no Brasil surgiram nas décadas iniciais do século XIX, mas eram de pequeno porte e possuíam existência curta. Somente a partir de 1870 é que seu número e constância começaram a aumentar. O processo passou a ter intensidade entre os anos 1885 e 1895, durante o chamado “primeiro surto industrial”. (HARDMAN, 1991, p. 21).

Até o ano de 1889, somavam-se 54.000 operários de vários estabelecimentos industriais, e que trabalhavam em ferrovias, construção civil, portos e gráficas. Com a chegada da luz elétrica, veio a intensificar-se a exploração, com jornadas extremamente longas, como em fábricas do Recife, por volta de 1900, com dezessete horas diárias de trabalho. (Cf. HARDMAN, 1991, p. 95).

O processo imigratório ocorreu fortemente até a década de 1920, principalmente nas cidades de concentração industrial: Rio de Janeiro e São Paulo¹¹.

¹⁰ Além da dificuldade de adaptação dos imigrantes, seus salários mais altos impeliam os industriais a procurarem a substituição da sua força de trabalho por operários brasileiros: “(...) Já em 1866, na Bahia, a indústria têxtil empregava quase exclusivamente operários brasileiros que garantiam um padrão técnico de bom nível, assegurando a qualidade de certos produtos. Em São Paulo e Rio, nos anos 90, os trabalhos especializados eram executados por brasileiros ou por imigrantes não-britânicos, em geral italianos, alemães, espanhóis e portugueses”. (HARDMAN, 1991, p. 99).

¹¹ Nas palavras de Moraes Filho (1971, p. 22), “em 1907 concentravam-se na Capital Federal 30% das indústrias nacionais, possuindo todo o Estado de São Paulo somente 16% do total. No primeiro ano do século, conforme inquérito realizado, apresentava a cidade de São Paulo 144 estabelecimentos importantes, com 11.590 operários, com exclusão dos engenhos de açúcar. Em 1907, dispunha a mesma metrópole de 153

Nesse sentido, Moraes Filho (1971, p. 42) traz números elucidativos:

“(...) grande era o número de imigrantes em ambas as metrópoles. Basta dizer que, dos 522.000 de 1890, 124.000 eram estrangeiros no Rio de Janeiro, isto é, 25%. De 1887 a 1900 entraram no Estado de São Paulo 909.407 imigrantes, com uma taxa de aumento da população de 86%. De 1901 a 1920 declina esta quota para 38,5%, com a entrada de 823.642 imigrantes. No Rio, eram, na maioria, de nacionalidade portuguesa, espanhola, italiana; invertendo-se esta ordem em São Paulo. Somente a partir de 1920, é que cresceu a imigração japonesa nesse Estado. Mais particularmente ainda, de 1900 a 1907, entraram no Estado de São Paulo 308.809 imigrantes e dele saíram 227.029, mostrando que já havia passado o período mais forte e significativo do processo imigratório.”

Assim, até 1920, embora o proletariado no Brasil fosse numericamente pequeno, era formado, em sua maioria, por imigrantes estrangeiros. Conforme Rodrigues (1968, p. 345), o recenseamento daquele ano registrava 275.512 operários em todo o Brasil, numa população de 30.635.606 habitantes. Antes disso, não era possível ter com exatidão o número de operários; entre os vários estabelecimentos, existiam pequenas oficinas, dificultando a contagem do total de operários.¹²

estabelecimentos industriais, com 14.614 operários”. Ele ainda destaca que as indústrias mais proeminentes eram as de tecidos e as de alimentação, não obstante a existência de numerosos estabelecimentos, oficinas de calçados, móveis, tinturarias, e outros. A indústria têxtil, nesse sentido, era a mais representativa, contando, em 1900 na capital paulista, com 17 estabelecimentos e 4.570 trabalhadores; em 1910, com 24 estabelecimentos e 13.396 operários.

¹² O autor elucida a questão explicando que, “pelo recenseamento de 1920, havia nas indústrias do Estado de São Paulo (entre proprietários, empregados e operários) 136.135 brasileiros contra 93.130 estrangeiros. Na capital paulista, o número de estrangeiros chegava a ultrapassar ligeiramente o de brasileiros: 51.304

Dessa exposição, é possível fazer uma síntese sobre a formação social inicial do proletariado no Brasil até a década de vinte, em duas épocas. A primeira abrange o período das manufaturas iniciais até década de 1840, formado por camponeses pobres e escravos; e a segunda abrange a imigração na década de 1850 e vai até a década de 1920, com predomínio de trabalhadores estrangeiros e operários especializados.

Somente após a crise de 1929, é que a composição do operariado passou a ser formada por pessoas vindas do campo e das cidades do interior, constituindo uma massa de trabalhadores semiqualificados.

Ante tais oscilações, alguns autores (Cf. RODRIGUES, 1968, p. 346) explicam que essa seria a principal causa do enfraquecimento do movimento operário após 1930, se comparado com aquele cuja influência vinha do anarquismo e socialismo europeu. Para eles, essa classe operária, pela composição étnica, e pelo sistema partidário vigente, ficou marginalizada da vida política nacional – uma grande parte era formada por mulheres e crianças, sendo alta a taxa de analfabetismo. A origem desse sindicalismo, de minorias militantes e trabalhadores mais qualificados, não conseguia atingir os trabalhadores brasileiros, e exemplo disso eram os seus jornais, a maioria redigida em italiano ou espanhol.

De qualquer forma, é certo que a maioria urbana dos operários, imigrantes, havia trazido consigo “a inquietação e a politização dos seus países de origem, industrialmente mais adiantados. (...) Na ânsia de melhores condições de vida ou de mudança de regime econômico-social, neles se fixavam as medidas punitivas” (MORAES, 1971, p. 43).

contra 49.071. (...) Em 1911, abrangendo 31 fábricas, foram encontrados apenas 1.843 brasileiros (18% do total de 10.204 operários recenseados). A grande maioria (6.044) era composta de italianos (59% do total), seguindo-se os portugueses e os espanhóis. Mesmo entre os trabalhadores braçais dos serviços públicos estaduais da capital paulista, na mesma época, os imigrantes constituíam a maioria: 1.408 contra 871”. (RODRIGUES, 1968, p. 345).

Os operários, embora heterogêneos em sua formação histórica, nunca ficaram passivos diante da exploração de sua força de trabalho. Procuraram-se organizar por meio dos instrumentos que tinham às mãos: jornais, panfletos, comícios.

4. Raízes das organizações sindicais no Brasil

Os movimentos coletivos de trabalho, posteriormente expressados em ação sindical, instrumentalizam a organização das pessoas a partir da sua inserção no processo produtivo (Cf. DURHAM, 1984, p. 24). É justamente esse traço que diferencia os movimentos sociais dos movimentos dos trabalhadores, considerando que a sua mobilização foi implementada no contexto de reivindicações específicas, ao contrário do que propaga o mito da outorga da legislação.

Durante o período colonial, somente se tem notícia de “confrarias”, e não propriamente de organizações trabalhistas. Tinham elas cunho religioso, desempenhando um papel assistencial, e serviam também para regulamentar alguns aspectos profissionais, como a aprendizagem de um ofício. Tiveram destaque os oficiais mecânicos e outros trabalhadores, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, organizados conforme modelos portugueses de associação. A Confraria de São José, na Bahia, associava carpinteiros e pedreiros, disciplinando o exercício de suas funções, arrecadação de dinheiro para o santo protetor e habilitação para a profissão. (Cf. HARDMAN, 1991, p. 100).

No Brasil, existem registros da existência de associações sindicais, “não-oficiais”, desde a década de 1870. Havia mobilização operária na busca por melhores condições de trabalho diante do incipiente surgimento das fábricas e pequenas indústrias nacionais.

Constituiu-se, nessa conjuntura, a Liga Operária, simbolizando um avanço na organização dos trabalhadores, ao cumprir

a função de “auxílio” e, ao mesmo tempo, de mobilização na contestação ao regime capitalista. O objetivo da organização não era a ajuda mútua para a sobrevivência, mas a reivindicação por melhores condições de trabalho, por meio de greves. Em Salvador, foram fundadas, em 1881, a Associação Tipográfica da Bahia, a Companhia de Operários Livres União e Indústria e a Liga Operária Bahiana. (Cf. HARDMAN, 1991, p. 102).

Como classe, a organização operária foi tendo terreno para desenvolvimento, com o processo imigratório no campo e na cidade, principalmente a partir da década de 1890.

Nesse contexto, passa a existir a influência de modelos socialistas na organização do proletariado europeu sobre o movimento operário brasileiro, redundando no surgimento de associações de auxílio mútuo e no desencadeamento de greves, consideradas motivo de “confusão” e “balbúrdia”. “Com a entrada do novo século, os problemas continuavam insolúveis. As greves se sucediam, com as duas principais reivindicações da época: redução da jornada de trabalho e aumento de salário”. (MORAES FILHO, 1971, p. 39).

Sendo assim, as formas de organização foram sendo consideradas como tais somente no início do século XX, embora ainda precárias e efêmeras: (a) pelos jornais e revistas; (b) pela militância individual até 1920; (c) pelo sindicato, que era o modo mais complexo atingido pelo movimento operário¹³.

Esse movimento operário incipiente, apesar das dificuldades, foi-se organizando em *mutualistas* e em *ligas*, administrando mobilizações por meio de greves e publicações de jornais, inspiradas pelas experiências europeias. Surgiram organizações de *Auxílio Mútuo*, as *Câmaras de Trabalho*, as

¹³ A razão disto está nas “más condições de vida do operariado, as dificuldades de adesão dos camaradas, e a pressão patronal”. (CARONE, 1989, p. 33).

Ligas Operárias, os *Sindicatos de Resistência* e as *Cooperativas*.

O Auxílio Mútuo foi o primeiro modelo que despontou, representando oposição ao sistema capitalista, e tendo, ao mesmo tempo, um cunho assistencialista.¹⁴

Os objetivos de tais organizações eram a ajuda mútua e o auxílio aos necessitados, como nas confrarias. Entretanto, nestas últimas, patrões e empregados organizavam-se conjuntamente, o que não ocorria nas mutualistas, que eram de iniciativa dos empregados assalariados, independentes da Igreja e do Estado.¹⁵

Entretanto, predominantemente, a manifestação de associação que prevaleceu no país foi a de sindicato profissional, sindicato de resistência ou somente sindicato.¹⁶

Em tal processo, é importante frisar que as organizações sindicais funcionavam ao lado do assistencialismo proporcionado pelo governo e pelos industriais: “a inicia-

¹⁴ Hardman (1991, p. 100) explica: “as primeiras mutualistas surgiram na década seguinte e não eram corporações de tipo artesanal; foram, isto sim, as primeiras organizações operárias que atestavam, embora sob formas ainda embrionárias, que o proletariado procurava constituir-se como classe, tentando, para tanto, formar suas primeiras associações independentes das demais classes sociais.” Ilustra ainda algumas mutualistas existentes no país da época: Sociedade de Oficiais e Empregados da Marinha (1833); Sociedade Mecânica Aperfeiçoadora das Artes e Beneficente (1836); Sociedade de Auxílio Mútuo dos Empregados da Alfândega (1838); Associação Tipográfica Fluminense (1853), Sociedade de Bem-Estar dos Cocheiros (1856); a Associação Protetora dos Caixeiros (1858); a Associação de Auxílio Mútuo dos Empregados da Tipografia Nacional (1873), União Beneficente dos Operários da Construção Naval (1884).

¹⁵ O mutualismo não possui origem nacional: na Europa, “o mutualismo constituiu-se numa das primeiras tendências organizadas pelo movimento operário internacional, diretamente impulsionada pelo projeto político do socialista utópico Proudhon”. (HARDMAN, 1991, p. 101).

¹⁶ São correntes que marcam a organização sindical: a liberal, a socialista e a corporativa dos católicos. Contudo é a concepção socialista que possui maior expressão, sendo composta de três tendências: socialistas, sindicalistas e anarcossindicalistas. Carone (1989, p. 39) analisa rapidamente cada um desses agrupamentos dentro do movimento operário.

tiva para concretizar os benefícios parte, em menor escala, dos próprios sindicatos, mas existem outras fontes mais fecundas: a iniciativa privada dos industriais e, principalmente, do Estado”.¹⁷

Na década de vinte, vários fatores contribuíram para auxiliar na transformação da composição interna do proletariado: acréscimo de migrantes de outros Estados para São Paulo, decréscimo da imigração europeia e a interferência maior do Estado nas “questões sociais”.

Os trabalhadores artesanais (carpinteiros, marceneiros, alfaiates, pedreiros, padeiros, etc), que imprimiam ao movimento sindical um tom anarquista, cederam espaço aos trabalhadores das indústrias modernas, como tecelagem, mecânica e metalúrgica.

O operário, de certo modo politizado, tinha agora que dividir seu espaço com o operário semiqualeficado, significando a “supremacia do sindicalismo organizado por indústria sobre o sindicalismo de ofício”, como segue explicando Rodrigues (1968, p. 347):

“os trabalhadores europeus, mais qualificados e portadores de uma tradição de luta socialista e sindicalista, viram-se submergidos pela massa de operários nacionais, de qualificação profissional muito baixa e amiúde sem experiência de vida num centro urbano relativamente grande. O velho sindicalismo de minorias militantes, organizado por ofício e agrupando os setores mais qualificados, não soube ou não pôde atrair os recém-chegados e foi facilmente substituído pela es-

¹⁷ Conforme Carone (1989, p. 231), “algumas indústrias beneficiam seus operários, instalando, junto aos estabelecimentos fabris, casas, cooperativas, serviço médico e hospitalar (...) É o Estado, no entanto, que arca com iniciativas sociais mais amplas, sob seu encargo ou obrigando os interessados a participarem de sua responsabilidade: é o caso das medidas previdenciárias aos ferroviários ou a categorias do funcionalismo público, no primeiro caso, ou da Lei de Acidentes de Trabalho, no segundo”.

trutura sindical erigida pelo Estado, num processo em que se combinou a violência contra os grupos operários organizados e a concessão de benefícios às grandes massas.”

Formou-se, assim, a ideia de que esses fatores somaram-se para reduzir o poder de mobilização dos sindicatos, após a crise de 1929, levando os operários à acomodação pela intervenção protetora do Estado.

O certo, entretanto, é que o processo de industrialização trouxe forças dispersas e heterogêneas ao grupo do proletariado: trabalhadores braçais não integrados no setor industrial; empregados subalternos dos serviços públicos e trabalhadores por conta própria, por exemplo. Elucida Rodrigues (1968, p. 348) que “as diferenças internas e a dispersão dos estratos populares não favorecem o aparecimento de formas associativas consistentes que possibilitem sua intervenção política sistemática”.

Isso teria trazido mais uma dificuldade para a nascente organização operária, além das barreiras culturais existentes para a sua mobilização.

O quadro levava a um aparente paradoxo; os operários de fábrica eram a maioria da força de trabalho desorganizada, e os “grupos artesanais qualificados, estáveis, em cenários não-fabris possuíam um impacto desproporcional tanto em termos da composição, quanto da perspectiva do próprio movimento operário”, como aqueles formados pelos canteiros de Ribeirão Pires, e que possuíam um alto grau de mobilização e consciência de classe (Cf. HARDMAN, 1991, p. 27).

Ou seja, o movimento organizado dos trabalhadores, na Primeira República, era composto, de forma preponderante, por operários qualificados não-fabris, muitos artesãos, enquanto a maior parte dos operários desorganizados estava concentrada em grandes fábricas. (Cf. HARDMAN, 1991, p. 93).

Não obstante tal constatação, as péssimas condições de trabalho, atreladas às

de vida dos trabalhadores, foi um fator importante para a mobilização deles no início de industrialização¹⁸ nacional. Objeto de preocupação do patronato, “nas três décadas iniciais da República, são as greves operárias e outras formas de resistência ao patronato (...)” (CARONE, 1989, p. 234).

Com a concentração de 30% das indústrias nacionais no Rio de Janeiro e 16% em São Paulo, a população nessas capitais foi aumentando gradativamente, propiciando o aglomerado habitacional. Além de indústrias, havia igualmente diversas oficinas de manufaturas de calçados, vestuário, móveis e tintas, embora, geralmente, em locais distantes de fiscalização, empregando trabalhadores, em maioria italianos, portugueses e espanhóis¹⁹.

Essa fase desconheceu restrições legais à exploração do trabalho humano. As condições de trabalho dos operários eram perversas, os salários muito baixos, as jornadas de trabalho elevadas e os ambientes de trabalho insalubres. Como elucida Gorender (1990, p. 25) sobre o trabalho de mulheres e crianças:

“na indústria têxtil, em particular, o proletariado era constituído, em sua maioria, por mulheres e crianças. Segundo testemunho insuspeito do começo do século XX, a idade mínima para o trabalho fabril era de cinco anos! Numa das fábricas de Mata-

¹⁸ Industrialização significa processo de criação de uma quantidade cada vez maior de indústrias orientadas para a modernização da economia do país, numa transformação da sociedade, de rural e agrícola, em urbana e industrial. “Portanto, não se considera como industrialização uma simples criação de indústrias isoladas, subordinadas às atividades primárias, mas sim um processo irreversível de criação de indústrias, com urbanização e domínio da cidade sobre o campo”. (VESENTINI, 1989, p. 89).

¹⁹ No Estado paulista, em 1901, dos 50.000 operários existentes, os brasileiros eram menos de 10%. Na capital, entre 7.962 operários, 4.999 eram imigrantes. Em 1912, nas 31 fábricas de tecidos dessa capital trabalhavam 10.204 operários, dos quais 1.843 brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% espanhóis. (Cf. NASCIMENTO, 1995, p. 39).

razzo, foram encontradas máquinas de proporções apropriadas ao manejo infantil. Pior ainda, os menores viam-se forçados a horários noturnos de onze horas e, com freqüência, sofriam espancamentos dentro das fábricas.”

Eram claras as péssimas condições de vida da população proletária nas metrópoles, com problemas de urbanização, saneamento básico e transporte. Segundo Moraes Filho (1971, p. 25):

“Morando em bairros anti-higiênicos, em cabeças-de-porco; aglomeradas as famílias em cômodos imundos, sem ar nem luz, entregues os seus chefes a trabalhos estafantes e mal remunerados, executados em locais quase sempre insalubres, escuros, mal ventilados, assim viviam os trabalhadores. Mulheres grávidas e crianças de tenra idade eram obrigadas a mourejar nos serviços mais pesados e penosos, durante mais de 12 horas, com salários ínfimos, a fim de poderem contribuir, de qualquer forma, com alguma coisa, para o orçamento doméstico.”

As vilas operárias assemelhavam-se a cortiços. As moradias eram pobres, coletivas, sem iluminação adequada. As condições de trabalho, higiene, saúde, alimentação eram péssimas, levando à proliferação epidêmica, como a febre tifoide, sarampo, lepra, meningite e tuberculose²⁰.

Essa era a conjuntura do Estado de inspiração liberal, em que as questões sociais não

²⁰ “(...) três ou quatro cômodos no máximo, que tinham um fundo comum, às vezes, fileiras de pequenas casas contíguas escondiam-se da rua, atrás de uma primeira fileira que ficava rente à calçada. (...) ainda era mencionada a existência na cidade do hotel-cortiço (espécie de restaurante onde a população operária sem família dormia à noite em aposentos privativos comuns); (...) e de ‘protótipos’ das favelas contemporâneas, os telheiros de zinco, barracos feitos de tábuas e cobertos de folhas de zinco, em geral instalados nos fundos dos depósitos de materiais de construção”. (DECCA, 1990, p. 25).

eram prioridade.²¹ A relação de trabalho tinha tratamento fundamentado no direito civil, e essa forma contratual não poderia restringir a liberdade dos contratantes.²²

Contudo, o número de greves organizadas pelo movimento dos trabalhadores na obtenção por condições dignas de vida, salários suficientes e redução da jornada de trabalho começou a se elevar, passando a ser uma inquietação para o patronato e para o Estado. Nos primeiros anos republicanos, ocorreram em São Paulo três greves em 1890 e 1891, e até 1896 uma a cada ano. No início do século XX, elas passaram a ser mais frequentes, evidenciando o papel ativo que tiveram os trabalhadores na construção da legislação trabalhista, antes mesmo da década de trinta. (Cf. NASCIMENTO, 1995, p. 40).

5. O ativismo dos trabalhadores na formação da legislação: as greves

Analisando-se as greves e mobilizações do operariado, ainda na fase precedente à

²¹ Na célebre expressão, as questões sociais eram tratadas como caso de polícia. Conforme Gorender (1990, p. 50): “operários estrangeiros, que se destacavam na liderança sindical ou política, eram sumariamente deportados como rufiões ou sob outras acusações infamantes. Outros, eram confinados em locais isolados e insalubres da Amazônia. As reuniões de trabalhadores costumavam ser dissolvidas a patas de cavalo e golpes de sabre, não raro com mortos e feridos. O refinamento da repressão se aperfeiçoou com a organização das listas negras, nas quais a polícia e as entidades patronais incluíam os operários suspeitos de ‘subversão’ e os condenavam, dessa maneira, ao desemprego permanente.”

²² Conforme Moraes Filho (1971, p. 40), sobre a ideologia liberal da época e as razões do veto feito ao projeto que regulava a locação agrícola, na década de 1890, de acordo com Manuel Vitorino Pereira, vice-presidente em exercício, “intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 72, § 2º da Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as conseqüências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo seus efeitos”.

Era Vargas, é falaciosa a afirmação de que o processo de normatização trabalhista não significou conquista do movimento operário, mas somente outorga, “presente” do Estado getulista.

Os historiadores tradicionais normalmente omitem a existência dos trabalhadores como classe social, “como atores da história ou como agentes de sua própria constituição e de seu próprio ‘fazer-se’. A crônica linear e homogênea destes positivistas faz do discurso histórico algo desprovido de alternativas reais, e transforma todo o devir numa preparação escatológica da atualidade”. (FONSECA; GALEB, 1996, p. 16).

A ordem jurídica é resultado dos antagonismos sociais. Nas relações de trabalho, não poderia ser diferente; ao contrário, a legislação é fruto das lutas dos trabalhadores por melhores condições de vida e labor.

Mesmo antes da República, há notícia da existência da primeira mobilização operária: a greve dos gráficos dos três jornais do Rio de Janeiro, em 1858. Os jornais eram o Correio Mercantil, o Jornal do Comércio e o Diário do Rio de Janeiro. As condições de trabalho eram desumanas:

“(…) trabalhava-se quinze horas por dia nas oficinas desses jornais; a iluminação a gás era deficiente, o que prejudicava a vista dos que trabalhavam noite a dentro. O custo de vida tinha subido muito desde dezembro de 1855, data do último aumento recebido pelos gráficos. (...) Nenhum jornal circulou pelas ruas do Rio de Janeiro durante aqueles dias, e os patrões solicitaram ‘medidas enérgicas’ à polícia. (...) A greve envolveu oitenta operários. (HARDMAN, 1991, p. 102)”.

Com o aumento do contingente operário nas cidades e o crescente número de greves, o movimento organizado dos trabalhadores começou a ser uma preocupação: “nos primeiros anos da República as greves eram esporádicas – uma em São Paulo em 1890, duas em 1891, quatro em 1893 e até 1896 uma a cada ano, visando, na maioria das

vezes, melhores salários e redução da jornada diária de trabalho. Porém, no começo do século, acentuaram-se” (NASCIMENTO, 1995, p. 40).

Essa tendência, vinda desde aquele período, caminhou juntamente com o despontar das primeiras normas reguladoras da relação individual de trabalho, e que se mostravam bastante esparsas.²³

As inúmeras greves registradas no Brasil entre 1900-1920, a criação, pela classe operária, de uniões, alianças, cooperativas, associações de auxílio e socorro mútuo, clubes, bibliotecas, escolas livres, sindicatos, conferências, cursos culturais, congressos nacionais e estaduais, federações regionais operárias e confederação operária brasileira refutam a ideia de que o movimento operário era inconsistente e pouco combativo

²³ Em 1850, o Código Comercial foi editado, tratando da justa causa para dispensa de empregados, indenização por acidente no trabalho; força maior, aviso prévio para rescisão do contrato de trabalho e vencimento de salário, nos artigos 74, 226 e seguintes. No ano de 1852, houve uma lei proibindo as companhias de estrada de ferro possuírem escravos. O objetivo era de que o trabalho fosse remunerado, haja vista o interesse no capitalismo nascente no país. Por meio do Decreto nº 2827, de 15/03/1879, houve regulação da locação de serviços e parceria agrícola. No ano da abolição da escravatura, 1888, foi instituída a Caixa de Socorros para os empregados das estradas de ferro do Império. Um ano depois, foi criado o fundo de pensões para empregados das oficinas da Imprensa Nacional, e a obrigatoriedade do Montepio para os empregados no correio. Durante a Primeira República, houve algumas disposições legais sobre o trabalho coletivo. Entretanto, predominavam as individuais, restritas a alguns setores sociais, ou de caráter assistencialista. O Decreto nº 12-A, de 23/11/1889, fixava competências para demissão de servidores. No mesmo ano, em 14 de dezembro, um Aviso concedia quinze dias de férias aos funcionários. No ano posterior, o Decreto nº 221, de 26/02/1890, concedia direito de aposentadoria aos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil. Três meses depois, era dado o mesmo direito aos assalariados de outras ferrovias (Decreto nº 405, de 17/05/1890). O trabalho das crianças e dos adolescentes nas fábricas foi regulamentado com o Decreto nº 1313, de 1891, embora continuasse existindo. Proibiu-se o trabalho aos 12 anos de idade, vedou-se o trabalho noturno dos menores de quinze anos, e houve limitação da jornada de trabalho para sete horas. (Cf. MORAES, 1971, p. 31).

nos primeiros anos de industrialização no país.

A primeira paralisação importante, no século XX, consciente e coesa, dos trabalhadores, ocorreu em 1906, na maior fábrica do ABC, a Tecelagem Ipiranguinha, em Santo André, que empregava 500 operários. Tal movimento precedeu uma onda de greves, coincidindo com o aparecimento de um operariado urbano, e a realização de primeiros encontros de trabalhadores estaduais e nacionais. Não houve qualquer desenvolvimento industrial importante no ABC até a virada do século, quando duas fábricas de tecidos se instalaram em Santo André, São Paulo: “em 1907, essas tecelagens e outras empresas menores do ABC já empregavam pelo menos 1.000 operários, numa população local de 10.000 habitantes, garantindo assim o *status* do ABC como o mais importante subúrbio industrial de São Paulo”. (FRENCH, 1995, p. 19).

Em 1905, foi constituída a Federação Operária de São Paulo (FOSP), que organizou o Primeiro Congresso de Operários no Estado, no ano seguinte.

No ano de 1907, foi deflagrada outra greve, cuja principal exigência girava em torno da necessidade de diminuição da jornada de trabalho para oito horas, e que reuniu 10.000 operários em São Paulo e no ABC. Por outro lado, o movimento impulsionou a fundação do Centro dos Industriais de Fiação e Tecelagem do Estado de São Paulo (CIFTSP), formado pelos proprietários das duas maiores fábricas do ABC.²⁴

Em 1913, o movimento operário ressurgiu com ânimo, após um período de crise econômica e desintegração de muitas associações, como a FOSP. Naquele ano, a greve de canteiros, que trabalhavam nas Pedreiras de Ribeirão Pires, na produção de pedras de calçamento, teve origem num conflito sobre salários atrasados, levando oitenta canteiros

²⁴ Treze principais tecelagens incentivaram a organização dos industriais, que solicitaram a intervenção da polícia na repressão contra a greve de 1907. (Cf. FRENCH, 1995, p. 23).

a paralisar a Pedreira Duarte e Aranha. Em 1917, os canteiros de Ribeirão Pires entraram em greve por duas vezes, a primeira por aumento de salário e, posteriormente, em solidariedade à greve geral da capital paulista. Voltaram à greve em 1918, e três vezes em 1919 (Cf. FRENCH, 1995, p. 25).

Durante o ano de 1917, estouraram movimentos grevistas em várias cidades do país: São Paulo, Recife, Rio de Janeiro e Curitiba, evidenciando o descontentamento pelo descaso às causas operárias.

Na capital paulista, no mês de junho, operários que laboravam no Cotonifício no bairro da Móoca tiveram recusa em seu pedido de aumento salarial, e iniciaram um movimento que acabou por se transformar numa greve geral²⁵, marcando a história da cidade e das reivindicações operárias no país. Embora reprimida pela força policial, a greve mobilizou cerca de 50 mil operários. No mês seguinte, o movimento foi deflagrado também no Rio de Janeiro.

Em Curitiba, o movimento grevista também ocorreu em julho, iniciado com um comício de oradores na praça Tiradentes, que denunciavam os embaraços da classe operária, causados pelo aumento do preço dos alimentos e os baixos salários. Na Sociedade Protetora dos Boleeiros, deliberou-se, então, “que iria ser deflagrada a greve geral dos trabalhadores curitibanos, que se estenderia até que os patrões aceitassem a lista de reivindicações que foi proposta por Octavio Prado e aclamada pela multidão que estava presente”. O jornal “Commercio do Paraná” deveria veicular as reivindi-

²⁵ As principais reivindicações da greve geral de 1917, em São Paulo, eram as seguintes: (a) liberdade para as pessoas detidas por motivos de greve; (b) respeito ao direito de associação para os trabalhadores; (c) garantia contra dispensa de operário participante de greve; (d) abolição do trabalho aos menores de 14 anos; (e) proibição de trabalho noturno para os menores de 18 anos e para as mulheres; (f) aumento salarial; (g) garantia de trabalho permanente aos operários; (h) jornada de oito horas de trabalho; (i) aumento de cinquenta por cento ao trabalho extraordinário. Disponível em: <<http://www.brasil.htmbrasil.htm>>. Acesso em: 21 set. 2003.

cações, entre elas: jornada de oito horas; abolição das multas; proibição de trabalho a menores de 14 anos e moças menores de 21 anos; abolição do trabalho noturno; aviso prévio de 18 dias; responsabilidade dos patrões nos acidentes; redução de impostos aos carroceiros; redução dos preços dos alimentos, principalmente a farinha de trigo e o açúcar; diminuição dos preços do aluguel das casas e higiene nas fábricas (Cf. FONSECA; GALEB, 1996, p. 39).

O movimento de 1917, em Curitiba, representou um momento de ascensão do operariado organizado, e um momento constitutivo da própria classe operária, como sujeito atuante na história “não contada”, que a historiografia oficial²⁶ sempre “olvida”.

Contudo, o movimento não pôde subsistir à repressão policial. Apesar de as greves não serem proibidas por lei, os grevistas estavam sujeitos à violência policial, e os sindicatos que mostravam alguma militân-

²⁶ O movimento da greve de 1917 em Curitiba, tendo como fundamento o descontentamento da classe operária com suas condições de vida e de trabalho, teve seu momento culminante no dia 19 de julho, quando, “logo de manhã, os grevistas procuravam paralisar os coletivos, ainda na praça Tiradentes. Com a adesão de motomeiros e cobradores, e em vista da afluência de operários que cada vez mais aumentavam o fluxo de paredistas, dirigiram-se todos à estação dos bondes, na Rua Barão do Rio Branco. (...) Foi organizada então uma comissão para entrar nas oficinas e falar com os operários. Lá discursou Bortolo Scarmagnan, solicitando a adesão dos colegas, que aderiram sem restrições. Em seguida, para as oficinas da estrada de ferro, que ficava ao lado da estação. (...) Juntaram-se ao movimento os operários da cervejaria Atlântica, do Engenho do Jacaré, da Fábrica Favorita, da Fábrica de Fósforo Pinheiro além de comerciários, alfaiates e pedreiros. (...) Tomar o controle da energia elétrica da cidade parecia ser uma meta importante para os grevistas, que encontraram, porém, a resistência da segurança municipal. (...) Lá chegando, cerca de mil operários invadiram a usina (...) liberaram o vapor das máquinas e a cidade ficou às escuras, até aproximadamente às 19:40 horas. Durante uma hora e meia, portanto (...) Curitiba ficou completamente sem luz, até que um destacamento da polícia restabeleceu a energia elétrica. Os jornais da época traçavam um retrato tétrico da situação que passou a cidade naquele momento” (FONSECA; GALEB, 1996, p. 40-42).

cia eram duramente reprimidos. A coibição era demonstrada também pela interdição do funcionamento de sindicatos, e de associações.²⁷

A resistência operária e o embate por melhores condições de vida foram intensos, num longo período histórico que assinala a positivação de direitos trabalhistas:

“(…) entre 1890 e 1935 (…) em condições particularmente difíceis, de violenta repressão e com uma classe operária numericamente fraca e inexperiente conseguiram os trabalhadores anarco-sindicalistas, criar e desenvolver as organizações de resistência; travar duras lutas para impor direitos básicos com a liberdade de expressão e organização dos trabalhadores, conseguindo vitórias expressivas no campo econômico, como aumentos salariais, redução de horário de trabalho, maior segurança, limitação do trabalho infantil, etc. (...) Estas lutas custaram a muitos desses trabalhadores, a prisão, deportação e, até a morte (GORENDER, 1990, p. 26).”

Outros fatores contribuíram para o que Moraes Filho (1978, p. 197) chama de “nova fase de desenvolvimento social-trabalhista no Brasil em 1919”, como o Tratado de Versailles que levou à filiação do Brasil à Organização Internacional do Trabalho; e o crescimento da indústria nacional com o decorrer da guerra.

Vários dispositivos legais refletiram a nova fase, dispondo sobre as relações entre capital e trabalho: a Constituição da República, de 24/02/1891, em seu art. 72, § 1º, e art. 75, dispôs sobre a liberdade de trabalho. No ano de 1903, a lei nº 979 facultou a possibilidade de organização de cooperativas de produção, consumo e crédito. Em 1906,

a lei nº 1607 estatuiu a proteção ao salário. Em 1923, é instituída a lei referente aos Ferroviários, Lei Elói Chaves, que criou a caixa de aposentadoria e pensões para esta categoria, assim como estabilidade para os trabalhadores que completassem dez anos de serviço, devendo ser a rescisão precedida de inquérito.

Entre 1916 e 1929, surgem vários diplomas legais: o Código Civil, tratando do contrato de locação de serviços (artigos 1216 a 1247); a lei de acidentes de trabalho (lei nº 3724/19); o decreto criando o Conselho Nacional do Trabalho (nº 16027/23), órgão de caráter consultivo dos poderes públicos, em assuntos relativos à organização do trabalho e previdência, sendo composto por operários, patrões e funcionários do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio; leis regulamentando assistência aos menores, e regulando também as férias. Com a lei nº 4982/25, garantiu-se direito de quinze dias de descanso remunerado aos empregados no comércio.

Em 1926, o artigo 34 da Constituição de 1891 foi alterado, estipulando a competência da Câmara Federal para “legislar sobre o trabalho”. Com ele, a separação entre a legislação social, a civil e a comercial foi concretizada, permitindo o avanço de projetos legislativos na área trabalhista. Entretanto, em 12 de agosto de 1927, a lei nº 5221 autorizou o fechamento das associações operárias.

Percebe-se, em tal contexto, que, após a explosão das grandes greves de 1917-1919, principalmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, é que houve criação da Comissão de Legislação Social, com a implementação de várias leis.

Com a edição do Código de Menores, regulamentam-se medidas de assistência e proteção aos menores de dezoito anos, dispondo também sobre o seu trabalho: atividade laboral noturna foi vedada aos menores de doze anos, e limitou-se para seis horas o trabalho dos aprendizes em certos estabelecimentos.

²⁷ De acordo com French (1995, p. 23), a lei de deportação aos estrangeiros, que constituíam “ameaça à ordem pública”, foi aprovada pela Câmara do Estado de São Paulo, em 1907, sendo chamada de Lei Adolpho Gordo.

Assim, interessante é notar que a legislação trabalhista no Brasil iniciou seu desenvolvimento somente após a abolição da escravatura e a Proclamação da República, período em que o país assiste a um início de industrialização e conseqüente expansão da relação assalariada.

A partir da década de trinta, com o governo de Vargas, a legislação trabalhista desenvolveu-se mais, e o movimento dos trabalhadores foi fundamental nesse processo. Como a repressão era muito grande, a resistência ocorria de forma clandestina:

“A historiografia rompeu com as interpretações mais estáticas (...). Os sindicatos no período de Vargas não mais parecem monolíticos, ou simplesmente instrumentos artificiais do regime, nem tampouco os trabalhadores parecem meros espectadores passivos, ou vítimas. Certamente a extensão da oposição sindical às medidas oficiais do começo dos anos 1930 está mais clara agora, e sabemos algo sobre formas de resistência clandestinas, cotidianas, que ocorreram quando as manifestações abertas de protesto tornaram-se inviáveis. (HALL, 2002, p. 15).”

Com esse mesmo entendimento, Vianna (1995, p. 18) relata que, logo após a posse de Getúlio Vargas, ocorreram várias greves, como a de maio de 1932, em São Paulo, reprimidas com extrema violência policial. O governo, agora legal, articulando a aprovação da Lei de Segurança Nacional, com o intuito de reprimir os opositores, deparou-se com a mobilização operária contra tal medida:

“logo depois da revolução, ainda em novembro de 1930, ocorreram várias greves operárias. Em maio de 1932, o movimento operário grevista em São Paulo assustou a burguesia, sendo reprimido com extrema violência. A partir de 1934, os trabalhadores passaram a ter uma presença mais constante no cenário político, com um

movimento grevista reivindicatório sem precedentes. (VIANNA, 1995, p. 19).”

Assim, as greves se multiplicavam paralelamente à repressão governamental ao movimento operário. Além das existentes, e de grande repercussão nacional, no ano de 1917, nas cidades de São Paulo, Curitiba e Recife, interessa abordar as décadas de trinta e quarenta. No ano de 1935,

“o movimento operário também voltava a atuar. No dia 10 de novembro, 10 mil metalúrgicos do Rio de Janeiro entraram em greve. No dia 12 já eram 15 mil. (...) As greves operárias continuavam em todo o país. (...) No dia 18 de novembro, várias outras fábricas de fiação e tecelagem entraram em greve. No dia 19, vinte mil metalúrgicos estavam parados, havendo ameaça de greve da categoria em outros estados. (VIANNA, 1995, p. 46).”

No Nordeste, houve reação semelhante, com manifestações grevistas. No início de novembro de 1935,

“a Estrada de Ferro Great Western, que ligava o Nordeste de Alagoas ao Rio Grande do Norte, teve seus trabalhos paralisados por um grande movimento grevista. No Recife, a greve foi muito combativa. Cerca de 3 mil manifestantes chegaram até a arrancar os trilhos em alguns trechos da ferrovia. Operários da Companhia de Força e Luz, dos transportes e do carvão também pararam, solidarizando-se com os ferroviários. (VIANNA, 1995, p. 60).”

A resistência operária ao controle sindical, preponderante após 1930, é reforçada por Antunes (1982, p. 82): “esta luta sindical, agregada à luta econômica grevista desencadeada na primeira metade da década de 30, dá o quadro da dimensão da combatividade e do nível da consciência operária, especialmente se a estas lutas acrescentarmos a atuação propriamente política da classe operária”.

No mesmo sentido, Koval (1982, p. 278) esclarece sobre a mobilização operária na Era Getulista:

“O movimento democrático desenvolvia-se sob o fundo geral de ascensão da luta dos trabalhadores por seus interesses vitais. Entre as maiores ações do proletariado em 1933, devem-se destacar a greve dos 10.000 ferroviários da Paulista, a greve política dos trabalhadores de Belo Horizonte, a ação dos têxteis de Salvador e a luta armada dos trabalhadores de Recife.”

Entretanto, pode-se afirmar que o processo de grande motivação legislativa durante os anos vinte, referente aos assuntos trabalhistas, teve seu fundamento em fatores internos, como as greves, mas, também, em fatores externos: a Revolução Russa de 1917 e a formação do *Bureau Internacional do Trabalho*²⁸, órgão da Sociedade das Nações. Nas décadas de trinta e quarenta, por outro lado, foi a mobilização dos trabalhadores, conjugada à política de intervenção econômica do Estado, nacional-desenvolvimentista que fomentou a positividade de leis trabalhistas.

6. Considerações finais

O propósito central da pesquisa foi o de desconstruir o discurso de que a legislação trabalhista foi doação do governo Getúlio Vargas, pois equivocadamente arraigado no pensamento do direito trabalhista brasileiro.

Discursos como esses, e chamados de mitos, reforçam ideias que levam ao conformismo, como se a história tivesse linearidade; encobrem novas possibilidades, pois não

²⁸ Criado em 1919, passa a ter o compromisso governamental brasileiro somente após 1930. O Brasil não ratificou nenhuma das suas leis aprovadas na década de 20, nem colocou em prática as suas recomendações. Sua função era a de funcionar como mecanismo para manter “a cordialidade ou o equilíbrio entre os interesses patronais e do proletariado” (CARONE, 1989, p. 231).

consideram os trabalhadores como indivíduos ativos na construção de seus quereres, e destituem o valor da Consolidação das Leis do Trabalho como fruto na correlação de forças sociais e econômicas da época, com sua importância nos dias de hoje.

Torna-se importante a ruptura de dogmas como esse e um novo “olhar” sobre os acontecimentos históricos, especialmente relacionados com a construção da legislação trabalhista.

Assim, o ensaio contesta o discurso da doação da legislação trabalhista com base em dois fundamentos: (a) o de que, desde o século XIX, os operários se organizavam e reivindicavam melhores condições de vida e trabalho, atuando por meio de mobilizações e greves, inclusive na década de trinta; e (b) o de que ocorreu um “pacto” entre a classe trabalhadora e o Estado getulista, pelo qual a primeira aderiu ao sistema corporativo institucional tendo em vista a garantia das conquistas dos direitos trabalhistas primários.

Não houve “doação das leis trabalhistas” e o movimento dos trabalhadores não foi passivo diante da sua regulamentação. O trabalhador foi sujeito ativo na construção das normas trabalhistas, e, portanto, do próprio direito do trabalho brasileiro.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Classe operária, sindicatos e partidos no Brasil: um estudo sobre a consciência de classe - da Revolução de 30 até a Aliança Nacional Libertadora*. São Paulo: Cortez, 1982.

CARONE, Edgard. *Classes sociais e movimento operário*. São Paulo: Ática, 1989.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

DECCA, Maria Auxiliadora Guzzo de. *Cotidiano de trabalhadores na República*: São Paulo - 1889-1940. Coleção Tudo é História. n. 131. São Paulo: Brasiliense, 1990.

DURHAM, Eunice. *Movimentos sociais: a construção da cidadania. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 10, out., 1984.

- FONSECA; GALEB. *A greve geral de 17 em Curitiba: resgate da memória operária*. Curitiba: IBERT, 1996.
- FRENCH, John D. *O ABC dos operários: conflitos e alianças de classe em São Paulo, 1900-1950*. São Paulo: Hucitec - Prefeitura de São Caetano do Sul, 1995.
- GOMES, Angela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. São Paulo: Vértice/ Editora Revista dos Tribunais; Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988.
- _____.; D'ARAUJO, Maria Celina. A extinção do imposto sindical: demanda e contradições. *Revista Dados de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 36, n. 2, 1993.
- _____. *Getulismo e trabalhismo*. Série Princípios, São Paulo: Ática, 1989.
- GORENDER, Jacob. *A burguesia brasileira*. São Paulo: Brasiliense, Coleção Tudo é história, 1990.
- HALL, Michael. *Corporativismo e fascismo: as origens das leis trabalhistas no Brasil*. In: ARAÚJO, Angela (Org.). *Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. Coleção Mundo do Trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.
- HARDMAN, Foot et al. *História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte*. São Paulo: Ática, 1991.
- KOVAL, Boris. *História do proletariado brasileiro: 1857 a 1967*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982.
- EDITORIAL JORNAL GAZETA DO POVO. Consolidação das leis trabalhistas. Curitiba/PR, 20 ago. 1943.
- _____. Depois da guerra será consultado povo brasileiro. Curitiba/PR, 11 nov. 1943.
- MOCELLIN, Renato. *A história crítica da nação brasileira*. São Paulo: Editora do Brasil, 1987.
- MORAES, Evaristo. *Apontamentos de direito operário*. São Paulo: LTr, 1971.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995
- PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- RODRIGUES, Leôncio M. *Classe operária e sindicalismo no Brasil. Sindicalismo e sociedade*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.
- VESENTINI, Willian. *Brasil, sociedade e espaço*. São Paulo: Ática, 1989.
- VIANNA, Marly de Almeida Gomes. *Política e rebelião nos anos 30*. São Paulo: Moderna, 1995.
- VIANNA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social: o problema da incorporação do trabalhador no Estado*. São Paulo: Livraria José Olympio, 1951.
- _____. *Ensaios inéditos*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1991.
- TINOCO, Brígido. *Fundamentos históricos do direito social*. Rio de Janeiro: Editora à noite, 1955.

Orçamento público e participação ativa

Crianças e adolescentes em movimento para o exercício da cidadania

Ana Maria D'Ávila Lopes
Sheila Monteiro Uchoa

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos da participação política de crianças e adolescentes. 2.1. A criança no contexto internacional: o surgimento da Doutrina da Proteção Integral. 2.2. A criança e o adolescente como sujeitos de direitos. 3. Obstáculos à participação política de crianças e adolescentes. 4. Crianças e adolescentes em movimento: a experiência da Rede OPA. 4.1. De projeto a grupo organizado: a constituição da Rede OPA. 4.2. Quem faz a Rede OPA? 4.3. Intervenção no Orçamento Participativo de Fortaleza. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A doutrina da proteção integral, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 227 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reconhece a condição das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos. No entanto, observa-se que, entre o que dispõe a lei e a realidade, há um longo caminho a percorrer.

Embora seja reconhecida a esse grupo social a titularidade de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como de alguns específicos, em decorrência da sua condição peculiar de desenvolvimento, o que se verifica, na prática, é uma série de violações de direitos. Muitas dessas agressões são silenciadas, fato comum entre as minorias sociais, mas que se agrava em

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Mestrado/Doutorado). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Sheila Monteiro Uchoa é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-bolsista de iniciação científica do CNPq.

relação a crianças e adolescentes, posto que, vistos como incapazes, não têm suas opiniões levadas em consideração. Não é por acaso que se utiliza o termo “infância” – do latim *infans*, “aquele que não fala”, “criança” – para designar essa primeira fase do desenvolvimento do ser humano.

Persiste, no seio social, a ideia de que, durante a infância, o ser humano não tem a capacidade de se expressar, de falar por si. Por sua vez, a adolescência é vista como uma fase em que o indivíduo é naturalmente problemático e irresponsável, devendo ser controlado pela família, pela sociedade e pelo estado até que chegue à maturidade. Por essas razões, a busca pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente é protagonizada por adultos, que advogam por esses grupos, já que eles próprios não são vistos como capazes de reivindicar e exercer seus direitos de forma autônoma.

Essa realidade aos poucos se transforma, mas as mudanças não se dão espontaneamente: os avanços nos âmbitos teórico e legislativo não se têm mostrado suficientes para modificar as representações sociais consolidadas de crianças e adolescentes como objetos de proteção, controle e repressão social, e conquistar o reconhecimento da sua cidadania. Faz-se necessária, portanto, uma ação coletiva organizada, no sentido de transformar os papéis desempenhados por esses sujeitos nas relações sociais. Essa ação deve ser protagonizada, também, pelas próprias crianças e adolescentes, transformando o seu papel de meros destinatários de direitos para tornarem-se sujeitos atuantes na vida política, ao lado dos demais cidadãos.

Foi com esse objetivo que surgiu a Rede Orçamento e Participação Ativa – Rede OPA, formada por crianças e adolescentes de diversos bairros do município de Fortaleza/CE, com a finalidade de atuar na busca pelo reconhecimento e efetivação de direitos, principalmente, pela intervenção na elaboração e no controle do Orçamento Participativo.

O presente artigo tem como objetivo analisar a experiência da Rede OPA, verificando se sua atuação política demonstra a viabilidade prática da participação política de crianças e adolescentes. Para isso, far-se-á, em primeiro lugar, uma discussão sobre o significado da infância e o lugar que ela ocupa no ordenamento jurídico vigente, com foco no que respeita ao reconhecimento do seu direito de intervir ativamente nos assuntos que lhes dizem respeito, inclusive no âmbito político.

Por fim, a experiência da Rede Orçamento e Participação Ativa (Rede OPA), formada por crianças e adolescentes com o objetivo de intervir no Orçamento Participativo do município de Fortaleza, será apresentada como um exemplo que indica a viabilidade prática da participação política desse segmento social.

2. Fundamentos da participação política de crianças e adolescentes

A análise das possibilidades sócio-jurídicas da participação política de crianças e adolescentes pressupõe uma reflexão sobre o significado de *ser criança* e *ser adolescente*, afinal, falar em direito à participação do indivíduo que se encontra nessa faixa etária significa reconhecer a sua condição de sujeitos de direitos.

O que é infância? Esse questionamento, aparentemente simples, carrega inúmeras contradições e embates ideológicos em suas diferentes respostas. A diferenciação entre a infância e fase adulta é uma construção social recente na cultura ocidental europeia, contexto no qual está inserido o Brasil, tendo em vista a forte influência dos padrões culturais europeus na formação da sua cultura dominante.

“Para Ariès, o sentimento de infância data do século XIX. Até então, as crianças eram tratadas como adultos em miniatura ou pequenos adultos. Os cuidados especiais que elas recebiam, quando os recebiam, eram reservados

apenas aos primeiros anos de vida, e aos que eram mais bem localizados social e financeiramente. A partir dos três ou quatro anos, as crianças já participavam das mesmas atividades dos adultos, inclusive orgias, enforcamentos públicos, trabalhos forçados nos campos ou em locais insalubres, além de serem alvos de todos os tipos de atrocidades praticados pelos adultos, não parecendo existir nenhuma diferenciação maior entre elas e os mais velhos” (FROTA, 2007).

A ideia da adolescência é uma construção ainda mais recente, e remonta ao início do século XX. Inicialmente utilizada pela Psicologia para designar uma fase “problemática” do desenvolvimento humano, foi, posteriormente, adotada por outras áreas e o termo difundiu-se na sociedade como um todo.

Diversas concepções de infância e adolescência convivem, e esse fenômeno pode ser observado no desenvolvimento de estudos em diversos campos do conhecimento, bem como na evolução legislativa.

Na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, nos termos do artigo 1º, criança é o indivíduo na faixa etária que se estende de zero a dezoito anos, exceto nos países em que a maioria seja atingida mais cedo. No Brasil, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa de zero a doze anos incompletos, e adolescente, de doze a dezoito anos incompletos (Lei 8.069, art. 2º). Nos dicionários de língua portuguesa e no senso comum, criança é a pessoa que se encontra na fase de crescimento que vai até a puberdade. Percebe-se a dificuldade em definir com exatidão quando começa e quando termina cada uma dessas fases. Tarefa tão difícil quanto essa é a de delimitar as peculiaridades dessas etapas da vida. A concepção que cada pessoa tem de infância e adolescência varia conforme as suas peculiaridades, sua história de vida, e, também, conforme a criança e o adolescente a quem se refere.

Apesar da dificuldade em se apontar características inerentes às crianças, aos adolescentes e aos adultos, e das divergências que surgem quanto ao momento em que acaba e inicia cada uma dessas fases, não se nega a existência de peculiaridades que permitem a diferenciação entre elas. E o simples reconhecimento dessas peculiaridades já é um aspecto de grande importância: embora hoje possa parecer um fenômeno natural a diferenciação entre indivíduos em diferentes faixas etárias, isto, como dito acima, é uma construção social, reconhecida há pouco tempo no ordenamento jurídico dos países de cultura ocidental europeia, o que permitiu o reconhecimento de direitos diferenciados para os seres humanos que se encontram em cada uma dessas fases da vida.

Essa rede de igualdades e diferenças que permeiam as relações nos grupos sociais formados por crianças e adolescentes leva a uma questão fundamental quando se defende não apenas os direitos desses sujeitos, mas a própria cidadania, de modo geral: a articulação entre o direito à igualdade e direito à diferença (PINHEIRO, 2006). Segundo Elisa Reis (2006, p. 90), as demandas por cidadania

“expressam muito mais a tensão entre demandas por igualdade e por diferença, ou melhor, evidenciam os dilemas da inclusão versus exclusão que a mística do Estado nacional tendia a ocultar. Se, durante décadas, assistimos o avanço da cidadania evidenciar a igualdade, incluindo no acervo comum de direitos as camadas cada vez mais amplas da sociedade, hoje ele explicita também, com vigor crescente, demandas por direito à diferença”.

O reconhecimento de que para a efetivação do direito humano à igualdade é essencial o reconhecimento das diferenças entre os sujeitos, do que deriva a necessidade de direcionar um tratamento desigual aos indivíduos de acordo com as suas de-

sigualdades, foi a base sobre a qual erigiu o Direito da Criança e do Adolescente. O tratamento direcionado pelo Estado e pela sociedade como um todo a esses sujeitos variou da indiferença ao que hoje se convencionou denominar de *proteção integral*, cuja evolução normativa será brevemente apresentada a seguir.

2.1. A criança no contexto internacional: o surgimento da Doutrina da Proteção Integral

O período histórico que sucedeu à primeira guerra mundial ficou marcado pelo fenômeno conhecido como a “ameaça comunista” e pela expansão dos direitos sociais. A Revolução Russa de 1917 provocou, entre os países capitalistas, o medo de que o socialismo se proliferasse, gerando uma revolução mundial. Ademais, a devastação provocada pelas guerras mundiais levou um grande contingente populacional à miséria. Surge, assim, a preocupação em conceder direitos sociais, a fim de assegurar condições mínimas de dignidade aos cidadãos, evitando que a opressão vivida pelas camadas populares as levasse a aderir à proposta socialista.

Foi nesse contexto que se proliferaram os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Em 1948, a Organização das Nações Unidas – ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nela já consta uma referência à criança, embora tímida, em seu artigo XXV, “2”: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”. A grande preocupação naquele período dizia respeito às crianças nascidas “fora da família”, pois a situação de guerra gerou muitos filhos contraídos fora do matrimônio, para o que cumpriu um forte papel a violência sexual promovida pelos soldados contra as mulheres (DALLARI, 2005).

Em 1959, a ONU aprova a já citada Declaração dos Direitos da Criança. Posteriormente, no entanto, alegou-se que

declaração de direitos não é lei, não sendo, portanto, de obediência obrigatória, funcionando apenas como uma “declaração de boas intenções”, não sendo exigível, por exemplo, perante um tribunal, o que prejudica a eficácia dos seus dispositivos. Tal lógica valia, também, para a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A ONU começou, então, a elaborar novos documentos, dotados de maior grau de exigibilidade, como tratados e pactos internacionais, que obrigam os países signatários ao cumprimento das suas disposições (DALLARI, 2005).

Em 1966, a ONU aprova o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário. Esse documento prevê direitos para a criança, conforme se observa em seu art. 24, *verbis*:

“Art. 24 – 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.”

Esse Pacto avança ao se referir à generalidade das crianças e proibir a discriminação, o que se opõe à forma como a legislação brasileira veio lidando com a infância.

Embora essas declarações, pactos e tratados ainda demonstrassem uma visão tutelar, a preocupação com as crianças contida nesses documentos foi o embrião do que veio a ser a doutrina da proteção integral, apresentada no próximo item.

Em 1979, enquanto o Brasil promulgava o Código de Menores, que representou o ápice da Doutrina da Situação Irregular e do caráter tutelar do “Direito de Menores” – de caráter seletivo, direcionado a crianças e adolescentes pobres, indiferentemente do

fato de serem eles vítimas ou vitimizadores –, a ONU estabelecia aquele como o Ano Internacional da Criança (SARAIVA, 2005).

Foi realizado um balanço mundial dos avanços obtidos no que diz respeito à proteção da infância vinte anos após a Declaração dos Direitos da Criança, e verificou-se a necessidade de uma normativa internacional com força cogente. Foi proposta, então, a elaboração de uma convenção sobre o tema.

Formou-se um grupo de trabalho aberto, composto por membros de diversos países e organizações internacionais, para estudar a temática e elaborar uma proposta, do que resultou a aprovação, em 1989, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CICD). Esse documento “contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado ‘Doutrina das Nações Unidas para a Proteção Integral à Criança’” (SARAIVA, 2005, p. 56).

2.2. *A criança e o adolescente como sujeitos de direitos*

Antes mesmo da aprovação da CICD, o Brasil adotou a doutrina da proteção integral em seu ordenamento. O acompanhamento dos debates que se deram desde 1979, em nível internacional, permitiu que a Assembleia Constituinte já contasse com os subsídios necessários à previsão dessa doutrina na Constituição Federal de 1988, o que culminou na inserção do art. 227, *verbis*:

“Art. 227. 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 alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Em 1990, foi promulgada a Lei 8.069/90, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que regulamenta o art. 227 da CF/88. A partir do ECA, o Brasil reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, destinatários da proteção integral, o que se dará pela atuação conjunta da família, do estado e da sociedade como um todo (arts. 3º e 4º, ECA).

A doutrina da proteção integral, que rege a nova legislação sobre os direitos da criança e do adolescente, consiste, em síntese, na comunhão de princípios e normas destinadas a regulamentar a forma como o estado e a sociedade como um todo deverão promover, com absoluta prioridade, a dignidade desses seres em peculiar condição de desenvolvimento. Nessa doutrina, as crianças têm a sua condição de sujeitos de direitos reconhecida. Assim, em vez de objetos de proteção, controle, disciplinamento ou repressão, elas passam a ser vistas como sujeitos de todos os direitos da pessoa humana, e de alguns direitos específicos, decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A CICD é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 192 países. Somente os Estados Unidos e a Somália – que sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento – não a subscreveram. A Convenção traz o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, apresentando quatro princípios fundamentais, quais sejam: i) princípio da não-discriminação (art. 2º); ii) princípio da primazia dos interesses das crianças (art. 3º); iii) direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (art. 6º); e iv) direito a ter seu ponto de vista levado em consideração (art.12) (VIANNA, 2003).

Cada um desses princípios representa grande conquista social, e todos são observados pela legislação brasileira. O princípio da não-discriminação, ou da universalidade

de, contrapõe-se à prática anterior de tratar, na lei, apenas de determinado grupo de crianças e adolescentes, massificados na figura do “menor”.

O princípio da primazia dos interesses da criança está contemplado na legislação brasileira, com uma nova e melhor nomenclatura, o princípio da prioridade absoluta. A expressão “primazia dos interesses da criança” é vaga, dando abertura a arbitrariedades “em nome do interesse da criança”. O princípio da prioridade absoluta compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único, ECA). O rol não é taxativo, servindo como base para uma interpretação extensiva.

O direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento também estão positivados no ECA. A criança e o adolescente são seres humanos completos, e, por isso, devem gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º, ECA/90). Contudo, devido à sua condição especial de desenvolvimento, que lhes confere uma maior fragilidade e vulnerabilidade social, outros direitos específicos são assegurados.

Por fim, o direito a ter seu ponto de vista levado em consideração, aspecto de singular importância para o presente estudo, também está positivado na legislação brasileira. As crianças e adolescentes devem ser ouvidas, e deve ser assegurada a possibilidade de intervenção nos assuntos de seu interesse. Entre os direitos fundamentais protegidos pelo Estatuto, está o direito à liberdade de opinião e expressão (art. 16, II) e de participar da vida política, na forma da lei (art. 16, VI). Ainda versando sobre os direitos fundamentais desse segmento, o art. 53 do ECA dispõe que “[a] criança

e o adolescente têm direito à educação, visando ao [...] preparo para o exercício da cidadania [...], assegurando-se-lhes: [...] III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV – direito de organização e participação em entidades estudantis”.

Como se vê, o direito à participação de crianças e adolescentes, inclusive na política, está amparado pela lei, em suas diversas facetas, e decorre da nova visão sobre os componentes desse grupo social, que deixam de ser meros objetos para assumirem sua condição de sujeitos.

Apesar de o art. 16, VI, do Estatuto ainda não estar regulamentado, o direito à participação política já é reivindicado por crianças e adolescentes e começa a se tornar realidade. É o caso da Rede Orçamento e Participação Ativa – Rede OPA, que será relatado a seguir.

Como foi visto acima, o artigo 53, *caput*, afirma que crianças e adolescentes devem ter acesso à educação visando ao preparo para o exercício da cidadania. Não se deve interpretar, no entanto, que tal exercício se dará apenas no futuro. A melhor forma de se aprender a participar da política é participando. “O processo de aprendizagem política desencadeado pela própria experiência de participação aumenta o senso de ‘eficácia subjetiva’ ou ‘eficácia política’ dos cidadãos, isto é, a percepção relativa à própria capacidade de atuar politicamente”. (VIANNA, 2003).

Não basta a positivação da Doutrina da Proteção Integral para tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos atuantes. É pela participação ativa que o indivíduo se faz verdadeiramente sujeito; é pelo exercício da cidadania que o indivíduo se faz cidadão.

“A participação ativa, além de romper com a cultura política tradicional, também estimula o indivíduo a comprometer-se com o processo de conquista da sua condição de sujeito, cidadão ativo, pois o indivíduo, ao

nascer, não é sujeito. Ele se faz sujeito à medida que constrói as relações políticas e sociais na sociedade, o que equivale a dizer que ele decide sobre a sua condição de ser sujeito a partir do exercício efetivo da cidadania” (OLIVEIRA, 2003, p. 72-73).

Assim, uma vez obtidas as conquistas no plano normativo, faz-se imprescindível a atuação da sociedade e do estado no sentido de tornar a proteção integral da infância uma realidade. De nada adianta a criança e o adolescente terem sua condição de sujeitos de direitos reconhecida, se não encontram meios de exercer seus direitos.

A concepção de crianças e adolescentes como objetos ainda exerce grande influência na forma como a sociedade encara esse segmento, o que dificulta o reconhecimento de que os mesmos são capazes de participar ativamente da política. No entanto, de forma organizada, é possível reverter esse quadro.

Há, no Brasil, diversos mecanismos de participação popular previstos em lei. Embora alguns deles restrinjam a participação dos não-eleitores, muitos podem ser protagonizados por crianças e adolescentes. Como exemplo, pode ser citada a participação na elaboração e fiscalização do orçamento público, e no planejamento das cidades, conforme o plano diretor participativo (PDP). Nas leis que preveem essas formas de participação popular, não consta restrição quanto à idade dos cidadãos que poderão participar. Em Fortaleza, foi institucionalmente reconhecido o direito de crianças e adolescentes intervirem na construção do Plano Diretor do município, por meio da participação em audiências próprias para esse segmento:

“PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO DE FORTALEZA
REGIMENTO INTERNO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS TERRITORIAIS E TEMÁTICAS
[...] Art. 5º Crianças e adolescentes poderão participar das audiências

públicas territoriais, com direito a voz.

Parágrafo único: Crianças e adolescentes menores de 16 anos terão uma audiência específica para eleição dos delegados do seu segmento”.

O direito à participação desse grupo também foi reconhecido no Orçamento Participativo de Fortaleza, conforme se demonstrará adiante.

Quanto aos conselhos de gestão co-participada, há um exemplo que inclui a participação de crianças e adolescentes de forma menos controversa, que é o caso do conselho escolar. Os conselhos escolares são instâncias corresponsáveis pela gestão administrativa, financeira, política e pedagógica das escolas. Todas as escolas devem ter seu conselho, que deverá ser composto por membros da direção, pais, estudantes, professores e funcionários e terá a possibilidade de normatizar, deliberar e avaliar a condução da unidade escolar, contribuindo para descentralizar a administração e reforçar o papel da comunidade nas decisões da escola. A regulamentação desse conselho é de competência da esfera da respectiva instituição de ensino. Seu fundamento jurídico encontra-se no art. 14 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Em relação aos demais conselhos de co-gestão, não há restrição legal para a participação de crianças e adolescentes. Decerto a defesa da participação desse grupo nesses espaços é um grande desafio, pois os conselhos não têm estrutura e dinâmica apropriadas para uma participação de qualidade. No entanto, a falta de estrutura e metodologia adequadas não pode ser alegada para negar o direito de qualquer cidadão participar: esses elementos devem, ao contrário, ser melhorados para permitir uma intervenção de qualidade.

Quanto ao plebiscito, ao referendo e ao veto popular, esses são instrumentos restritos aos eleitores. No entanto, a participação de crianças e adolescentes que não possuem título pode-se dar com a inserção no debate

sobre os assuntos objetos de deliberação popular. Eles têm direito ao acesso a todas as informações pertinentes à matéria que será objeto de aprovação ou reprovação popular, e podem utilizar tais informações para intervenções que influam na decisão que será tomada, como a realização de campanhas, distribuição de *folders* informativos com suas opiniões, abaixo-assinados etc. O mesmo pode ser feito em relação às eleições de representantes políticos: os não-eleitores devem manter-se informados, e podem realizar intervenções de caráter educativo, a fim de contribuir com o processo eleitoral.

A iniciativa popular pode contar com a contribuição de crianças e adolescentes na elaboração do projeto de lei. Suas assinaturas, porém, não serão contabilizadas para efeito do que dispõe o artigo 13 da Lei nº 9.709/98.¹

No que diz respeito à ação popular, embora crianças e adolescentes não possam ingressar em juízo, em função do que dispõe o art. 1º, §3º, da Lei nº 4.717/65, esse é apenas um instrumento entre vários que podem ser utilizados para fiscalizar a atuação do estado. Eles têm o direito de petição e obtenção de certidões, e, com esses mecanismos, podem realizar uma ação articulada com o intuito de combater atos lesivos ao patrimônio público, dando publicidade às irregularidades das quais tomarem conhecimento. Com as informações levantadas, outros cidadãos terão a possibilidade de ingressar em juízo com uma ação popular.

Ademais, existem diversos atores sociais que podem suprir as faculdades negadas às crianças e adolescentes, contribuindo para, a partir de uma atuação articulada, tornar efetiva a sua participação, como os representantes do Ministério Público, os defensores

¹ Cf. Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, 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.

públicos e as diversas ONGs que prestam assessoria aos movimentos sociais.

3. *Obstáculos à participação política de crianças e adolescentes*

Diversas barreiras à participação popular e, conseqüentemente, à construção de uma democracia participativa são levantadas, sendo algumas de ordem prática, e outras de cunho ideológico.² Ao se falar em participação política de crianças, tais barreiras parecem ainda maiores, e, para esse grupo social específico, somam-se outras dificuldades. A análise da participação política de crianças exige a discussão sobre tais desafios, verificando como superá-los, reduzi-los ou conviver com eles.

Alguns dos principais argumentos contra a participação popular são: a) o excesso de democracia causa apatia política; b) o povo não tem conhecimento suficiente para decidir; c) o povo é manipulável; e d) o excesso de participação levaria à ingovernabilidade.

Bobbio (2004) alega que o excesso de democracia pode gerar apatia política, e que “[n]ada ameaça mais matar a democracia do que o excesso de democracia”.³ Diante dessa assertiva, cabe ressaltar que defender a democracia participativa não significa acreditar que os cidadãos devam ser consultados sobre todos os assuntos de interesse coletivo. Não seria possível, dessa forma, tomar todas as decisões necessárias, e os intermináveis processos de discussão tornar-se-iam insuportáveis para qualquer cidadão. O que se exige é que o povo possa

² Adota-se, na presente análise, o conceito de ideologia trabalhado por Chauí (2001), como uma visão histórica, social e política que oculta a realidade, a fim de manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política.

³ “O excesso de participação [...] pode ter como efeito a saciedade política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é freqüentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia do que o excesso de democracia” (BOBBIO, 2004, p. 38-39).

eleger as prioridades, apontar quais matérias devem ser submetidas à deliberação ou à consulta popular e qual a periodicidade ideal dos espaços deliberativos, como é o caso dos orçamentos e planos diretores participativos. Defende-se, ainda, que o povo possa reivindicar a revisão de medidas que não tenham sua validade originariamente vinculada à deliberação ou à consulta popular; o veto popular é um instrumento que viabiliza essa proposta. O referendo e o plebiscito, caso pudessem ser convocados por iniciativa popular, também trariam uma grande contribuição nesse sentido.

Dados sobre a participação popular no Orçamento Participativo de Porto Alegre apontam, ademais, indícios de que o povo está disposto a participar mais intensamente. Wainwright (2005) mostra o quanto a participação naquele município cresceu a cada ano: 1.000 pessoas em 1990, 3.700 em 1991, 10 mil em 1993, 20.000 em 1997 e em torno de 40 mil em 2002.

A falta de preparo intelectual do povo também é um argumento bastante recorrente. Decerto a educação é um aspecto de grande relevância para o desenvolvimento da democracia, constando, por essa razão, como uma das reivindicações históricas de movimentos populares. Existem, inclusive, diversas iniciativas no sentido de suprir a deficiência do estado no campo educacional, que variam desde propostas assistencialistas desenvolvidas por ONGs em comunidades economicamente desfavorecidas, para alfabetizar ou ofertar um ensino técnico visando ao ingresso no mercado de trabalho, até propostas emancipatórias, como a desenvolvida pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, que preza pela educação de qualidade – formal, inclusive, mas não apenas – dos seus membros desde a infância.

É inegável a importância da educação para o desenvolvimento da participação popular. Mas, negar o direito dos cidadãos de participarem da política por não terem acesso ao ensino é uma dupla violação

de direitos: a educação é um direito fundamental que exige prestações do estado para ser efetivado; se boa parte do povo não tem acesso à rede de ensino, ou se o ensino oferecido não propicia um nível de formação que seja considerado adequado para que os cidadãos se tornem autônomos, capazes de decidir sobre o destino da sociedade da qual fazem parte, é sinal de que o estado não está cumprindo a sua obrigação de ofertar um ensino universal e de qualidade para todos. Impedir a participação política dos grupos excluídos dos espaços formais de educação significa impedi-los de contribuir para a transformação dessa realidade.

Ademais, diversas decisões políticas não exigem conhecimento técnico para serem tomadas, mas, sim, para serem efetivadas, e esse é o grande papel dos técnicos. O povo conhece suas necessidades, e pode trazer uma visão da realidade que seus representantes políticos desconhecem, contribuir para uma melhor distribuição de serviços e bens públicos, revelar suas necessidades mais urgentes, avaliar a eficiência da ação estatal para a resolução de conflitos de ordem pública, propondo soluções alternativas, entre diversas outras ações.

A alegação de que o povo é facilmente manipulado está bastante associada à crença na sua falta de preparo para tomar decisões políticas, além da visão de que o povo é passional, sendo facilmente ludibriado por discursos demagógicos e carismáticos.

Tal argumento poderia também ser levantado contra a democracia representativa, pois, se o povo é manipulável para tomar decisões, também o será para escolher seus representantes. Nesse caso, parece mais democrático permitir que o povo erre decidindo por conta própria do que por meio de um representante escolhido erroneamente, tendo em vista que este, além de também cometer erros, pode utilizar seu cargo em benefício próprio, obtendo vantagens indevidas, fenômeno rotineiro nas democracias atuais.

Destaque-se, ainda, que os representantes políticos não estão livres da manipulação. É de conhecimento público o envolvimento dos parlamentares e chefes do Executivo com grupos econômicos, que financiam suas campanhas em troca de benefícios. Portanto, embora a problemática da manipulação popular possa ser real, não é um argumento utilizável contra a participação em favor da representação, tendo em vista que o sistema representativo também enfrenta, talvez com maior dificuldade, esse desafio.

A ameaça da ingovernabilidade é um assunto que merece atenção, quando se fala em democracia participativa. É comum que se associe a participação popular direta ao modelo de democracia ateniense, em que a totalidade dos cidadãos se reunia em assembleia e decidia sobre todos os assuntos políticos. Rousseau (1996) mencionou os limites que, para ele, tornou impossível esse modelo nos estados modernos, entre os quais estão as dimensões territoriais e populacionais, a complexidade social e as desigualdades econômicas.

Para construir uma democracia participativa, esses fatores devem ser estudados, e encarados como desafios a serem superados. Os processos participativos desenvolvidos em municípios brasileiros têm favorecido a criação e a melhoria de mecanismos de participação direta, reduzindo progressivamente essas dificuldades. A realização de assembleias territoriais (por bairros ou por regiões), a escolha de delegados, a criação de espaços específicos para as minorias, assegurando a sua participação, além da elaboração de instrumentos pedagógicos com o fito de preparar os cidadãos para a tomada de decisões são alguns dos instrumentos utilizados para superar os atuais desafios da democracia participativa. A representação não é totalmente excluída nesse modelo democrático; ela é necessária para superar os limites da participação direta, mas não se deve sobrepor a esta.

Contra a participação política de crianças e adolescentes, surgem, além dessas,

outras alegações, como as de que eles: a) não têm maturidade suficiente para decidir; b) ainda não compreendem diversos assuntos; c) teriam o seu desenvolvimento prejudicado devido ao engajamento político precoce; d) não levam nada a sério, muito menos a política.

O argumento da imaturidade guarda relação com a visão de crianças e adolescentes como seres incompletos, projetos de adultos, e, portanto, com algumas deficiências em relação a estes. Essa ideia de “incompletude”, embora esteja progressivamente sendo superada, é apontada por Clarisse Cohn (2005) como uma das maiores dificuldades que a antropologia enfrenta para estudar as crianças:

“As razões [para o fato de estudar as crianças ser um desafio para a antropologia] são muitas, e a principal parece ser justamente a dificuldade em reconhecer na criança um objeto legítimo de estudo. Afinal, em várias esferas, que vão do senso comum às abordagens do desenvolvimento infantil, pensa-se nelas como seres incompletos a serem formados e socializados. [...] nas últimas décadas, acontece uma reviravolta, e elas ganham espaço e legitimidade em uma variedade de estudos. [...] começou-se a perceber na criança um sujeito social” (COHN, 2005, p. 10-11).

Cohn apresenta diversos estudos da antropologia sobre a criança, demonstrando que, nessa área do conhecimento, assim como ocorreu na Psicologia Social e no Direito, a compreensão sobre as crianças sofreu grandes transformações, e determinados aspectos, antes considerados naturais nesses sujeitos, foram desconstruídos. De início, os estudos estavam marcados pela cisão entre a vida adulta e a da criança, e remetiam a uma ideia de imaturidade e desenvolvimento da personalidade madura. Assim, supunham como fim último do processo de desenvolvimento o adulto ideal da sociedade em questão. Recusava-se

à criança um papel ativo na consolidação e definição de seu lugar na sociedade: elas eram vistas como receptáculos de papéis que desempenhariam na sociedade, no tempo apropriado (COHN, 2005, p. 15-16).

Essa visão de crianças como receptáculos de informações, “miniadultos”, cidadãos somente em potencial, impede que se vislumbre sua participação política ativa. No máximo, defende-se que elas sejam educadas para a cidadania. Entretanto, essa é uma ideia construída socialmente, que vem perdendo espaço para a concepção de crianças como sujeitos de direitos, conforme se observa ao analisar a evolução da legislação referente à infância no Brasil e no plano internacional.

Cohn (2005, p. 21) afirma que a revisão de diversos conceitos da antropologia permitiu que se passasse a ver as crianças de uma maneira inteiramente nova, como seres sociais plenos: “[a]o contrário de seres incompletos, treinando para a vida adulta, encenando papéis sociais enquanto são socializados ou adquirindo competências e formando sua personalidade social, passam a ter papel ativo na definição de sua própria condição”. De objeto inerte, a criança passa a ser vista como ser atuante, com “papel ativo na constituição das relações sociais em que se engaja, não sendo, portanto, passiva na incorporação de papéis e comportamentos sociais” (COHN, 2005, p. 27-28), e produtora de cultura, formulando sentidos próprios para o mundo que a rodeia. A diferença entre uma criança e um adulto no aspecto cognitivo, portanto, não é quantitativa, e, sim, qualitativa: “a criança não sabe menos, sabe outra coisa” (COHN, 2005, p. 33).

Não se deve pensar no conhecimento da criança como imaturo, e, sim, diferente. O reconhecimento e o respeito à diferença é a base da democracia: se todos fossem iguais, bastaria uma pessoa para tomar qualquer decisão; é porque são todos diferentes, que todos têm o direito de serem ouvidos. As crianças e os adolescentes conhecem sua realidade e suas necessidades, e têm capacidade

de opinar sobre os destinos da sociedade, posto que fazem parte dela. Essa participação na discussão de assuntos que lhes dizem respeito, se realizada pelos meios adequados e respeitando suas peculiaridades, contribuirá para o seu desenvolvimento.

A democracia participativa, como já se mencionou, não exige que todos se voltem completamente para a política, posto que o objetivo desta é o bem-estar geral da sociedade, e o ser humano, para ter uma vida digna, precisa de repouso, lazer, trabalho etc. Com relação às crianças, cuidados especiais devem ser observados em decorrência da sua condição peculiar. Um acompanhamento psicopedagógico especializado e, principalmente, a contribuição das próprias crianças na elaboração das metodologias poderá contribuir para que os limites desses sujeitos sejam respeitados nos processos participativos.

Por fim, a ideia de que crianças e adolescentes não levariam a política a sério pode ser fruto de uma má-compreensão do comportamento desses indivíduos. Assim como nessa fase da vida o ser humano pensa de modo diferente, ele age, e reage, de forma diferenciada. Não se adentrará, aqui, nos fatores biopsicossociais que podem contribuir para que eles tomem determinadas atitudes interpretadas como “antissociais”, desordeiras ou irresponsáveis pelo senso comum. Levanta-se, porém, um questionamento: como saber se crianças e adolescentes não levam a política a sério se a sociedade e o estado não os levam a sério? Sua condição de cidadãos, bem como seu direito à participação, está expressamente reconhecida em lei. No entanto, tais direitos parecem não ser vistos com seriedade, assim como as reivindicações desses sujeitos não são ouvidas com atenção. Se, em vez de terem suas regras de conduta totalmente impostas pela sociedade, crianças e adolescentes participassem da sua elaboração, talvez eles as encarassem com maior seriedade. Ademais, muitos aspectos da vida política vêm, cada vez menos, sendo

levados a sério pelos eleitores, que são, em sua maioria, adultos.

No próximo item, será apresentada a experiência da Rede Orçamento e Participação Ativa, do município de Fortaleza – Ceará, investigada com o intuito de verificar a viabilidade prática da participação política de crianças e adolescentes.

4. Crianças e adolescentes em movimento: a experiência da Rede OPA

A presente seção é dedicada à análise da Rede Orçamento e Participação Ativa, Rede OPA, experiência considerada inovadora, cujos elementos serão de grande relevância na discussão sobre a possibilidade de participação política de crianças e adolescentes.

A coleta dos dados aqui apresentados foi realizada em uma pesquisa de campo, com o intuito de melhor conhecer a dinâmica da Rede OPA e o perfil dos seus membros. Nesse esteio, houve, durante o primeiro semestre do ano de 2008, o acompanhamento de diversas reuniões do grupo, entre as quais, as assembleias de avaliação e planejamento, debates, reunião do Conselho do Orçamento Participativo de Fortaleza, e uma assembleia deliberativa do Orçamento Participativo Criança e Adolescente (OP Criança e Adolescente). Ainda, entre as atividades realizadas na pesquisa de campo, foram realizados questionários semiestruturados com os adolescentes da Rede.

Os conteúdos adquiridos na pesquisa de campo foram associados a um levantamento documental, com o intento de resgatar o histórico da Rede OPA e as avaliações feitas até então.

A seguir, serão apresentados os resultados oriundos das informações obtidas.

4.1. De projeto a grupo organizado: a constituição da Rede OPA

A Rede OPA é composta, atualmente, por adolescentes e jovens adultos residentes no município de Fortaleza. O grupo surgiu

a partir do projeto intitulado “Adolescentes em Ação, Orçamento com Participação”, desenvolvido pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará (CEDECA-CE), entre os anos 2002 e 2004.

O projeto teve como objetivo capacitar adolescentes moradores de bairros da periferia de Fortaleza, para conhecerem e intervirem nas questões relacionadas ao orçamento público municipal. Os adolescentes foram escolhidos em função do seu engajamento em atividades desenvolvidas pelas ONGs Diaconia e Sociedade Redenção, nos bairros Pirambu, Granja Portugal e Planalto Pici.

Para trabalhar com esse público, a equipe do CEDECA-CE passou por um período de capacitação, tendo em vista que seus membros não possuíam experiência em trabalho direto com adolescentes e, portanto, não conheciam metodologias apropriadas para esse fim. A formação ocorreu por meio de oficinas pedagógicas e visitas a projetos que trabalhavam com orçamento público ou protagonismo juvenil, tais como “Prefeito Criança” (Camaragibe/PE), “Centro Cultural Luiz Freire” (Olinda/PE), “Municípios Escolares” (Lima/Peru) e a coordenação do “Orçamento Participativo” (Porto Alegre/RS) (CENTRO..., 2004)

Finda a capacitação de sua equipe, o CEDECA-CE realizou, em janeiro de 2003, o mapeamento dos grupos de adolescentes de Fortaleza, buscando parcerias com outras ONGs. Uma vez formado um grupo de cinquenta adolescentes que participariam do projeto, procedeu-se à apresentação da proposta de trabalho, seus objetivos e metodologia. Em maio de 2003, foi iniciado o processo de formação sobre orçamento público, o que serviu de base para que os adolescentes participantes no projeto elaborassem suas próprias propostas de emenda ao projeto de lei orçamentária do município de Fortaleza, em novembro de 2003 (CENTRO..., 2004).

Naquele ano, ainda não havia mecanismos de participação direta dos cidadãos na

elaboração da lei orçamentária de Fortaleza. Por isso, o primeiro passo dado pelo grupo de adolescentes, após a capacitação, foi buscar meios para que pudessem propor as suas emendas diretamente à Câmara Municipal, quando da discussão e aprovação da referida lei pelos vereadores. Ao total, foram apresentadas 33 (trinta e três) emendas.

No ano de 2004, o projeto “Adolescentes em Ação, Orçamento com Participação” foi novamente executado, dessa vez com um grupo de quarenta novos adolescentes, mas com a novidade de contar com o auxílio de dez jovens que haviam participado no ano anterior. A metodologia de capacitação e proposição de emendas ocorreu de forma semelhante àquela desenvolvida em 2003. Ricardo Souza (2005)⁴, integrante da Rede OPA, ao ser questionado sobre os resultados do projeto, responde:

“Em 2003, apresentamos 33 propostas, e três foram aprovadas. Em 2004, apresentamos pouco mais de 20, e nove foram aprovadas. Isso é um avanço. Mas temos que levar em conta que, em 2003, não havia ainda o orçamento participativo na cidade. Nossas propostas eram apresentadas por intermédio de um vereador, que levava para o conjunto de vereadores, e estes decidiam quais propostas entrariam em votação. Em 2004, nossa vitória foi maior ainda porque as nove propostas foram aprovadas, os vereadores entraram em um consenso e não precisaram de votação”.

Em 2005, a nova gestão da Prefeitura de Fortaleza implementou o Orçamento Participativo (OP), processo de elaboração do orçamento público com a participação direta da sociedade, o que significou um grande avanço nas possibilidades para a participação popular na gestão do Município. Com a mudança, os adoles-

centes entenderam que a busca por vias de participação direta na elaboração do orçamento estava superada. O desafio, a partir de então, seria organizarem-se para intervir com qualidade no mecanismo que fora instituído pela nova gestão municipal. Formou-se um grupo,

“[...] não mais com a intenção de capacitar novos adolescentes, mas sim trabalhar com os que já estão capacitados para serem os responsáveis pela garantia dos seus direitos, dando início a uma rede de adolescentes e crianças, que depois se chamaria rede OPA – Orçamento e Participação Ativa, tendo como principal objetivo o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos pela sociedade e pelo poder público, e lutar pela construção de uma sociedade que não as exclua e reconheça sua condição de pessoa humana, aptas a participar da vida política da sua cidade, Estado ou nação” (REDE OPA, *on line*).

A relação do grupo de adolescentes com o CEDECA-CE transformou-se em parceria, passando a Rede a ser dirigida por seus próprios membros. O papel da ONG passou a ser de assessoria e suporte estrutural.

Reconhecendo a necessidade de capacitação constante, o grupo definiu como metas, inicialmente, a participação em diversos seminários, fóruns, conferências e a realização de intercâmbios com outras experiências de mobilização de crianças e adolescentes, a fim de obter um conhecimento amplo da realidade social, o que se refletiria na qualidade das demais intervenções políticas.

4.2. Quem faz a Rede OPA?

O perfil dos adolescentes que integram a Rede OPA foi devidamente levantado mediante a aplicação de questionários semiestruturados, conforme já relatado supra. Além disso, o acompanhamento das atividades possibilitou, em certo grau,

⁴ Ricardo Souza, na época em que concedeu a entrevista, estava com dezoito anos, mas participa de movimentos sociais desde os doze.

a sistematização de impressões que contribuem para uma análise qualitativa quanto à sua atuação.

A faixa etária dos respondentes variou entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, enquanto a idade em que começaram a participar de alguma forma de intervenção política variou de 7 (sete) a 15 (quinze) anos. Os dados revelam, portanto, uma “iniciação” na vida política considerada bastante precoce segundo concepções mais resistentes à participação de crianças e adolescentes. Contudo, apesar da idade, o que se verificou foi uma qualidade nas intervenções públicas superior à de diversos adultos.

No tocante ao tipo de movimento político do qual fazem ou fizeram parte, todos os respondentes declararam que não possuem qualquer envolvimento com partidos políticos, tendo demonstrado, inclusive, reações de repulsa a essa forma de organização política. A atuação ocorre em movimentos sociais, movimentos de bairro, grupos de jovens que discutem temas como sexualidade e planejamento familiar e projetos de organizações não-governamentais, além das atividades da Rede OPA.

A maioria dos adolescentes que responderam ao questionário é do sexo masculino; no entanto, percebeu-se que, nas reuniões, o número de intervenções era mais intenso por parte das meninas, o que indica que elas apresentam um maior grau de desprendimento para se manifestar em público.

Quanto à residência, constatou-se que os adolescentes moram em bairros considerados de periferia. Esse dado, aliado à renda familiar, evidencia um padrão de vida que pode ser qualificado como de baixa renda. Com efeito, quase a totalidade dos respondentes do questionário declararam ter renda familiar de até 2 (dois) salários-mínimos. A despeito da situação econômica e do acesso a bens e serviços públicos, a participação dos adolescentes tem sido constante e qualificada, indicando que o fator renda não impede sua atuação em processos participativos.

Um fator que se apresenta como relevante e que pode explicar o nível de participação dos adolescentes é a escolaridade. Do grupo pesquisado, verificou-se que quase a totalidade está em série compatível com a idade, ou até concluiu o ensino médio precocemente, como identificado em um dos casos.

Por fim, quanto à dificuldade de participação por parte de crianças e adolescentes, repetidas respostas indicaram a ausência de uma formação voltada aos processos democráticos, bem como de informações suficientes.

A seguir, proceder-se-á a uma análise de como a Rede OPA tem-se organizado para atuar no Orçamento Participativo de Fortaleza e de suas principais reivindicações e conquistas.

4.3. Intervenção no Orçamento Participativo de Fortaleza

O Orçamento Participativo é um mecanismo de participação popular por meio do qual os cidadãos contribuem diretamente para a elaboração da lei orçamentária, definindo as prioridades da aplicação dos recursos. Em Fortaleza, o processo conta com as seguintes instâncias (PREFEITURA..., 2007):

a) assembleias preparatórias: são espaços eminentemente educativos, destinados à preparação do povo para as deliberações;

b) assembleias deliberativas: são espaços em que o povo delibera sobre as prioridades que serão dadas na utilização dos recursos públicos do Município;

c) fóruns de delegados: nos fóruns, os delegados debatem, contribuem com a construção e acompanham o processo do OP em cada região. Além disso, eles acompanham e fiscalizam a execução das ações do OP, e, com isso, exercem o controle social das demandas. Os fóruns podem-se reunir de forma autônoma, e neles são eleitos os conselheiros que representarão a cidade no Conselho do OP (COP);

d) conselho do orçamento participativo (COP): o COP reúne os conselheiros eleitos nos Fóruns Regionais de Delegados e na Plenária Municipal dos Segmentos Sociais. É o órgão máximo de deliberação do OP. Os conselheiros participam das negociações com os representantes do Governo Municipal e definem quais as obras e serviços que vão compor o Plano de Obras e Serviços – POS que serão atendidos prioritariamente. O COP regulamenta todo o processo do Orçamento Participativo de Fortaleza, sendo responsável pela revisão e definição do regimento do OP a cada ano;

e) fórum municipal de segmentos sociais: é o fórum que reúne delegados e delegadas dos segmentos sociais específicos (mulheres, negros, portadores de deficiência, etc.). Nesse espaço podem ser aprofundadas as demandas específicas, bem como as estratégias de intervenção para ações ou políticas voltadas para esses segmentos. É também nesse Fórum que acontece a votação dos conselheiros que os representarão no COP.

f) fórum municipal do OP Criança e Adolescente: espaço próprio para os delegados do OP Criança e Adolescente, com formato e linguagem diferenciados. Tem as mesmas atribuições dos demais fóruns, inclusive a de eleger os conselheiros que os representarão no COP.

Em sua primeira versão, no ano de 2005, o Orçamento Participativo, promovido pela Prefeitura de Fortaleza, não previa a participação de crianças e adolescentes. Contudo, no ano seguinte, após intensa mobilização, na qual a Rede OPA teve papel preponderante, foi criado o OP Criança e Adolescente, com atividades exclusivas para esse segmento social.

O OP Criança e Adolescente ocorre em assembleias territoriais e escolares abertas para qualquer pessoa com idade de seis a 17 anos. O segmento apresenta propostas sobre serviços e obras para a cidade, de caráter geral, e não apenas vinculadas às demandas da juventude.

“Os objetivos das assembleias do OPCA são os mesmos do OP nos bairros. As crianças e os adolescentes apresentam e escolhem os serviços e as obras que eles consideram mais importantes para a cidade e elegem os seus representantes. As propostas do OPCA não representam demandas apenas para esse segmento, também podem ser idéias para a cidade. As votações de demandas e de delegados/as acontecem da mesma forma, obedecem aos mesmos critérios. Os delegados/as eleitos participam do Fórum Municipal do OP Criança e Adolescente e elegem conselheiros/as para o Conselho do Orçamento Participativo. Desta forma, apesar de ter assembleias próprias, é importante destacar que o OPCA é um processo totalmente integrado ao OP, participando do mesmo conselho e deliberando o mesmo conjunto de obras e serviços para a cidade” (PREFEITURA..., 2007).

Os adolescentes da Rede OPA apontam problemas relacionados à metodologia e à postura dos facilitadores. Segundo seus relatos, na experiência de 2006, as assembleias eram realizadas da mesma forma que a dos adultos, com explicações sobre orçamento e sobre a metodologia da deliberação, em linguagem inadequada para o público a que se dirigia, o que gerava dispersão das crianças e adolescentes, e, conseqüentemente, impaciência nos facilitadores. Outro problema indicado foi a manipulação sofrida por alguns participantes, que levavam propostas prontas por educadores de projetos sociais dos quais faziam parte e de associações comunitárias dos seus bairros.

No entanto, as deficiências em relação à metodologia, bem como a problemática da manipulação, não são exclusividades dos processos de participação de crianças e adolescentes; constituem, sim, um grande desafio para a democracia participativa como um todo. Diversos movimentos que

participam do OP questionam a metodologia empregada.

Conforme se observou acima, a participação nas Assembleias pode-se dar a partir dos seis anos de idade. O mesmo ocorre com o Conselho do Orçamento Participativo (COP). No entanto, no dia 26 de janeiro de 2008, foi colocada em pauta a proposta de que somente crianças e adolescentes com idade a partir de dez anos pudessem participar do COP. A possibilidade dessa limitação foi vista com indignação pelos membros da Rede, conforme se observa na nota que adiante se lê, publicada pelo jornal O Povo:

“O direito à participação de crianças

No dia 26 de janeiro foi aprovado o novo regimento do Conselho do Orçamento Participativo (COP). Um retrocesso triste aconteceu.

O regimento aprovado exclui, de parte do processo, todas as crianças menores de dez anos.

Orçamento Participativo (OP) é um espaço no qual se discute e decide quais obras e serviços serão executados pela Prefeitura de Fortaleza. O COP, formado por delegados do OP, delibera sobre todo o processo. A alegação usada por alguns conselheiros/as que são a favor de estabelecer idade mínima de dez anos para participar do COP era de que as crianças não se concentravam, dormiam durante as reuniões e eram manipuladas por alguns adultos.

A exclusão das crianças apenas revela a falta de uma metodologia adequada que é aplicada em todo o processo e que não permite a participação ativa desse segmento. Devemos lutar pela efetivação do direito à participação, pois só conseguiremos garantir os direitos de crianças e adolescentes por meio da organização e da participação efetiva popular desse segmento, junto aos demais movimentos sociais.

Nós nos deparamos com uma velha prática de excluir do processo as pessoas afetadas com o problema, e não a causa do problema.

A Rede de Orçamento e Participação Ativa (Rede OPA) luta pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes, expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Cidc), por meio do monitoramento do orçamento público e da política destinada à infância.

O real problema é a não efetivação das obras e serviços do OP, o que, conseqüentemente, implica a não-garantia dos direitos de crianças e adolescentes, que representam mais de 30% da população fortalezense. Vamos à luta! A luta está apenas começando!” (RIBEIRO, 2008).

Ressalte-se que, na realidade, o que foi votado no dia 26 de janeiro foi a proposta de se votar posteriormente a possibilidade de limitar a participação das crianças. No dia 02 de junho, realizou-se a votação da proposta em si, e ela foi rejeitada, de modo que crianças a partir de seis anos de idade continuam com o direito de participar do COP.

Sobre esse assunto, Mara Carneiro (2008), assessora comunitária do CEDECA-CE, manifestou-se no sentido de que a proposta de limitação elaborada pelos conselheiros, se aprovada, configuraria um retrocesso, e iria contra o que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, os quais reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, inclusive para participar de todos os processos que tenham relação com a sua vida. A alegação dos proponentes dessa limitação foi a de que “as crianças não participavam ‘direito’, dormiam ou ficavam brincando na reunião” (CARNEIRO, 2008).

“Ora, por que não se fez uma discussão sobre os motivos pelos quais algumas crianças têm tal atitude?”

São só as crianças que dormem ou não participam 'direito' da reunião? Sabemos que não. O desafio da participação qualitativa ainda não foi superado. Fatores como a metodologia das reuniões, os locais onde elas ocorrem, a quantidade de vezes por semana, o horário em que terminam acabam influenciando diretamente na 'qualidade dessa participação'. Devem ser dadas tanto para as crianças como para todas as outras pessoas condições materiais e didáticas para exercerem o direito à participação ativa" (CARNEIRO, 2008).

Na pesquisa de campo, foi possível acompanhar uma reunião do COP. De fato, constatou-se que a dispersão ocorre, por parte dos participantes, independentemente da idade. Observaram-se conselheiros que, durante as deliberações, dormiam, conversavam e saíam do auditório para tomar café. No entanto, não se cogitou vetar a participação desses sujeitos, atribuindo sua dispersão à idade. Assim, a proposta de limitação à participação de crianças no COP pode ser vista como uma ação discriminatória, tendo em vista que o fundamento utilizado para essa restrição de direito se aplica a outros sujeitos, de outras faixas etárias, em relação às quais não se cogita limitar o direito de participar do Conselho.

A participação dos membros da Rede OPA no OP não se restringe aos momentos previstos institucionalmente. Eles criam ações próprias. Um exemplo dessas iniciativas foi o monitoramento da execução do Plano de Obras e Serviços, realizado no período de setembro a dezembro de 2007. Foram realizadas visitas a 52 obras e serviços por cerca de 35 pessoas, na sua maioria membros da Rede OPA, além de técnicos do CEDECA-CE.

Mediante monitoramento, foram diagnosticadas diversas fragilidades do OP: atrasos na execução de obras e serviços, divergências entre as informações presta-

das pela Prefeitura e a realidade encontrada nas visitas aos locais das obras e desconhecimento dos servidores e gestores públicos sobre o andamento e localização das obras do OP (CENTRO..., 2008).

O processo de diagnóstico incluiu a elaboração de um vídeo e de um "fanzine", em linguagem acessível, explicando o que é o Orçamento Participativo e as dificuldades e avanços do processo de monitoramento (CENTRO..., 2008), a fim de estabelecer uma melhor comunicação com as comunidades e divulgar ações da Rede.

5. Considerações finais

A participação dos cidadãos nas decisões políticas e o controle social sobre as prestações estatais são eficazes mecanismos para assegurar a legitimidade da atuação do estado, sendo válida e necessária a participação de crianças e adolescentes nesse processo, como sujeitos de direitos.

Apesar de não possuírem capacidade para votar, crianças e adolescentes se encontram contemplados pela noção de povo e cidadania, sendo, desse modo, sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de outros específicos, em decorrência da sua condição peculiar de desenvolvimento.

Quanto mais plurais forem os grupos engajados nos movimentos que contribuem com a elaboração de políticas públicas e pressionam os governantes para que estas sejam executadas de forma adequada, maior a qualidade do debate de seus membros, e melhores os frutos da pressão exercida sobre o estado.

Nesse contexto, a participação de crianças e adolescentes, assim como de todos os demais segmentos da sociedade, é essencial, na medida em que contribui com a qualidade e a com a legitimidade das decisões tomadas. Além disso, tais espaços de participação política possuem um caráter pedagógico. A democracia se constrói a partir da participação nos proces-

sos democráticos, e melhor será a formação do cidadão quanto mais cedo se iniciar o exercício da cidadania.

A atuação da Rede OPA iniciou um despertar no Município de Fortaleza em relação à possibilidade da participação política de crianças e adolescentes. Um dos frutos da pressão provocada por esse movimento foi a conquista de um espaço no Orçamento Participativo. O fato de esses sujeitos elegerem seus próprios delegados, com direito a voz e voto nas instâncias de deliberação do processo de elaboração e controle do orçamento público, representa um grande avanço para a democracia, inimaginável até pouco tempo atrás. Aos poucos, crianças e adolescentes conquistam sua condição de sujeitos ativos, fortalecendo a sua cidadania.

Existem muitos desafios a ser superados para a ampliação da democracia, em especial no que diz respeito aos aspectos metodológicos para a inclusão de crianças e adolescentes nos processos decisórios, e à credibilidade em relação à capacidade destes de exercerem a cidadania. No entanto, as conquistas do percurso são estimulantes, e demonstram a possibilidade da construção de uma nova democracia, que conte com a efetiva participação popular e respeite os direitos humanos não só das crianças e dos adolescentes, mas de todos os grupos sociais que constituam, por razões discriminatórias, minorias dos espaços de poder.

Referências

- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- CARNEIRO, Mara. O desafio da participação. Na pauta da infância. Informativo do CEDECA. ano 1. n. 1. jan./fev. 2008.
- CENTRO de Defesa da Criança e do Adolescente. Criança e adolescente em ação, orçamento com participação. Fortaleza: CEDECA-CE, 2004. Disponível em: <<http://www.idasa.org.za/gbOutputFiles.asp?WriteContent=Y&RID=1576>>. Acesso em: 15 mai. 2008.
- _____. Monitoramento expõe problemas do Orçamento Participativo de Fortaleza. In: Na pauta da infância. ano 1, n. 1, jan./fev. 2008.
- CHAUI, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Braziliense, 2001.
- COHN, Clarisse. Antropologia da criança. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Participação, controle social e garantia de direitos: por uma política para a criança e o adolescente. Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 12., 2005, Brasília (DF). Palestra... Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/e5d35728-a4e9-48fa-8458-1a0107a7d767/Default.aspx>>. Acesso em: 15 mai. 2008.
- FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferentes concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. In: Estudos e Pesquisas em Psicologia. UERJ, ano 7, n. 1, 1º semestre de 2007, p. 144-157. Disponível em: <<http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/epp/v7n1/v7n1a13.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2008.
- OLIVEIRA, Francisco Mesquita de. Cidadania e cultura política no poder local. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2003.
- REDE ORÇAMENTO E PARTICIPAÇÃO ATIVA. Informativo para a Rede Latino-Americana de Meninos e Meninas. [fornecido por e-mail, pelo CEDECA, 15 mai. 2008].
- REIS, E. As ciências sociais e o bug do milênio. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 14, n. 39, p. 5-11, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PINHEIRO, Ângela. Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: UFC, 2006.
- PREFEITURA municipal de Fortaleza. Orçamento Participativo. Disponível em: <<http://www.sepla.fortaleza.ce.gov.br/op/index.php>>. Acesso em: 26 set. 2007.
- _____. Regimento interno das audiências públicas territoriais e temáticas do Plano Diretor Participativo de Fortaleza. Disponível em: <http://www.sepla.fortaleza.ce.gov.br/planodiretor/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=0>. Acesso em: 14 set. 2008.

_____. Sítio eletrônico da Secretaria de Planejamento. Disponível em: <http://www.sepla.fortaleza.ce.gov.br/op/index.php?option=com_content&task=view&id=22 &Itemid= 22> . Acesso em: 15 mai. 2008.

RIBEIRO, Bruno. O direito à participação de crianças. O Povo. Fortaleza, 25 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/opovo/opiniaio/768370.html>>. Acesso em: 13 mai. 2008.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Ricardo. Juventude reunida por outro mundo [entrevista]. Jornal da Cidadania. Rio de Janeiro, n. 133, mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.ibase.org.br/modules.php?name=Conteudo&pid=1128>>. Acesso em: 15 mai. 2007.

VIANNA, Solon Magalhães (Coord.). Orçamento criança e orçamento participativo: a experiência brasileira. UNICEF: Brasília-DF, 2003. Disponível em: <[http://www.orcamentocrianca.org.br/docs/orcamento_crianca-orcamento_participativo .pdf](http://www.orcamentocrianca.org.br/docs/orcamento_crianca-orcamento_participativo.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2007.

WAINWRIGHT, Hilary. Poder popular no século XXI. Tradução de José Corrêa Leite. São Paulo: Xamã, 2005.

Multilateralismo e regionalismo no âmbito da liberalização do comércio mundial

Roberto de Almeida Luquini
Nara Abreu Santos

Sumário

1. Antecedentes históricos.
2. Conceituações.
3. Compatibilidade entre regionalismo e multilateralismo.
4. Teoria da integração econômica.
5. Regionalismo aberto.
6. Regionalismo e OMC.
7. Conclusões.

1. Antecedentes históricos

Na atualidade assistimos a um processo dialético entre o regionalismo e o multilateralismo: o desenvolvimento econômico depende menos de um Estado em particular e mais dos processos de integração regional, o que pode ser útil para evitar os efeitos negativos das especulações financeiras fomentadas pelo processo de globalização da economia.

Cabe ressaltar, todavia, que os acordos preferenciais de comércio, pelos quais se busca a formação de áreas de livre comércio e de uniões aduaneiras, têm sua origem ainda no século XVI. Com efeito, por volta do ano de 1547, já existiam propostas para a formação de uma união aduaneira entre a Inglaterra e a Escócia, intenção que veio a se formalizar em 1703 por meio do estabelecimento de uma união política e econômica entre tais países. Outros exemplos históricos podem ser citados, como a união aduaneira entre Suécia e Noruega, entre 1874 e 1875, e aquela pactuada por Bélgica, Luxemburgo e pelos Países Baixos (Benelux), em 1944, entre outros.

Roberto de Almeida Luquini é Professor Adjunto III do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Doutor em Direito Internacional pela Universitat de València (Espanha).

Nara Abreu Santos é graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

Frustrado o momento histórico conhecido como o Primeiro Regionalismo, na década de 1960, do qual vingou apenas a iniciativa da Comunidade Econômica Europeia, a discussão acerca da relação entre o regionalismo e o multilateralismo intensificou-se com o chamado Segundo Regionalismo, período ocorrido na década de 80, em que diversos fatores convergiram para o crescimento do número de acordos regionais formalizados e o aprofundamento – ou mesmo a expansão – dos já existentes.

Nos últimos anos que antecederam ao término da Rodada Uruguai (1986 a 1994) do então denominado GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio), verificou-se um aumento considerável do número de acordos de integração regionais notificados ao GATT. Entre os fatores que contribuíram para tal situação, merece ser ressaltado o atraso na conclusão das negociações da Rodada Uruguai, ocasionado pela complexidade de determinadas matérias, notadamente as que pretendiam liberalizar o comércio no setor agrícola, e pelos consequentes impasses negociais advindos de tais discussões, o que levou muitos países a temerem o fracasso da própria Rodada Uruguai e, conseqüentemente, da estrutura multilateral do comércio internacional.

Outro fator que abalou a credibilidade no sistema mundial de comércio foi a mudança da política norte-americana em relação aos processos de integração regional. Em 1986, os Estados Unidos da América firmaram um acordo de livre comércio com o Canadá, o que impulsionou a elaboração de acordos regionais entre outros países como uma política de segurança, diante da possibilidade de fracasso da Rodada Uruguai.

A partir de 1994, com o fim da mencionada rodada de negociações, que, entre outros resultados, culminou com a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), restabeleceu-se a confiança na estrutura multilateral do comércio internacional.

Sem embargo, percebe-se que o interesse na formação de novos blocos de integração regional sofreu um impulso, sendo que o grande desafio passou a ser a busca pela adequada interação entre tais processos e as normas e princípios do comércio multilateral erigidos nos acordos constitutivos da OMC.

2. *Conceituações*

Considerando que tanto o multilateralismo quanto o regionalismo ganharam força em função da intensificação do processo de globalização da economia, é importante visualizar um conceito do que vem a ser esse processo de globalização, sem qualquer pretensão de traçar uma conceituação definitiva e acabada, tendo em vista a polêmica existente quanto à definição do termo.

O processo de globalização caracteriza-se por ser um fenômeno complexo, parcial, desigual e contestado. De fato, trata-se de um processo complexo em função de sua falta de homogeneidade, tendo em vista que aglutina um conjunto de processos inter-relacionados que se influenciam e se transformam mutuamente. Sua parcialidade está ligada aos âmbitos materiais que o afetam e o integram. Tal parcialidade provém do fato de tratar-se de um processo inacabado e em plena evolução (GARCÍA SEGURA, 1999, p. 235).

Com efeito, a globalização é um processo de internacionalização da economia e de ampliação dos mercados para que as grandes empresas transnacionais possam obter o máximo de seu desempenho lucrativo. Os Estados nacionais acabam sendo reféns de tais interesses e se transformam em espaços políticos de consolidação dessa nova forma de expansão do capital (PIETRICOVSKY, 2001, p. 17).

É dentro desse contexto que se desenvolve o estudo do regionalismo e do multilateralismo, processos que exercem uma influência fundamental na maneira de os

Estados se relacionarem entre si, no âmbito externo, e de definirem suas políticas econômicas e sociais, no âmbito interno.

O regionalismo pode ser conceituado como a redução preferencial de barreiras ao comércio entre um subconjunto de países que podem ser, mas não necessariamente, contíguos. É importante ressaltar a discriminação como elemento constante da definição de regionalismo, pois, para que se verifique a iniciativa regional, é necessário que sejam outorgadas preferências a alguns países, mas não a todos, necessariamente (BHAGWATI, 1995, p. 22).

Entretanto, uma análise circunstanciada do fenômeno do regionalismo conduz a uma relativização desse seu conteúdo discriminatório, pois integração regional pode ser considerada como uma situação ou como um processo. Vista como uma situação das atividades econômicas, caracteriza-se pela ausência de várias formas de discriminação entre as economias nacionais. Considerada como um processo, é concebida como um conjunto de medidas cujo objetivo é abolir, de maneira progressiva, a discriminação entre as unidades econômicas pertencentes a diferentes nações (BALASSA, 1980, p. 1).

Por sua vez, o multilateralismo pode ser definido como sendo a redução indiscriminada de barreiras ao comércio, entendendo-se que o termo *indiscriminada* é utilizado no sentido de que a redução de barreiras se estende a todos os países inseridos no sistema mundial de comércio (BHAGWATI, 1995, p. 22). Tal conceito aproxima-se do próprio conceito da cláusula da nação mais favorecida, dela se distinguindo em função de o multilateralismo tratar-se de um processo ao qual serve a referida cláusula.

Após as considerações feitas até o presente momento, a grande questão que se apresenta é a seguinte: em que medida o regionalismo beneficia ou prejudica o processo de liberalização mundial do comércio? O regionalismo se contrapõe ao multilateralismo ou funciona como um

elemento complementar? É o que se discute a seguir.

3. *Compatibilidade entre regionalismo e multilateralismo*

A preocupação quanto à compatibilidade entre os processos de integração regional e o processo de multilateralização do comércio mundial defendido pela OMC encontra respaldo no aparente caráter discriminatório que envolve os primeiros, o que se comprova ser um engano diante de uma análise mais detalhada do tema.

Aparentemente, o regionalismo entraria em choque com o princípio mais importante que rege o comércio multilateral, qual seja, o da cláusula da nação mais favorecida, segundo o qual as vantagens comerciais oferecidas a um dos membros da OMC devem ser estendidas aos demais (princípio da não-discriminação). Dessa forma, a pergunta mais comum é até que ponto os processos de integração regional atuam como complementares ou obstaculizadores dos objetivos defendidos pela OMC.

É fundamental ter em vista que o multilateralismo e o regionalismo são processos que têm como objetivo a redução das barreiras comerciais entre os países, sendo que o primeiro o faz de uma maneira indiscriminada, alcançando todos os membros da OMC, enquanto o segundo se restringe a um conjunto de países, também integrantes da referida organização, mas que não se estende à totalidade dos signatários do acordo multilateral que a criou, o que poderia comprometer os objetivos maiores da liberalização mundial do comércio (CORREA, 2001, p. 68).

Reflexo de tal preocupação é percebido no fórum multilateral da OMC que levou à criação, em fevereiro de 1996, do Comitê sobre Acordos Regionais de Comércio, com o intuito de analisar os acordos regionais e seus problemas sistêmicos, a fim de verificar se tais acordos se encontram em conformidade com as disposições da OMC a respeito da mundialização do comércio.

É importante considerar que a integração regional, além de garantir os intercâmbios comerciais e financeiros intrarregionais, também caminha para novas formas de organização política, funcionando como um fator de estabilidade dos Estados Membros na ordem internacional. Ainda que o principal agente promotor da integração seja o próprio mercado (PERROUX, 2000, p. 37), por meio dela os Estados buscam recuperar parte de sua autoridade política territorial, mediante participação em organizações regionais, fortalecendo sua capacidade contratual por negociações coletivas com outros Estados e com as diversas organizações internacionais (TELÔ, 2001, p. 84).

Ainda que pareça contraditório, os acordos comerciais regionais podem, muitas vezes, servir realmente de apoio ao sistema multilateral de comércio pretendido pela OMC, pois tais acordos permitem que grupos de países negociem normas e compromissos que vão além do que seria possível multilateralmente em dado momento histórico. Por sua vez, algumas dessas normas preparam o caminho para que os países-membros desses acordos possam se fortalecer para enfrentar as dificuldades encontradas no comércio multilateral, principalmente quando se trata de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, cujas frágeis economias, se consideradas isoladamente, seriam rapidamente solapadas pelo modelo ditado pela OMC. Os serviços, a propriedade intelectual, as normas de proteção ambiental e as políticas em matéria de investimentos e concorrência são questões que se iniciaram em negociações regionais e, posteriormente, converteram-se em acordos ou temas de debate na OMC.

4. Teoria da integração econômica

Segundo Jacob Viner (1950), o impacto de uniões aduaneiras nas correntes de comércio pode causar dois efeitos: de um

lado, a criação de comércio, que é o comércio adicional criado pelo estabelecimento da aludida união aduaneira, e, de outro, o desvio de comércio, que é exatamente o comércio que foi desviado de um produtor eficiente, situado fora da união aduaneira, em favor de um produtor menos eficiente, situado entre os países-membros do acordo regional.

A criação do comércio seria benéfica para o comércio internacional, pois não afetaria negativamente terceiros países situados fora da união aduaneira. Por sua vez, o desvio de comércio resultaria prejudicial ao comércio internacional, constituindo mesmo uma espécie de protecionismo intrabloco.

Com o auxílio dessa teoria, é possível realizar uma contraposição entre o comércio criado e o desviado, medida essa que pode determinar se um bloco regional revela-se como um obstáculo ao comércio internacional ou como um elemento colaborador do desenvolvimento do livre comércio multilateral, à medida que derruba barreiras comerciais entre os membros daquele bloco, sem prejudicar sobremaneira o comércio multilateral.

É importante ressaltar que os efeitos positivos ou negativos são sempre considerados em relação ao comércio internacional, pois, em relação ao mercado interno dos países envolvidos, as vantagens são relativizadas ao benefício direto aos consumidores, representado pela possível redução no preço do bem importado. Contrapõe-se ora o desvio de comércio interno (se a economia do país era antes fechada em relação ao bem em questão), ora a diminuição na arrecadação, já que a receita alfandegária intraunião aduaneira inexistente.

Portanto, à luz de tal teoria, quanto maior a proporção de comércio criado em relação ao comércio desviado, em uma determinada união aduaneira, maior será a colaboração de tal bloco regional para que a iniciativa multilateral atinja seu objetivo de abolir as barreiras comerciais

existentes entre os Estados, sem prejuízo de terceiros Estados, não-participantes do acordo regional.

Em contrapartida, Paul Krugman (1991) afirmou que os blocos regionais poderiam acarretar a deterioração do comércio multilateral, baseando-se em fórmulas econômicas simplistas.

Suas ideias foram duramente criticadas, resultando numa reformulação de seu pensamento, elaborando o autor nova teoria segundo a qual, se o custo do transporte de mercadoria entre continentes é proibitivamente elevado, então o comércio mundial terá lugar primeiramente entre países que se situem no mesmo continente, hipótese em que o comércio regional não geraria desvio do comércio, pois seu fluxo natural seria entre os parceiros regionais (Idem).

Krugman (1991) classificou, assim, os blocos regionais em naturais e artificiais, segundo seus Estados Membros se localizassem em um mesmo continente ou em continentes diversos, sem considerar, no entanto, as diferenças entre distância geográfica e econômica. Tais conceitos adaptariam a teoria à realidade, pois buscariam um meio-termo relativamente aos custos de transporte, que, em verdade, situa-se entre zero (primeira hipótese) e o infinito (segunda hipótese).

Afere-se, portanto, que, ainda que sejam de inegável valor, tanto a teoria de Viner quanto a de Krugman não são suficientes para responder à questão que ora se analisa, qual seja: o regionalismo pode ser considerado complementar ao multilateralismo na busca pelo livre comércio mundial?

Os blocos regionais, não obstante visarem à redução das barreiras ao livre comércio – objetivo comum àquele buscado pela iniciativa multilateral –, podem suscitar alguns temores quanto à possibilidade de que tais blocos acabem por representar um obstáculo ao livre comércio mundial perseguido pela OMC. Isso porque a redução das barreiras comerciais, nos blocos regionais, beneficia apenas os países membros de tais

iniciativas, gerando uma discriminação entre tais países e os demais do sistema multilateral de comércio.

Entre os temores sobre o regionalismo, destacam-se (PELKMANS, 1993, p. 125-143):

1. O desvio de comércio suplantaria a criação de comércio e, mesmo que tal efeito não se verificasse em relação a todos os países, é possível que tal se dê em relação a determinados países;

2. A formação, ou mesmo o aprofundamento de grupos regionais, torna seus participantes menos interessados na liberalização comercial mundial; e

3. Os blocos regionais tendem a tornar-se politicamente introspectivos, no sentido de que os terceiros países ficam em segundo plano com relação a matérias de cooperação como tecnologia ou auxílio ao desenvolvimento ou mesmo política exterior.

A prática tem demonstrado de maneira irrefutável que tais temores são absolutamente improcedentes, haja vista a participação cada vez maior da União Europeia no desenvolvimento do comércio multilateral. O fortalecimento e a ampliação da integração econômica no continente europeu não impediu que o referido bloco econômico ampliasse suas relações comerciais com outros países, e mesmo com outros blocos econômicos, como é o exemplo de acordos firmados com o México e do acordo de associação inter-regional que está em negociação com o MERCOSUL, com o qual mantém estreitas relações de comércio e cooperação (LUQUINI, 2003, p. 66). É a prática do chamado regionalismo aberto, que passa a ser analisado a seguir.

5. Regionalismo aberto

Em meio à discussão quanto aos temores advindos do surgimento de blocos regionais elencados por Pelkmans e quanto aos efeitos causados pelos mesmos ao comércio multilateral, nasceu a expressão *regionalismo aberto* para identificar os pro-

cessos de integração regional que pretensamente não acarretariam obstáculos ao desenvolvimento do comércio multilateral. Ao contrário, colaborariam para a diminuição das barreiras comerciais entre os Estados Membros da iniciativa regional, que, por decorrência, também são interessados no sucesso da iniciativa multilateral, como membros que são da OMC, sem gerar qualquer tipo de prejuízo para os países não membros do bloco regional. No regionalismo aberto, o efeito do desvio de comércio é atenuado pela diminuição das barreiras tarifárias impostas pelos blocos regionais em relação a terceiros países, iniciativa esta que dificilmente ocorreria com todos os países desses blocos considerados individualmente. Tal iniciativa significa geração de novas relações de intercâmbio comercial, colaborando para o fortalecimento do sistema multilateral de comércio.

Na lição de Celso Lafer (1996, p. 97), expressões como *building blocks* ou regionalismo aberto, embora não unanimemente aceitas ou definidas, têm sido usadas para expressar essa visão de regionalismo como fator positivo para o desenvolvimento do comércio internacional. A articulação da pluralidade de comunidades – a de vocação universal (OMC) e as de vocação regional – dá-se mediante o reconhecimento da dualidade de regimes jurídicos que devem ser compatíveis e congruentes, mas que não tendem, necessariamente, à convergência pela identidade.

Gary Sampson (1996) sugere que

“Os países partícipes de acordos regionais claramente não vêem contradição entre perseguir um caminho mais rápido de liberalização pela integração regional, enquanto perseguem a mais distante abertura global do mercado através da liberalização multilateral”.

Para a OMC, os blocos regionais interessantes são aqueles que suprimem ou reduzem os obstáculos ao comércio dentro do grupo. Em particular, esses acordos

devem contribuir para que os intercâmbios fluam com maior liberdade entre os Estados Membros do bloco sem gerar obstáculos ao comércio destes com terceiros países não-participantes do bloco. Em resumo, a integração regional deve complementar, fortalecer, e não ameaçar o sistema multilateral de comércio.

6. Regionalismo e OMC

É importante ressaltar que, na atualidade, a maioria dos membros da OMC é formada por países em desenvolvimento e o sistema desenhado pela organização preocupa-se não só com a expansão do comércio internacional puramente considerada, mas, sim, como um instrumento da promoção do desenvolvimento e da redução das desigualdades. Para tanto, deve-se buscar mecanismos garantidores da inserção de tais países no mercado internacional de forma competitiva, muitas vezes com tratamento diferenciado das grandes potências econômicas mundiais.

Segundo Fernández Rozas (1999, p. 164),

“La integración regional es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional. Las dificultades hacia la practicabilidad por parte de muchos Estados del área de una actuación fuerte en el contexto mundial exige la creación de esfuerzos integrados para mantener con viabilidad una posición común que sea convincente. Dicho de otro modo, se trata de propiciar la aparición de un ‘nuevo actor’ en el comercio internacional reconocido por su potencial y participación efectiva por la comunidad internacional”.

Nesse sentido, os países em desenvolvimento necessitam de flexibilidade quanto ao prazo para aplicar os acordos firmados.

E, por sua vez, os acordos incorporam as disposições anteriores do GATT que prevêem assistência e concessões comerciais especiais para os países em desenvolvimento. Nos acordos da OMC, reconhece-se que os acordos regionais e a maior integração econômica podem beneficiar tais países. Com efeito, a participação em processos de integração regional é muito importante para os países em desenvolvimento, pois a criação de mercados regionais facilita o comércio e a adaptação dos mesmos à competição internacional, assim como possibilita que os países mais pobres possam implementar paulatinamente sua reestruturação, adaptando sua indústria exportadora, sem sua imediata exposição ao mercado internacional (TELÔ, 2001, p. 84-85). Em contrapartida, também se reconhece que, em determinadas circunstâncias, os acordos comerciais regionais podem lesionar os interesses comerciais de outros países. Normalmente, o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio violaria o princípio da igualdade de tratamento para os países membros da OMC (cláusula da nação mais favorecida). Não obstante, o artigo XXIV do GATT autoriza, excepcionalmente, o estabelecimento de acordos comerciais regionais, sob a condição de cumprirem determinados critérios.

O artigo XXIV do GATT determina que, quando se cria uma zona de livre comércio ou uma união aduaneira, deverão ser reduzidos ou suprimidos os obstáculos ao comércio, substancialmente, em todos os setores do grupo. O comércio dos países não membros com o grupo não deverá ser objeto de maiores restrições que antes de se estabelecer o referido acordo regional.

O reconhecimento da importância das iniciativas regionais para o comércio internacional pelo GATT foi expressamente consolidado no parágrafo 4º do citado artigo XXIV, no qual é definido que o propósito das uniões aduaneiras e das áreas de livre comércio deve ser o de facilitar o comércio

entre seus participantes, e não o de construir barreiras comerciais em relação aos demais países.

7. Conclusões

A configuração do novo comércio internacional, sob o ponto de vista da dialética entre o multilateralismo e o regionalismo, deve ser analisada considerando-se a diversidade de processos e instrumentos da integração regional, o grau de complementaridade comercial nestes processos e também a diversidade nos níveis de integração econômica, conforme estejam esboçadas zonas de livre comércio ou uniões aduaneiras.

Nesta ordem de ideias, com todas essas nuances a serem consideradas, a análise dos efeitos dos blocos regionais no comércio multilateral deverá ser feita caso a caso, pois o regionalismo, enquanto processo integratório, não pode ser considerado, por si só, obstáculo ao livre comércio multilateral.

Ademais, a possibilidade de os blocos regionais atuarem nas negociações multilaterais, diminuindo-se o número de negociadores nas rodadas multilaterais, pode, teoricamente, dar maior agilidade às negociações multilaterais, pois, preliminarmente ao encontro multilateral, os Estados Membros dos blocos regionais decidirão qual o posicionamento do bloco, e não de cada um deles individualmente.

Destarte, ambos os processos – regionalismo e multilateralismo – podem coexistir perfeitamente sem estarem em conflito. Na verdade, a prática tem demonstrado que são processos complementares, pois o regionalismo bem direcionado contribui de forma inequívoca para o aumento do comércio mundial. Entretanto, para que isso aconteça, a OMC terá o importante papel de assegurar que os blocos comerciais estabeleçam relações entre si, em um esforço multilateral para a redução dos obstáculos ao comércio. Desta forma, acompanhar

e analisar os efeitos do regionalismo no comércio multilateral passa a ser uma das principais tarefas da OMC.

Algumas vezes descreve-se a OMC como uma instituição de livre comércio, o que não é completamente exato. O sistema permite a aplicação de tarifas alfandegárias e, em circunstâncias restritas, outras formas de proteção. É mais exato afirmar que é um sistema de normas consagrado à obtenção de uma concorrência comercial livre, leal e com o mínimo de distorções.

Conclui-se, portanto, que, para a OMC, o sistema de comércio deve ser:

1. Não discriminatório, ou seja, um país não deve discriminar entre seus interlocutores comerciais. Tampouco deve discriminar entre seus próprios produtos, serviços ou cidadãos e os produtos, serviços ou cidadãos de outros países;

2. Livre, no sentido de buscar sempre a redução dos obstáculos ao intercâmbio comercial mediante negociações;

3. Previsível, pois as empresas, os investidores e os governos estrangeiros devem confiar que não serão estabelecidos obstáculos comerciais de forma abrupta, arbitrária e repentina;

4. Competitivo, desestimulando-se as práticas desleais, como os subsídios à exportação e o *dumping*.

Dessa forma, as normas de integração regional deverão harmonizar-se com as normas multilaterais de regulação do comércio definidas acima, viabilizando a coexistência entre o regionalismo e o multilateralismo. Finalmente, é importante salientar a necessidade de convergência entre as normas formuladas no âmbito dos processos regional e multilateral para que seja trilhado de forma harmoniosa o caminho para a construção do comércio mundial livre e capaz de gerar o tão almejado desenvolvimento, em suas mais diversas facetas.

A solução passa, sem dúvida, pelo regionalismo aberto, estratégia que envolve os processos de integração regionais que

se situam em um quadro de abertura comercial e de reinserção competitiva de tais processos na economia mundial. Em semelhantes experiências de integração regional, como já se disse, o efeito do desvio de comércio é atenuado pela diminuição das barreiras alfandegárias impostas pelos blocos regionais a terceiros países.

Referências

BALASSA, Bela. *Teoría de la integración económica*. México: Ediciones Uthea, 1980.

BHAGWATI, Jadish. Regionalism and Multilateralism. In: MELO, Jaime de; PANAGARIYA, Arvind (Coord.). *New Dimensions in Regional Integration*. Cambridge University Press, 1995.

CORREA, Luís Fernando Nigro. *O MERCOSUL e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo*. São Paulo: Ltr Editora, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado. In: DIAS BARRADO, Cástor; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Coord.). *Iberoamérica ante los procesos de integración - Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, 1999.

GARCÍA SEGURA, Caterina. La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales. In: *Cursos de derecho internacional de Victoria Gasteiz - 1998*. Madrid: Editora Tecnos e Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999.

KRUGMAN, Paul. *Is bilateralism bad?*. Cambridge: MIT Press, 1991.

LAFER, Celso. Comércio Internacional Multilateral e Regionalismo. In: MARCOVITCH, J. (Org.). *Futuro do comércio internacional de Marrakesh a Cingapura*. São Paulo: USP/FIESP, 1996.

LUQUINI, Roberto de Almeida. *La asociación interregional entre la Unión Europea y el MERCOSUR: balance y perspectivas*. Valencia: Servicio Editorial de la Universidad de Valencia, (CD-ROM), 2003.

PELKMANS, Jacques. *Regionalism in World Trade: vice or virtue?* Bruxelas: European Interuniversity Press, 1993.

PERROUX, François. ¿Quién integra?, ¿En beneficio de quién se realiza la integración?. In: *Revista de In-*

tegración y Comercio - número especial 35 años. Buenos Aires: INTAL - Instituto para a Integração Económica da América Latina e do Caribe, 2000.

PIETRICOVSKY, Iara. *Globalização na América Latina - que globalização?*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2001.

SAMPSON, Gary. *Regional trading arrangements and the multilateral tradings system*. Londres: Pinter, 1996.

TELÒ, Mario. A integração regional na Europa e nas Américas. In: *O novo multilateralismo: perspectiva da União Europeia e do Mercosul*. São João do Estoril - Cascaia: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

VINER, Jacob. *The customs union issue*. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

A convalidação da Medida Provisória

Estudo comparativo com a doutrina constitucional espanhola

Luiz Eduardo Anesclar

Sumário

1. Introdução. 2. O juízo prévio pelo Congresso Nacional. 3. A convalidação do Decreto-lei pelo Parlamento espanhol. 4. A ausência de convalidação da Medida Provisória: consequências. 5. A convalidação como garantia do monopólio legislativo. 6. A reiteração da norma pelo Governo como ato de convalidação. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Convalidar um ato não é o mesmo que fazer sua conversão. A Medida Provisória, como ato da potestade legislativa do Poder Executivo, necessita ser convalidada pelo Congresso Nacional para sua validade¹ no ordenamento jurídico.

¹ “Efetivamente, o termo ‘convalidar’ significa em castelhano ‘dar validez’. É uma técnica jurídica que serve para sanar atos afetados por vícios jurídicos, de forma que, sem essa convalidação, o ato seria em si mesmo ilegítimo; todo Decreto-lei suporia um ilícito jurídico que deve ser sanado mediante a intervenção parlamentar. Entretanto, não é este o sentido que tem a instituição no ordenamento espanhol, porque a produção dos Decretos-leis se trata de uma atividade constitucionalmente lícita por parte do Governo, sem que tenha que estar submetida ao ‘saneamento’ ou ‘convalidação’ alguma que a outorgue caráter de licitude. Não nos encontramos na Espanha ante uma suscitação anglo-saxã, de *Bill of indemnity* sobre uma atividade essencialmente ilícita do Governo, senão ante uma ação com categoria de lei, lícita ainda que provisória. Pelo que a ação da chamada ‘convalidação’ não supõe nenhum tipo de saneamento pela atividade parlamentar, de nulidades ou anulabilidades presen-

Luiz Eduardo Anesclar é Doutor pela *Universidad de Granada*, Espanha. Professor da Universidade Estácio de Sá – Petrópolis. Advogado.

A convalidação da Medida Provisória, pelo Congresso Nacional, de ato do Poder Executivo, vai significar que a mesma satisfaz os requisitos constantes do art. 62 da Constituição brasileira. A partir de então, a norma passa a ter existência em conjunto com as demais normas que formam parte do ordenamento jurídico. Os pressupostos constitucionais formais e materiais para que a norma governamental seja convalidada estão no art. 62 e seu § 1º, no que respeita às proibições de regulação.

Em que pese a força de lei contida na Medida Provisória, assim que é editada pelo Governo, ela poderá ser derogada de forma expressa ou tacitamente pelo Congresso Nacional (Cf. MASSUDA, 2000, p. 1-5) quando lhe faltam os pressupostos habilitantes de relevância e urgência² ou quando essa norma incide nas proibições do art. 62, § 1º, da Constituição brasileira.

A EC nº 32/2001 não é clara a respeito da convalidação da Medida Provisória, pois, ao introduzir o § 5º no art. 62 da Constituição, ainda que não se refira à *convalidação* ou *derrogação*, implicitamente o faz ao dizer que “a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das

tes por natureza em todo Decreto-lei, senão que simplesmente dá caráter definitivo a um ato em princípio provisório, pelo que resulta mais adequado utilizar os termos ‘ratificação’ (GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. Fernández) ou ‘homologação’, porque, como destacou a S.T.C. nº 6 de 4 de fevereiro de 1983: ‘O que o art. 86.2 da Constituição espanhola chama ‘convalidação’ é mais genericamente uma ‘homologação’ respeito da situação de necessidade justificadora da iniciativa normativa baseada por esse caminho’” (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 203-204).

² “No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.” (JURISPRUDÊNCIA, ADI 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanchez, DJ 25 fev. 2000. ementário 1980-1, p. 63-64).

Medidas Provisórias dependerá de juízo prévio sobre o cumprimento de seus pressupostos constitucionais”.

Portanto, da derrogação expressa ou tácita, poderá restabelecer-se o *status quo* das relações jurídicas anteriores de sua edição. E, da mesma forma, o Congresso Nacional deverá editar o competente decreto legislativo para regular as relações jurídicas criadas durante sua curta vigência. Isso porque o art. 62, § 11º, dispõe que: “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.”

2. O juízo prévio pelo Congresso Nacional

O juízo prévio que a Constituição determina ao Congresso Nacional é uma garantia para o ordenamento jurídico, no que concerne à validade e eficácia da norma governamental, pelo que se poderá garantir a supremacia da Constituição como norma hierarquicamente superior, a qual estabelece um sistema de repartição de competências³, havendo um maior peso no Poder

³ “As Constituições normativas, e especialmente a espanhola, incluem, junto às normas que formam parte da Constituição material, no sentido Kelseniano, o reconhecimento de princípios e valores constitucionais, de natureza abstrata, que condicionam a produção normativa e a aplicação do Direito. Este conteúdo axiológico contribui necessariamente a uma desformalização das fontes infraconstitucionais a favor da norma constitucional. Há que se levar em conta que frente à identificação entre lei e Direito, própria da doutrina tradicional das fontes, uma teoria constitucional das fontes deve partir da confluência entre Direito e Constituição. A Constituição não pode conter, obviamente, todo o Direito, porém todo o Direito do ordenamento deve tender à constitucionalidade de seus aspectos formais e materiais. A teoria constitucional não situa a Constituição em lugar da lei, mantendo as mesmas estruturas. Efetivamente, origina uma mudança fundamental na estrutura do sistema de fontes, dentro do qual, a Constituição, sendo a expressão do consenso fundamental dos diversos setores sociais, serve de medida para a determinação da validade do Direito produzido nos distintos âmbitos em que esses setores

Legislativo, relativo à produção normativa, por ser este um órgão mais democrático devido a sua composição.

Assim, devido ao caráter político do Congresso Nacional, o juízo prévio passa a ter uma natureza de forte conotação política. E não somente se a Medida Provisória cumpre com seus requisitos formais de legalidade e constitucionalidade, concernente de sua validade no ordenamento jurídico e ao princípio de segurança jurídica⁴. Senão que, pelo juízo prévio, se analisam os pressupostos habilitantes e se a norma governamental incide nas proibições contidas no § 1º do art. 62 da Constituição, momento pelo qual o Congresso convalida ou rejeita a Medida Provisória. Essa atuação do Congresso Nacional tem característica fiscalizadora ou de autêntico controle (Cf. CARMONA CONTRERAS, 1997, p. 253) dos atos do Governo. E que, posteriormente, a norma passa para a fase legislativa e que por lei converte em definitivo a Medida Provisória⁵.

No caso de rejeição, a norma será expulsa do ordenamento jurídico como se nunca

exercitam o poder público. A Constituição é origem última do Direito vigente no ordenamento, até onde o Direito é Direito (além disso não existe como tal). É a fonte conformadora do ordenamento" (BALAGUER CALLEJÓN, 1991, p. 54).

⁴ O mesmo entendimento se faz ao Decreto-lei espanhol. Segundo Carmona Contreras (1997, p. 254-255), o regime parlamentar tem sido modificado, ainda que com a permanência do potencial inquisitivo perante o Governo que ficou francamente diluído como consequência da presença de uma maioria parlamentar convenientemente disciplinada que apoia o Executivo. Portanto, o controle poderá manifestar-se como uma espécie de contradição em termos que vem confundir o sujeito controlante com o controlador, remetendo-nos a um suposto autocontrole.

⁵ "Convalidado o Decreto-lei pelo Congresso, o Presidente da Câmara oferece a oportunidade de tramitar seguidamente a norma recém convalidada como projeto de lei, podendo, em consequência e diferentemente da simples convalidação, introduzir as emendas e modificações que ambas as Câmaras entendem convenientes sobre a citada norma. Isso significa que a tramitação do art. 86.3 se plasma como autêntica atividade legislativa, da que resultará uma Lei formal das Cortes" (TUR AUSINA, 2002, p. 140).

existira, pelo que está obrigado o Congresso a editar o decreto legislativo para regular as relações jurídicas produzidas ao tempo de vigência da norma extraordinária.

3. A convalidação do Decreto-lei pelo Parlamento espanhol

No Direito constitucional espanhol, a convalidação está contemplada no art. 86.2 da seguinte forma: "Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e votação de totalidade ao Congresso dos Deputados, convocado ao efeito se não estiver reunido, no prazo dos trinta dias seguintes a sua promulgação. O congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do referido prazo sobre sua convalidação ou derrogação, para o qual o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário".

"Neste sentido, o controle que exerce o Parlamento espanhol é de natureza tipicamente política e não de controle de constitucionalidade. Este estará a cargo do Tribunal Constitucional espanhol e, tampouco se admite a emenda ao Decreto-lei, sendo o mesmo convalidado ou derogado mediante debate e votação de totalidade" (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 146).

Santolaya Machetti (1988, p. 200) afirma que, pelo inciso 2 do art. 86 da Constituição espanhola, qualquer Decreto-lei deve ser convalidado por manifestação expressa do Congresso. Para o autor, a convalidação parece revestir-se de um caráter imperativo, necessário, e não meramente alternativo ao de sua tramitação como lei. A possibilidade de tramitar o Decreto-lei como projeto de lei está estabelecida no inciso 3 do art. 86 da Constituição espanhola da seguinte forma: "Durante o prazo estabelecido no inciso anterior, as Cortes poderão tramitá-los como projeto de lei pelo procedimento de urgência".

Na Espanha, no Decreto-lei se questiona uma dupla via: a etapa de convalidação, em que se analisam os pressupostos habi-

litantes contemplados no art. 86.1 daquela Constituição, e a possibilidade de tramitá-lo como projeto de lei. Segundo ainda o mesmo autor, a convalidação é imperiosa para a tramitação do Decreto-lei como lei parlamentar, o que impede a decadência da norma governamental. Além disso, a convalidação é vantajosa para que as Cortes na Espanha não atuem sob pressão temporal, como no caso da rápida decadência das normas governamentais provocada nos ordenamentos italiano e brasileiro (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 201; TUR AUSINA, 2002, p. 140).

A propósito desse caráter alternativo entre convalidar ou tramitar como projeto de lei o Decreto-lei, Santolaya Machetti (1988, p. 202) afirma que o art. 86 da Constituição espanhola apresenta dois supostos teóricos claramente diferenciados; dois procedimentos de intervenção distintos (Segura Guimard), e ainda que este é o efeito provocado pela interpretação regulamentar e jurisprudencial constitucional, não deixa, entretanto, de provocar problemas no momento de determinar a natureza e efeitos das duas vias.

A esse efeito, um dos problemas que suscita essa interpretação, como pôs de manifesto a doutrina (Cruz Villalón, Jiménez Campo, Santaolalla), é que o art. 86.3 da CE resulta absolutamente supérfluo, desnecessário, porque o legislador pode intervir convertendo em lei um Decreto-lei já convalidado em qualquer momento; é uma possibilidade sempre presente, sem limites temporais, sem necessidade, portanto, de sujeitar-se ao estrito prazo de trinta dias, marcado pelo art. 86.3 da Constituição espanhola, em virtude da iniciativa legislativa que compete ao Governo segundo o art. 87 da citada Constituição.

Para Balaguer Callejón (1999, p. 146), “a convalidação do Decreto-lei espanhol não implica um saneamento dos vícios em que o mesmo tenha incorrido no que concerne aos limites constitucionais a que está submetida esta fonte (STC 6, de 4 de fevereiro

de 1983, FJ 5). Um Decreto-lei que careça de pressuposto habilitante, ou que afete a algumas das matérias excluídas, manterá esses vícios ainda que seja convalidado pelo Congresso. A convalidação é uma exigência para que o Parlamento expresse seu acordo a uma norma proveniente de um órgão que não tem como principal função a produção normativa”⁶.

Tanto no Direito espanhol quanto no brasileiro, o Parlamento pode rejeitar a norma em vez de convalidá-la. No caso brasileiro, o § 5º do art. 62 determina a vinculação do Congresso ao juízo prévio, pelo qual, vai-se analisar se a norma cumpre com os seus pressupostos habilitantes, e se a mesma não incide nas proibições contidas no § 1º do artigo citado, para a posterior deliberação do mérito da Medida Provisória.

Conclui-se que, uma vez convalidada a Medida Provisória, o Congresso poderá deliberar sobre ela. O que certamente será possível propor emendas à Medida, de acordo com a interpretação do § 12 do art. 62, que faculta a alteração do texto original. Distinto é ao que ocorre no Decreto-lei espanhol, no qual não se admitem emendas na fase de convalidação (Cf. OTTO, 1988, p. 203).

Não é o que ocorre na realidade. Por exemplo, na Medida Provisória, o Congresso não se manifesta no juízo prévio como manda o § 5º do art. 62, momento pelo qual se deveria fazer a convalidação da norma governamental, porém não se faz. Portanto, não havendo um juízo prévio sobre a Medida Provisória, a interpretação que

⁶ “A natureza política do controle que o Congresso exerce não se vê alterada pelo fato de que a valoração negativa que possa conduzir à derrogação do Decreto-lei se baseia na possível inconstitucionalidade desta fonte por vulnerar os limites estabelecidos na Constituição. O Congresso carece de competências para determinar a inconstitucionalidade (ou a constitucionalidade) do Decreto-lei, de tal modo que são juridicamente irrelevantes, a efeitos de caracterizar o controle que realiza, as motivações em que se possa basear sua rejeição desta norma. Como o são também aquelas em que se baseia a convalidação”. (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 146).

se conclui do citado dispositivo é que vai impedir a deliberação pelo Congresso sobre o mérito da norma a efeitos de se fazer sua conversão em lei porque a mesma estará despida do ato convalidatório⁷.

Entretanto, o citado parágrafo não é claro a respeito da “convalidação” como pressuposto de conversão da Medida Provisória em lei, pelo procedimento do juízo prévio. Tudo indica que a atividade parlamentar é de confirmação de uma norma proveniente do Governo, cuja validade é um pressuposto da segurança jurídica das relações decorrentes dela. Por outro lado, a sobrecarga legislativa no Congresso Nacional faz-nos concluir que o mesmo não cumprirá os prazos estabelecidos constitucionalmente para se fazer uma análise dos pressupostos habilitantes da Medida Provisória e das proibições descritas no § 1º do art. 62. Dessa forma, o Governo poderá adotar Medidas Provisórias para regular as demais Medidas Provisórias que ainda estejam no Parlamento⁸. A convalidação da Medida Provisória evita sua caducidade do ordenamento jurídico e evita também sua reedição por ato do Governo. Esse duplo efeito do ato de convalidação garante o monopólio legislativo pelo Congresso Nacional, em razão de que a Medida Pro-

visória é uma espécie de fonte normativa extraordinária de um órgão que não tem competência legislativa primária.

4. *A ausência de convalidação da Medida Provisória: consequências*

A propósito, o Parlamento brasileiro, contrariando as disposições constitucionais que configuram a Medida Provisória, não leva a debate a norma excepcional com o fim de fazer sua conversão em lei. O que é incompatível com o Estado democrático e de Direito por configurar a omissão legislativa no campo da produção normativa originária e do controle político por meio do jogo da maioria e minorias parlamentares.

Em consequência, com a aceitação da norma governamental sem o controle na fase do juízo prévio pelo Congresso – momento pelo qual deveria proceder pela convalidação ou denegação – será possível concluir pela inexistência desse tipo normativo no ordenamento, ainda que irradie efeitos com força de lei. Razão pela qual resultaria indispensável a intervenção e, configurada a inexistência da norma governamental, seus efeitos no ordenamento jurídico são prejudiciais por afetar direitos garantidos constitucionalmente.

“A não conversão em lei da Medida Provisória pelo Parlamento depende se a mesma foi ou não convalidada através do juízo prévio. A este propósito, a norma poderá estar convalidada, mas ainda não estar convertida em lei pelo Parlamento, o que é perfeitamente possível. É possível também que a norma não esteja convalidada o que a faz decair de seu prazo de vigência, que, em geral, opera antes da morosa conversão em lei pelo Congresso. Não havendo o juízo prévio que convalide ou rejeite a norma governamental, a mesma é considerada inexistente no mundo jurídico. Portanto, não se pode converter em lei ou inclusive denegar uma norma que ainda não existe” (DANTAS, 1997, p. 103).

⁷ “A convalidação do Decreto-lei é absolutamente necessária para que este não perca sua vigência. A mera inatividade do Congresso não é suficiente, porque o art. 86.2 da Constituição espanhola exige seu pronunciamento expresso. A convalidação é assim um ato que termina com a provisoriedade formal do Decreto-lei e permite concluir o processo normativo desta fonte do Direito” (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 145-146).

⁸ “Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADIMCs 1.204, 1.370 e 1.636) no sentido de que, quando Medida Provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a Medida Provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a Medida Provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar.” (JURISPRUDÊNCIA STF, 1999, p. 2.488) (ADI 1.665-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 08/05/98).

Para todos os efeitos, convalidada a Medida Provisória sem que a mesma seja convertida em lei pelo Parlamento, pode-se considerar a existência dessa norma que produz efeitos válidos e eficazes sem que se opere a caducidade. Essa situação faculta ao Congresso Nacional promover sua conversão em lei mediante projeto de lei parlamentar a qualquer tempo e impede a reiteração da norma pelo Executivo.

Como dito antes, a caducidade da Medida Provisória opera pela falta de sua convalidação pelo Parlamento. Porém, para que se opere o processo de conversão em lei, é fundamental, antes, o procedimento de convalidação com o juízo prévio pelo Congresso Nacional, conforme determina o § 5º do art. 62 da Constituição Federal.

A convalidação da Medida Provisória pelo Congresso Nacional incide nas relações jurídicas que se vão constituindo desde o momento de sua publicação, dando-lhes validade e eficácia⁹, pelo que se suspende de forma provisória a eficácia da norma anterior. A questão que se suscita é se a falta de convalidação vai implicar a conversão da norma governamental. Tudo indica que influi negativamente, de modo que, na realidade, a Medida Provisória nunca é convertida em lei.

Ainda, a respeito da falta de conversão em lei da Medida Provisória pelo Parlamento, na atualidade, o Governo poderá reiterá-la, uma vez expirado seu prazo de validade no ordenamento, em virtude de que a mesma não fora antes convalidada no juízo prévio. Pela reiteração, ainda que proibida

⁹ “No caso da convalidação, [...] não se exercita saneamento de vício algum, pois a atividade do Governo é perfeitamente lícita e legitimada, constitucional e democraticamente. Não existe atuação viciada senão que a norma, desde um primeiro momento, entrou formando parte do ordenamento com validade – ainda que de forma provisória –, característica que requer uma perfeita convergência para o posterior significado convalidatório. Tendo em vista que o pronunciamento do Congresso não procede a sanear nulidades ou anulabilidades, parece mais adequado entender o termo como ‘ratificar’”. (TUR AUSINA, 2002. p. 114).

pela Constituição, o Governo convalidará certas disposições normativas, constantes da anterior decaídas de seu prazo, pela falta de conversão em lei pelo Congresso Nacional (Cf. MALTA MASSUDA, 2002, p. 1-5; GRECO, 1991, p. 48).

Nessa linha de raciocínio, não assiste razão ao Governo para reiterar Medida Provisória em consideração de que a norma não foi convalidada pelo juízo prévio. O que configura sua inexistência no ordenamento jurídico, o que se pode concluir que seria ineficaz a reiteração de norma não existente. A reiteração de Medida Provisória pelo Governo é em razão da caducidade do prazo de vigência desse tipo normativo, pelo fato de não ter sido convalidada a tempo pelo Congresso Nacional.

Tanto vale para o Congresso Nacional, para o ato de conversão em lei ou rejeição, quanto para o Governo, em seu objetivo de reiterar a Medida Provisória. Posto que a falta da convalidação no juízo prévio configura a inexistência da Medida Provisória, inexistindo, por via de consequência, a conversão em lei, derrogação do ordenamento jurídico ou a reiteração pelo Governo. No caso de reiteração de Medida Provisória pelo Governo, o art. 62, § 10, da Constituição brasileira determina, nos seguintes termos: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

5. A convalidação como garantia do monopólio legislativo

A respeito do que determina o § 5º do art. 62, o ato de convalidação pelo Congresso Nacional é obrigatório em razão do monopólio da produção normativa originária e também do princípio de separação de poderes. A omissão parlamentar nessa fase do juízo prévio compromete a democracia representativa e no âmbito jurídico-constitucional afeta o sistema de fontes do Direito, no que concerne à supremacia

da Constituição, que dá validade e eficácia às normas inferiores hierarquicamente no ordenamento jurídico¹⁰.

6. A reiteração da norma pelo Governo como ato de convalidação

A continuada e manifesta infração pelo Governo ao § 10º do art. 62 se justifica pela ausência de manifestação parlamentar no juízo prévio, pelo qual, a Medida Provisória deveria ser convalidada, pelo que se permite a transferência do ato convalidatório tipicamente parlamentar para a esfera governamental, em que a Medida Provisória decaída de seu prazo (para não dizer inexistente) será convalidada após sucessivas reiterações da mesma¹¹.

¹⁰ “O sistema normativo que aparece como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale por ter um conteúdo determinado; isto é, não vale porque seu conteúdo possa inferir-se mediante um argumento dedutivo lógico, de uma norma fundante básica pressuposta, senão por haver sido produzida de determinada maneira, e, em última instância, por haver sido produzida da maneira determinada por uma norma fundante básica pressuposta. Por isso mesmo, pertence a norma à ordem jurídica, cujas normas foram produzidas conforme a essa norma fundante básica. Daí que qualquer conteúdo que seja pode ser Direito” (KELSEN, 1993, p. 205).

¹¹ O Supremo Tribunal Federal entende por diversas manifestações admitindo a reiteração com a cláusula convalidatória. Porém, tal entendimento era antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, que agora proíbe a reiteração, regulada esta pelo § 10 do art. 62 da Constituição brasileira. Ainda com a proibição, o Governo continua reeditando e convalidando a medida anterior supostamente decaída de seu prazo. Algumas das decisões do STF: “Medida Provisória com força de lei. Constitucionalidade do dispositivo que preserva a eficácia anterior, regularmente reeditada antes do esgotamento do respectivo prazo de validade. (ADI 1.711 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ, 22.09.2000)”; “Não perde eficácia a Medida Provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, porém, reeditada, por meio de nova Medida Provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias” (RE-24.7038/MG, Min. Moreira Alves, DJ 03.03.2000); “Não perde eficácia a Medida Provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, porém reeditada, por meio de outro ato da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Precedentes do STF: ADI 1.617-MS, Min. Octavio Gallotti; ADI 1.610-

A convalidação feita a partir da reiteração da Medida Provisória pelo Governo se pode dizer que é forçosa e unilateral, contrária aos postulados do Estado democrático e de Direito, em razão de que existe o juízo prévio constitucionalmente estabelecido para a manifestação parlamentar e democrática. No mais, configura um presidencialismo arcaico que impede o jogo democrático entre maioria e minoria parlamentar. Na convalidação da Medida Provisória levada a cabo pelo Congresso Nacional, este vai exercer um efetivo controle dos atos excepcionais do Governo. Principalmente, quando se trata de um controle no sistema presidencialista de Governo, que, por si só, tem um poder representativo popular conferido pelo sufrágio direto e democrático.

Portanto, é inaceitável que a convalidação da Medida Provisória seja exercida diretamente pelo Governo, sobre seu próprio ato primário e sem nenhuma intervenção parlamentar, considerando-se a forma democrática e do Estado de Direito brasileiro. Denota-se, de forma clara, uma usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, no que concerne ao princípio de reserva de lei parlamentar vulnerando, por conseguinte, o princípio da forma democrática de Governo.

Efetivamente, não se pode converter em lei o que ainda não o é pelo simples fato de não haver o ato convalidatório, conforme se estabelece no § 5º do art. 62 da nossa Constituição. E, não é menos certo dizer que o ato de conversão em lei pelo Congresso não vai convalidar a Medida Provisória e seus efeitos produzidos ao tempo de sua vigência, em virtude de que, à falta de convalidação, não se pode considerar a norma como existente¹².

DF, Min. S. Sanches; ADI 1.647-PA, Min. C. Velloso” (lex 250/47); Medida Provisória 560, de 26.07.1994, sucessivamente reeditada, no prazo, e não rejeitada pelo Congresso Nacional: eficácia de lei (ADI 1.727/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.09.1999).

¹² “A doutrina espanhola questiona que um dos problemas mais difíceis de resolver em relação à ‘con-

Tal anomalia que se verifica no procedimento da Medida Provisória vai configurar o arbítrio do Governo, pela concentração de poderes na sua esfera. Em consequência desta omissão, os direitos e a própria Constituição perdem garantia e eficácia pela continuada reforma que se vai introduzindo através de Medidas Provisórias sem nenhum procedimento agravado, este requerido para a Emenda Constitucional. A propósito, o art. 60 da Constituição federal estabelece procedimento para a reforma da Constituição.

Efetivamente, a convalidação ou derrogação da Medida Provisória, na fase do juízo prévio parlamentar, dá garantia de eficácia ao princípio constitucional da segurança jurídica, e favorece a conversão em lei do ato governamental. Dessa forma, o Congresso Nacional, ao convalidar a Medida Provisória, responsabilizar-se-á por seus efeitos no ordenamento jurídico, estando, portanto, obrigado a fazer sua conversão em lei, sua rejeição, ou ainda, transformar o procedimento de conversão em projeto de lei parlamentar.

validação' é determinar a natureza da intervenção parlamentar; efetivamente, se nos encontramos ante um ato de controle ou uma atividade legislativa. Uma parte da doutrina pronuncia de forma clara pelo caráter de 'controle' da atividade governamental que supõe a convalidação, e isso por se tratar de um ato unicameral, pela impossibilidade de emendas, isto é, de autêntica discussão parlamentar, pela sua publicação formal como acordo, e, sobretudo, porque, se consideramos a convalidação como uma lei, deixariam de ter sentido os limites constitucionais do art. 86.1 da Constituição espanhola, que evidentemente não são para as leis, ou, melhor dito, atuariam sobre os Direitos não convalidados e até que se produza esse 'saneamento' ou 'convalidação' em sentido técnico, que atuaria assim como um *bill of indemnity* da ação do Governo (Jiménez Campo). A maioria da doutrina tem-se inclinado, não obstante, por uma natureza mista da ação parlamentar: é ato de controle e não legislativo porque não se trata de uma lei, nem desde o ponto de vista formal nem desde o ponto de vista material. Entretanto, ao mesmo tempo tem efeitos legislativos enquanto outorga a normas provisórias uma permanência no ordenamento jurídico, e são controláveis como 'atos com força de lei', pelo que gozam de uma dupla natureza (Astarloa)" (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 208).

A convalidação da Medida Provisória levada a efeito pelo Poder Executivo, contrário ao controle político exercido sobre os pressupostos habilitantes na fase do juízo prévio pelo Congresso Nacional (art. 62, § 5º CF), esconde reais interesses do Executivo. Não autorizado pela maioria e nem pela minoria parlamentar, é contrário aos objetivos e fundamentos pelos quais se assenta constitucionalmente o Estado brasileiro.

A propósito, vale ressaltar que o juízo prévio estabelecido no § 5º do art. 62 da Constituição brasileira, é, dentre outras, uma expressão da democracia e que também é garantidora do controle dos atos de Governo (Cf. PITRUZZELLA, 1989, p. 7), sendo de fundamental importância para se assegurar a separação das funções dos poderes do Estado no ato concreto e individualizado de conversão em lei de Medida Provisória.

Que valor tem o juízo prévio positivo pelo qual se convalida a Medida Provisória, se a mesma poderá ser convalidada também pelo Governo em futura reiteração? O fato é que o Governo utiliza a reiteração da Medida Provisória contendo a cláusula de convalidação da medida anteriormente caducada. Assim, pode-se impedir a vigência da legislação anterior incompatível com a Medida Provisória, pelo que se convalidam os atos praticados com base numa norma provisória¹³ não convalidada pelo Congresso Nacional, senão posteriormente, pelo próprio Governo.

¹³ "Em sessão de 26.04.2000, foi julgado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 254.818/PR, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pela decisão recorrida declarou-se extinta a pena pelo pagamento da dívida com o amparo do art. 7, § 7º, da Medida Provisória nº 1.571/1997 (dispositivo que suspendia a aplicação da norma penal prevista na alínea 'd' do art. 95 da lei nº 8.212/1991 para aqueles que comprovassem o parcelamento da dívida decorrente da sonegação previdenciária. E, em consequência, depois da regularização da dívida, declarou-se a extinção da punibilidade do fato) que não foi reproduzido em suas reedições posteriores, porém, teve os atos praticados ao amparo de seu conteúdo convalidado pela lei nº 9.639/1991, que converteu a Medida Provisória" (MASSUDA, 2000, p. 3-5).

De tal interpretação, a Medida Provisória está sendo utilizada não como instrumento de urgência e relevância, senão como um instrumento de diálogo entre forças políticas com o propósito de apoiar políticas de Governo, prometidas em campanha eleitoral. Em geral, os grandes beneficiados são os próprios políticos dentro deste diálogo institucional e apoiados pela legislação eleitoral que não é precisa a respeito da fidelidade partidária¹⁴.

Na falta de observação dos requisitos para a produção da Medida Provisória, a atividade governamental poderá violar o art. 60 da Constituição forçosamente e de forma unilateral. O poder de reiterar a Medida Provisória, contrariamente ao que determina o § 10 do art. 62, já se pode considerar como uma reforma específica, porém que afeta a Constituição e os Direitos fundamentais¹⁵.

Nesse sentido, Medidas Provisórias que regulem o sistema tributário nacional poderão afetar os Estados federados, no que concerne ao princípio de autonomia e de igualdade entre esses Estados.

¹⁴ “Questiona-se se o controle parlamentar no Brasil é político ou jurídico. O controle político vai prevalecer sobre o controle jurídico, ficando este para um segundo plano. O ideal seria uma análise da norma governamental com o art. 62 da Constituição brasileira. Assim, superadas as questões formais, o Parlamento estaria livre para um juízo político. Lamentavelmente, mas o Congresso Nacional tem deixado ao segundo plano o exercício do controle jurídico das providências normativas de urgência. A consequência é a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias convertidas em lei” (CLÈVE, 2000, p. 212-213).

¹⁵ “A Constituição espanhola só poderá reformar-se mediante um procedimento específico, de caráter agravado, mais dificultoso que o procedimento legislativo ordinário. A lei, pois, não pode modificar a Constituição. Porém, além disso, os preceitos constitucionais não só não podem ser alterados, senão tampouco contrariados, ou ignorados, pela ação ou omissão dos poderes públicos. A Constituição tem um valor de Direito mais forte, no sentido de que esses poderes não poderão validamente contrair suas disposições; se o fizerem, sua atualização seria inconstitucional e suscetível, portanto, da correspondente sanção, que pode chegar à declaração de nulidade” (LÓPEZ GUERRA, 2003, p. 28).

“Infelizmente, a doutrina constitucional no Brasil não trata exaustivamente do sistema de fontes do Direito. Entretanto, de forma histórica o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma hierarquização das normas constitucionais, admitindo, em consequência, que na própria Constituição podem existir normas inconstitucionais” (DANTAS, 2001, p. 207). A Emenda pode ser considerada como a que vai afetar a constitucionalidade das normas e, por conseguinte, as normas produzidas pelo Parlamento.

Efetivamente, desde a promulgação da Constituição em 1988, a mesma sofreu dezenas de emendas, o que contraria a rigidez das constituições escritas, tornando-as flexíveis e bem assim o próprio ato de reforma. As reformas que sofreu e vem sofrendo a Constituição brasileira dão margens a fatos novos, configuradores dos pressupostos habilitantes da relevância e urgência para que tais fatos novos sejam regulados por meio de Medida Provisória¹⁶.

Por conseguinte, a Constituição brasileira convive com normas inconstitucionais desencadeando sua força normativa no ordenamento jurídico, em que pese ao questionamento de inconstitucionalidade¹⁷. A

¹⁶ “O perigoso para a força normativa da Constituição é que apresenta a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e presente necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, se atribui maior valor às exigências de índole fática à ordem normativa vigente” (HESSE, 1991, p. 22).

¹⁷ “A fiscalização de constitucionalidade no Brasil, em relação ao momento em que se opera, é eminentemente sucessivo (*a posteriori* ou repressivo), ou seja, não admitindo a fiscalização preventiva como em outros países, a provocação da jurisdição concentrada, entre nós, ocorrerá depois da promulgação e publicação do texto normativo combatido. (...)entretanto, parece ser legítima a possibilidade de uma fiscalização jurisdicional preventiva, as matérias proibidas no parágrafo 4º do art. 60, que trata da Emenda à Constituição...” “...O Direito constitucional positivo brasileiro, durante sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato...”. Portanto, só depois da promulgação e publicação, no Direito

suposta convalidação da Medida Provisória pelo procedimento de reiteração ou reedição da mesma impede seu ajuizamento à Suprema Corte Constitucional, bem como as relações jurídicas dela decorrentes. A possibilidade de se reiterar a Medida Provisória, inclusive com infração ao § 10º do art. 62, tem a finalidade de impor e preservar os seus efeitos jurídicos, independentemente da constitucionalidade dos pressupostos habilitantes da norma em questão¹⁸.

7. Considerações finais

A EC nº 32/2001 abriu portas para a garantia dos direitos constitucionais. No caso em exame, a convalidação levada a cabo pelo Congresso Nacional, por meio do “Juízo Prévio” sobre os pressupostos de relevância e urgência da Medida Provisória, será o indicador se a norma deverá ou não continuar no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez convalidada ou ratificada a norma de competência governamental, abrir-se-á oportunidade para o Congresso Nacional fazer sua conversão

brasileiro constituem objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade: as Emendas constitucionais; os atos normativos formalmente legislativos (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções); os atos normativos dotados de certa autonomia (portanto, não regulamentares ou derivados de lei) e os tratados internacionais, desde que integrados ao ordenamento jurídico atual” (CLÈVE, 1995, p. 133-137).

¹⁸ “Havendo perda de eficácia *ab initio* das medidas provisórias não convertidas em lei, além da reaplicação da legislação anterior com elas incompatíveis, e bem como a observação indeclinável da irretroatividade prejudicial aos direitos, é de se indagar sobre a constitucionalidade das denominadas cláusulas de convalidação que figuram, em regra, nos textos das Medidas Provisórias reeditadas. Como convalidar o que não existe, o que é nulo, o que deixou de existir no mundo jurídico por expressa determinação constitucional? A impropriedade absoluta da convalidação, em tais casos, resulta da inexistência de seu objeto. Não há como convalidar o inexistente. Efetivamente, o Governo, pela cláusula de convalidação, pretende manter operantes os efeitos, agora sem eficácia, o que manifesta contrariedade ao texto constitucional” (DANTAS, 1997, p. 103).

em lei a qualquer tempo, sem prejuízo de sua caducidade. O ato de convalidar a Medida Provisória na fase do juízo prévio pelo Parlamento impede a reiteração da norma excepcional pelo Governo porque não opera a caducidade. E bem assim, impede o monopólio da produção legislativa pelo Governo, o que faz resgatar a reserva de lei parlamentar garantida no art. 68, § 1º, da Constituição brasileira.

Tudo isso, em razão de que a Medida Provisória é considerada norma excepcional e de caráter provisório, razão pela qual se garante o jogo entre maioria e minoria parlamentar, cuja lei é expressão do Estado de Direito garantido pela Constituição, que dá validade e eficácia às normas hierarquicamente inferiores no ordenamento jurídico, submetendo todos os cidadãos e poderes públicos.

Referências

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho. I y II principios del ordenamiento constitucional*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Derecho constitucional*. v. 1. Madrid: Tecnos, 1999

CARMONA CONTRERAS, A. M. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid: CEPC, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: RT, 2000.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Brasília Jurídica, 1997.

_____. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido do título original: *Die normative Kraft der Verfassung* por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Porrúa, 1993.

LÓPEZ GUERRA, Luis. *Derecho constitucional*. v. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MASSUDA, Janine M. Constitucionalidade de cláusulas em medidas provisórias. Teresina: *Jus Navigandi*. n. 45, ano 4. set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=18>>. Acesso em: 19 set. 2005.

OTTO, I. de. *Derecho constitucional*. sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1988.

PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto legge*. Padova: Cedam, 1989.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988.

TUR AUSINA, Rosario. *El control parlamentario de los decretos-Leyes*. Madrid: CEPC, 2002.

Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material. 3. O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade. A – A obediência aos direitos expressos na Constituição. B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição. 4. O respeito aos tratados internacionais e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das leis. A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. B – Os direitos previstos nos tratados comuns. 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Mas até o presente momento – passados mais de quatro anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Nenhum autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro. Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, Seção II, da nossa Tese de Doutorado da UFRGS,¹ cuja síntese vem agora estampada nas linhas que seguem.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – *campus* de Franca. Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

¹ Ver MAZZUOLI, 2008b, p. 201-241.

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a *Constituição*, mas também os *tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país.

2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados* e *em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”.² Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de *convencionalidade* das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º),³ é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma

² Para um estudo completo do significado do art. 5º, § 3º, da Constituição, ver MAZZUOLI, 2005, p. 89-109.

³ Sobre essa distinção entre tratados *materialmente* constitucionais e *material e formalmente* constitucionais, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.

constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil (MENDES, 2005, p. 239). Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas (MAZZUOLI, 2009, p. 178-179; 229-230; 332-343). Se bem que, não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supra-legal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, entre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional (MAZZUOLI, 2009, p. 344-353). Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de *convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de *legalidade* das normas infraconstitucionais.

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.

Este estudo tem por finalidade analisar essa nova teoria, segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um

controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade. Frise-se que ênfase especial será dada ao primeiro novo tipo de controle referido: o controle *de convencionalidade* das leis.

A primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas*⁴ as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de uma

norma”.⁵ Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito, esse panorama muda, e nem toda norma *vigente* deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (*v. infra*).⁶

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli (1999, p. 20-22), que bem diferencia ambas as situações.⁷ Para Ferrajoli (1999, p. 20), a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”. Com efeito, continua Ferrajoli (1999, p. 20-21), “o sistema das normas sobre a produção de normas – ha-

⁵ Ver o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos *exprimir a vigência (validade) de uma norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” [grifos nossos]. (KELSEN, 2006, p. 11).

⁶ Cf. FERRAJOLI, 1999, p. 20; GOMES, 2008a, p. 75; GOMES; VIGO, 2008b, p. 19.

⁷ A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen (2006, p. 235), nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto”.

⁴ Cf., em paralelo, BOBBIO, 1995, p. 137-138.

bitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade –, por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção”.

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo Ferrajoli (Idem, p. 21), “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘convencionalidade’], que, pelo contrário, têm que ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção”. Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto que a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção (Ibidem, p. 21-22).

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que não seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu

eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio*, segue-se a regra do art. 1º da LICC da entrada em vigor após quarenta e cinco dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores), a lei é *vigente*⁸ (ou seja, *existente*⁹) em território nacional (podendo ter que respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),¹⁰ o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).¹¹ Perceba-se a própria

⁸ Perceba-se o conceito de *vigência* do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, prevêê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como *socialmente obrigatórias*. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a *vigência* do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de *vigência social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross (2000, p. 59): “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema *vigente* de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como *socialmente obrigatórias* e por isso as acata”.

⁹ Para nós, *existência* (formal) e *vigência* têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, FERRAJOLI, 1999, p. 21.

¹⁰ Para um panorama das discussões quanto ao início de *vigência* da lei, ver TELLES JUNIOR, 2001, p. 193-197.

¹¹ A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 121): “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afóra isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. *Vigente* é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento:

redação da LICC, segundo a qual (art. 1º): “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” [grifo nosso]. Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei *vigente* é aquela que já *existe*,¹² por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República,¹³ promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia* (TELLES JUNIOR, 2001, p. 193). Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las” (SCHNAID, 2004, p. 62-63).¹⁴ Mas vigência e eficácia não

é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar”.

¹² Perceba-se que o próprio Kelsen (2006, p. 11) aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada”.

¹³ Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso *derrubá-lo* em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (CF, art. 66, § 4º), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5º). Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º). Após a promulgação, a lei é *publicada*, devendo entrar em *vigência* a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em quarenta e cinco dias (LICC, art. 1º).

¹⁴ O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente”. (Idem, p. 93).

coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país) já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.¹⁵ Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu conseqüente *desuso social*.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui *validade* à lei *vigente* (KELSEN, 2006, p. 9), desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes (2008, p. 75), o positivismo legalista ainda não compreendia “a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de

¹⁵ Nesse sentido, *ver* a posição coincidente de Kelsen (2006, p. 12), nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.)". Deve-se afastar, também, os conceitos de "vigência", "validade" e "eficácia" do positivismo (legalista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo). (DINIZ, 2007, p. 51).

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei *vigente* com lei *válida*. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade*¹⁶ (trata-se de uma escala de valores na qual, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).¹⁷ Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa¹⁸ (que, para nós, é a lei

vigente), e *vigente* a que já foi *publicada*.¹⁹ O autor conceitua *vigência* como "um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma" ou, em outros termos, como "a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos", arrematando que uma norma "pode ser *válida* sem ser *vigente*, embora a norma *vigente* seja sempre *válida*" (FERRAZ JR., 2003, p. 198). Não concordamos (também com base em FERRAJOLI, 1999, p. 20-22) com essa construção segundo a qual uma norma "pode ser *válida* sem ser *vigente*", e de que "a norma *vigente* seja sempre *válida*".²⁰

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,²¹ que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a lei *vigente* compatível com o texto constitucional²² e

e, quanto "à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas" [grifos do original].

¹⁹ Idêntica lição é encontrada em Diniz (2007, p. 51-52). Nesse caso, a autora nomina a *vigência* de *vigência* em sentido estrito, para diferenciar da *vigência* em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a *vigência* em sentido estrito pode-se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual, embora *válida*, "a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente". (Idem, p. 52).

²⁰ Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes (2008, p. 75), para quem: "...nem toda lei *vigente* é *válida*".

²¹ Assim também, nestes termos: "Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, *direito vigente*, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais" (ROSS, 2000, p. 128, grifo nosso).

²² Ver KELSEN, 2006, p. 218, para quem: "Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica".

¹⁶ Daí a afirmação de Miguel Reale (1994, p. 4), de que, quando se declara "que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validade [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente". Em outro momento, contudo, Reale (Idem, p. 33) coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: "A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua aplicação, passando pelo momento de interpretação, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia".

¹⁷ Cf., por tudo, FERRAJOLI, 1999, p. 20-22. Ver também, GOMES; MOLINA, 2007, para quem: "A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade".

¹⁸ Goffredo Telles Junior (2001, p. 162) elenca duas condições de validade das leis: a) o seu *correto domínio*; e b) a sua *correta elaboração*. Quanto à primeira "condição de validade, assinala-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*",

com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia (SCHNAID, 2004, p. 13). Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente* e *válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rejeitada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale (1994, p. 13) já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale (Idem) mostrar é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional e com as *normas internacionais*, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”.

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen (2006, p. 367-368) segundo a qual a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não pre-

vê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada [o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando Kelsen escreveu a 2ª edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960]”.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 27) o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do direito “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que se deve posicionar como garantia dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”. Ainda para Gomes (Idem), o “equívoco metodológico-científico [do modelo kelseniano] decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmitt etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais”.

Mais à frente, na mesma obra, o citado jurista conclui:

“De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema

positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da 'legalidade' e da 'vigência'. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível - revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei".²³ (GOMES, 2008a, p. 76-77)

²³ Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se admitir, contudo, uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto *formal*. Nesse caso, diz ele, "não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), DEIXA DE POSSUIR VIGÊNCIA. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto forma (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal". (Idem, p. 77)

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal relativamente ao tema do conflito entre tratados e normas internas se deu com o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ, no qual entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter *supralegal*. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara, no STF, com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia.²⁴ Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, "parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos", segundo a qual "os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*". E continua: "Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no

²⁴ O julgamento do RE 466.343-SP (rel. Min. Cezar Peluso) foi encerrado na sessão plenária de 03.12.2008, data em que se considera extinto no Brasil o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel. Frise-se que a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida por infidelidade depositária, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, foi pioneiramente defendida por Mazzuoli, (2002, especialmente p. 109-181). Antes da publicação deste livro citado o que existiam eram apenas pequenos trabalhos (artigos, comentários, etc.) sem muita amplitude.

ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.²⁵

Ocorre que mesmo essa posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima comentado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.²⁶ A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior seja posterior.²⁷

Na Alemanha, esse é também o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por aquele país (art. 59 da Lei Fundamental: “Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal”), que passam a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos

Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Esse entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior; mas é bom fique nítido que, naquele país, também se encontram correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional ao menos à Convenção Europeia de Direitos Humanos.²⁸

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns* –, é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b*) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).²⁹ Para que

²⁵ Ver por tudo, BANK, 2004, p. 721-734. Sobre o tema, ver ainda GROS ESPIELL, 1989, p. 167-412; FACCHIN, 1990. Para um estudo do papel da União Europeia em matéria de direitos humanos, ver RIDE-AU, 1997, p. 9-480.

²⁶ Cf. GOMES, 2008a, p. 34. Esse autor, contudo, não obstante aceitar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. *Op. cit.*, p. 32), ainda entende que a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais *comuns* “é uma questão aberta”, uma vez tratar-se “de uma zona do Direito (ainda) indefinida”. (Idem, p. 36). Esse mesmo criminalista cita um caso da Suprema Corte Mexicana, onde se reconheceu o *status* supralegal dos tratados relativos à matéria tributária

²⁵ Ver o voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, no RE 466.343-1/SP, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, p. 21.

²⁶ Ver por tudo, MAZZUOLI, 2009, p. 748-776.

²⁷ Cf. VIGNALI, 1992, p. 420.

exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.³⁰

(os quais, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, no Brasil, já têm esse mesmo nível, por expressa disposição legal). Eis trecho da explicação do caso (por Priscyla Costa, in *Consultor Jurídico* de 15 fev. 2007) citado por Luiz Flávio Gomes: “Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais. (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição. O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há ‘mais proximidade’ das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, ‘em particular o tráfico mercantil’”. (Idem, p. 36).

³⁰ Segundo Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 85-86): “Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (CF, art. 52, X), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (...) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a demonstrar: *a*) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não-recepção*, com a consequente invalidade material da norma a partir daí; *b*) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); *c*) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, a mesma é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é *superior*); e *d*) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição), tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente*) e, consequentemente, totalmente *inefcaz*.³¹

é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (...) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (...) Para que não pare dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X [no caso apenas da decisão ter sido em sede de controle *difuso*]) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige *quorum* qualificado de 2/3 dos Ministros do STF)”.³¹

³¹ Ver nesse sentido, o HC 88.420-SP do STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski; e, ainda, o HC 90.172-SP do STF, rel. Min. Gilmar Mendes, em que fica expresso o novo entendimento da Suprema Corte que agora

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua *validade* e conseqüente *eficácia*, de estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão dessa *dupla compatibilidade vertical material*, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país.

O respeito à *Constituição* faz-se por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis; o respeito *aos tratados* que sejam de *direitos humanos* faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) *controle de convencionalidade* das leis; e o respeito *aos tratados* que sejam *comuns* faz-se por meio do controle de *legalidade* das leis, conforme abaixo veremos com detalhes.

3. O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via *difusa* (de *exceção* ou *defesa*) ou pela via concentrada (ou *abstrata*) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso *concreto*) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.³²

atribui aos tratados de direitos humanos (e somente a estes, por enquanto) o *status* de suprallegalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

³² Assim dispõe a referida norma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente

Então, a primeira ideia a fixar-se aqui é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar, com a Constituição do Estado. Contudo, como explica Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 65), “não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade”. E o mesmo jurista arremata: “Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito], a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc”.

A compatibilidade das leis com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição. Vejamos cada um deles.

da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

A – A obediência aos direitos expressos na Constituição

Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existirem três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, § 2º, da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2ª vertente], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3ª vertente]”. Assim, desmembrando esse dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (*primeira vertente*), existem também os direitos nela implícitos (*segunda vertente*), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (*terceira vertente*), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. (MAZZUOLI, 2009, p. 751-752)

A primeira das três vertentes dos direitos e garantias fundamentais diz respeito àqueles direitos *expressos* na Constituição. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua criadora, que é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”. Perceba-se a referência aos “direitos e garantias *individuais*” pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fun-

damentais não-individuais (*v.g.*, os *sociais*, os *econômicos* e os *culturais*) e todos os outros de *cunho coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional de 1988, sobre a inclusão de *outros direitos* ao rol das chamadas “cláusulas pétreas”, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de Ingo Sarlet (2006, p. 422-428) –, não é aceitável que os direitos não-individuais (*v.g.*, um direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição. Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4º, inc. IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional, deve-se substituir a expressão “direitos e garantias *individuais*” pela expressão “direitos e garantias *fundamentais*”, subtraindo a *expressão-espécie* para inserir a *expressão-gênero*.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer que é a produção normativa doméstica, para aferir a *validade* necessária à sua posterior *eficácia*, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite (em verdade, a *primeira parte* desse *primeiro limite*) vertical material do qual estamos a tratar.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado *controle de constitucionalidade*.³³ Apenas cumpre aqui informar que, neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a

³³ Sobre o tema, *ver* KELSEN, 2006, p. 300-306. Na doutrina brasileira, *ver* especialmente MENDES, 2005, p. 64-94 e p. 146-250, respectivamente; e BARROSO, 2007. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, *ver* ainda BITTENCOURT, 1968.

falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da “conversa” normativa a lei que não tem *argumentos válidos* que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar “conversando” e “dialogando” com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa “conversa” apenas fontes válidas e eficazes.

Somente a declaração de inconstitucionalidade *formal* afeta (desde logo) o plano de *vigência* da norma (e, conseqüentemente, os da *validade* e *eficácia*), como já se falou anteriormente.³⁴ Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de declaração de inconstitucionalidade do “programa abstrato de aplicação” da norma, a mesma continua *vigente*, mas será *inválida* (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.³⁵

B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5º, § 2º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provêm ou podem vir a provir “do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”. Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.³⁶

³⁴ Cf. GOMES, 2008a, p. 77.

³⁵ Não é outra a lição de Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 77), nestes termos: “...toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu ‘programa abstrato de aplicação’. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu ‘programa normativo’ desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidez (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei nº 11.464/07)”.

³⁶ Ver FERREIRA FILHO, 1995, p. 88; SILVA, 2006, p. 194.

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material.

Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos *decorrentes*, provêm ou podem vir a provir do *regime* ou dos *princípios* adotados pela Constituição. E, aqui, teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um *princípio geral de direito*. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do “diálogo” travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício, capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos, é papel que compete ao aplicador do direito.³⁷

³⁷ Cf. DINIZ, 2005, p. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz: “Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validade normativa onde houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: a) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos.

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre alguns dos princípios regentes do nosso sistema constitucional.³⁸

Primeiramente, é necessário dizer que a Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu “haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos”, não obstante, na prática, ser ele “mais aparente do que real”

Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; b) derivados das idéias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando uma certa conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apóiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e c) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de ‘nações civilizadas’ e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, ver MAZZUOLI, 2009, p. 110-111] se tiverem *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral”. (Idem, p. 59).

³⁸ Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, ver BONIFÁCIO, 2008, p. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: “Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe espe-

(LOPES, 2001, p. 92). De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto com a prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais favorável* (HENDERSON, 2004, p. 92-96). Por *dignidade da pessoa humana* pode-se considerar, segundo Maria Garcia (2004, p. 211), a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.³⁹

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a

cial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como *Standards*, padrões de observância obrigatória no sistema de direito”. (Idem, p. 133-134).

³⁹ Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 174), “importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supervalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional”.

Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na *medida* e para o *fim* de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje (GONZÁLEZ PEREZ, 1986, p. 200-203). Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.⁴⁰ Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo esse dispositivo, inserido no capítulo primeiro da Carta alemã, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, nº 1). Assim estatuinto, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da *missão constitucional*. Esse fundamento ético é “anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana,

⁴⁰ Como anota Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 174-175), o princípio da dignidade da pessoa humana “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais”.

mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais” (BONIFÁCIO, 2008, p. 175).⁴¹

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição.

Não se pode esquecer a lição de Peter Häberle (2003), para quem se tem que caracterizar a Constituição como um “sistema de valores”, impedindo-se entender os “valores” no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo Häberle (2003, p. 9-10), os valores não são “impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la ‘singular índole’ de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo jurídico”. Em outras palavras, como leciona Bidart Campos (1995, p. 277), num sistema de normas “que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su sig-

⁴¹ Ainda segundo Bonifácio (Idem): “Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente”. (Idem, p. 175).

nificado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto”.

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4º, inc. II, da Constituição brasileira de 1988. Esse princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.⁴²

Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

4. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de legalidade das normas infraconstitucionais

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional

⁴² Como leciona Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 201), o art. 4º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”, posto que nele temos “a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de *jus cogens*, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração” e, assim sendo, todos eles compõem “um conjunto normativo e axiológico

sem violação de qualquer dos seus preceitos. A *contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênera de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.⁴³ A expressão “controle de *convencionalidade*” ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que

que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbítrio”. Daí se entender, com Otto Bachof (1994, p. 2), que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por “direito” as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém “um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria”.

⁴³ Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, ver SILVA IRARRAZAVAL, 2006, p. 201-219.

criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.⁴⁴ Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais)⁴⁵ criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.⁴⁶ O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.⁴⁷

Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização inter-

⁴⁴ Ver assim, a lição de Alcalá (2007, p. 87): “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid*”.

⁴⁵ Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos), no que tange aos direitos humanos, ver respectivamente, GOY, 2002; TIGROUDJA, 2003; MAZZUOLI, 2008a, p. 239-296; MARGUÉNAUD, 2005.

⁴⁶ Sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, ver RAMOS, 2004.

⁴⁷ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 1-13.

nacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.⁴⁸ Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (JAYME, 1995, p. 259) Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (MENDES, 2005, p. 239) (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados

⁴⁸ A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11).

internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim, nasceu apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Enfim, essa compatibilidade do direito doméstico com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados e (2) em relação àqueles direitos previstos nos tratados *comuns* em vigor no país, tratados estes que se encontram *abaixo* da Constituição, mas *acima* de toda a normatividade infraconstitucional. Vejamos, então, cada qual das duas hipóteses.

A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de *direitos humanos*, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos, aqui, a compatibilidade que

têm de ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos *expressos* nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte. Todos se encontram publicados no *Diário Oficial da União* desde sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados e após terem sido seus instrumentos respectivos depositados no Secretariado das Nações Unidas ONU.⁴⁹

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *inválida* a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida* (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22), e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no *diálogo das fontes* já estudado, uma vez que, para se chegar à justiça da decisão, deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*día*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Essa tese foi aceita pelo Min. Celso de Mello em antológico voto (HC 87.585-8/TO) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no

⁴⁹ Ver o art. 102 da Carta das Nações Unidas.

dia 12 de março de 2008, ao reconhecer o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3º do art. 5º da Constituição). Ficou ali assentado, pelo Min. Celso de Mello, que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras: “Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais” [grifo nosso].⁵⁰

O que se nota com clareza meridiana no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revoga sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional *pro homine*. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine*. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional

dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis. Essa nova concepção jurídica atribui à força expansiva dos direitos humanos um especial realce: o de servir ao direito como instrumento da paz. Esse valor *paz*, reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre *anterior* às normas jurídicas que o absorvem, além de sempre *mais amplo* que elas.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que se encontram em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes* e *válidas*, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”⁵¹) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice-versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que se vão *unir* em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com ape-

⁵⁰ Ver STF, HC 87.585-8, do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12 mar. 2008, p. 19.

⁵¹ CARNELUTTI, 2006a, p. 188.

nas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que *todo* o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna *perfeita*, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido.

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988. Nesse caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvenionalidade...*) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como na via direta [controle *concentrado*]”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5º, § 3º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.⁵²

No raciocínio do professor José Afonso da Silva (2006b, p. 183), apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5º, § 3º, seriam paradigma de con-

trole de constitucionalidade (para nós, de *convencionalidade...*), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso em que o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”).

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,⁵³ podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5º, § 3º, do texto constitucional fez foi tão-somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º, da Constituição. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.⁵⁴ Sem retomar essa discussão, a qual não tem lugar neste estudo, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional.⁵⁵ Assim, à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das

⁵³ Ver as críticas de BONIFÁCIO, 2008, p. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.

⁵⁴ Ver explicação detalhada em MAZZUOLI, 2009, p. 764-774. Ver ainda, MAZZUOLI, 2005, p. 89-109.

⁵⁵ Cf. BARROSO, 2008, p. 207.

normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.⁵⁶

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a

⁵⁶ Ver, nesse exato sentido, MENDES, 2005, p. 239, que diz: “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.

lei infraconstitucional *é compatível* com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn ou uma ADPF), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvencionalidade*), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de ADPF (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado José Afonso da Silva (2006b. p. 179, 2006a, p. 183) –, não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado

e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”. Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convenção, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle *concentrado* (para além, evidentemente, do *difuso*), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* (via de *exceção* ou *defesa*) de constitucionalidade/convenção.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convenção, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle *concentrado* (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; b) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convenção.

Como já se demonstrou em outro lugar, os tratados contemporâneos de direitos humanos já preveem certas “cláusulas de diálogo”⁵⁷ (v.g., o art. 29, alínea b, da Con-

venção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais “cláusulas de diálogo” passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes* no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico⁵⁸ de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna (que Erik Jayme (1995, p. 259) chamou de *diálogo das fontes*) passa a ficar *constitucionalizado* em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a internalização das “cláusulas de diálogo” dos tratados de direitos humanos (e, conseqüentemente, do *diálogo das fontes*) dá-se em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”. (WEIS, 1999, p. 34)

A integração do método dialógico de Erik Jayme no Brasil passa a ter caráter de norma de *ordre public* nacional, para além do caráter internacional também reconhecido de *jus cogens*, à medida que os tratados de direitos humanos que consagram as chamadas “cláusulas de diálogo” são normas aceitas e reconhecidas

⁵⁷ A expressão é de nossa autoria. Sobre tais “cláusulas de diálogo”, ver MAZZUOLI, 2008b, p. 124-139.

⁵⁸ Para a nossa concepção de *dialógica jurídica*, em oposição à conhecida *dialética jurídica*, ver MAZZUOLI, 2008b, p. 142-144.

pela sociedade internacional dos Estados em seu conjunto, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por outras da mesma natureza, fazendo eco à regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tudo o que acima foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, para que só assim possam ser vigentes e válidos na ordem jurídica interna, também deve ser aplicado em relação aos direitos implícitos nesses mesmos tratados de direitos humanos. Os chamados direitos implícitos são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem que passar o direito doméstico para que, somente assim, este sobreviva.

B – Os direitos previstos nos tratados comuns

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – (a) da Constituição e (b) dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, uma segunda conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais comuns em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível *supralegal* no direito brasileiro.⁵⁹ Norma *supralegal* é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se, justamente, da posi-

ção em que se encontram tais instrumentos (*comuns*) no nosso direito interno.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado controle de *legalidade*. Não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais. No caso dos tratados internacionais comuns, estes estão *abaixo* da Constituição, mas *acima* das leis internas. Assim, eles passam a servir de paradigma de *legalidade* das normas domésticas, as quais também serão *inválidas* se violarem suas disposições.

Infelizmente, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2º e 3º do art. 5º, aos quais já nos referimos. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, inc. III, alínea b). Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas *supralegal*) a tais instrumentos. Assim, em relação aos tratados comuns, o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele *posterior* ou *especial* em relação a ela (pela aplicação daqueles critérios *clássicos* de solução de antinomias), mas sim em decorrência do *status* de *supralegalidade* desses tratados no plano doméstico. Nessa ordem de ideias, a *lei posterior* seria *inválida* (e, conseqüentemente, *ineficaz*) em relação ao tratado internacional, que não obstante *anterior* é hierarquicamente *superior* a ela. (PEREIRA, 2001, p. 121-123)

⁵⁹ Para detalhes, ver MAZZUOLI, 2009, p. 339-343.

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível supralegal no Brasil. Tomemos como exemplo o art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.⁶⁰

Na redação do art. 98 do CTN, os tratados em matéria tributária *revogam ou modificam* a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser *observados* por aquela (legislação tributária) *que lhes sobrevenha*. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados *comuns*, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia *superior* às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): *a*) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas *materialmente constitucionais* – art. 5º, § 2º – ou *material e formalmente constitucionais* – art. 5º, § 3º); e *b*) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

O problema que visualizamos, em relação aos tratados *comuns*, diz respeito à falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre trazem dispositivos no sentido de *não excluir* a aplicação do direito doméstico (ainda que

em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for *mais benéfica* aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Nesse caso, parece certo que os critérios tradicionais de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de *direitos humanos* e as normas de direito interno veiculadoras de *direitos fundamentais*, devendo os mesmos ser resolvidos pela aplicação do *diálogo das fontes*, quando o juiz “escuta” o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as “coordena” para aplicá-las (com *coerência*) ao caso concreto (JAYME, 1995, p. 259). E esta “conversa” entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios “vasos comunicantes” (ou *cláusulas de diálogo*) previstos tanto nas normas internacionais (*v.g.*, o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (*v.g.*, o art. 5º, § 2º, *c/c* art. 4, inc. II, ambos da Constituição de 1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais do direito interno devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*.⁶¹ Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado enquanto este vincular o Estado.⁶² Eis aqui a aplicação do *controle de legalidade* das normas de direito doméstico em relação aos tratados internacionais comuns.

A solução para esse caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o

⁶⁰ Para uma análise detalhada deste dispositivo, no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, *ver* MAZZUOLI, 2009, p. 350-353. Cf., ainda, MAZZUOLI, 2007, p. 583-590.

⁶¹ Muitos autores que versaram a *teoria geral do direito* não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, CARNELUTTI, 2006, p. 162-167.

⁶² Cf. PEREIRA; QUADROS, 2006, p. 123.

Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “ não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.⁶³ O “direito interno” referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, *todo* o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado (PEREIRA, 2001, p. 120). Contudo, à medida que se entende que os tratados comuns *cedem* ante a Constituição, tal dispositivo passa a ser interpretado como os temperamentos que o Direito Constitucional lhe impõe.⁶⁴

5. Conclusão

O que se pode concluir, ao fim e ao cabo desta exposição teórica, é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis, tema que antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

⁶³ Não cabe aqui um estudo deste dispositivo. Para tal, ver MAZZUOLI, 2009, p. 225-230.

⁶⁴ Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: “...a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea b). Somente na falta desse comando constitucional é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que suprallegal”. (MAZZUOLI, 2009, p. 226-229).

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a)* a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e *b)* os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, no que toca aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5º, § 3º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seus *status* serão de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do *difuso*) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) previstos no art. 103 da Constituição proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle *de legalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007.

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BANK, Roland. *Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 10, Tomo 2. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo 3 (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 6 ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 13 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FACCHIN, Roberto. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008a.
- _____; MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. *Direito penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: RT, 2007.
- _____; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GOY, Raymond. *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- GROS ESPIELL, Hector. *La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative*. *Recueil des Cours*. v. 218, ano 6, 1989.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. *Revista IIDH*. v. 39. San José: IIDH, 2004.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. *Recueil des Cours*. v. 251, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais*. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La Cour européenne des droits de l'homme*. 3 ed. Paris: Dalloz, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*. v. 378, ano 101. Rio de Janeiro, mar./abr. 2005.

_____. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista Forense*. v. 390, ano 103. Rio de Janeiro, mar./abr. 2007.

_____. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: RT, 2008a.

_____. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008b.

_____. *Curso de direito internacional público*. 3 ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3 ed. revisada e ampliada (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIDEAU, Joel. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*. v. 265. 1997.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2 ed. revisada e atualizada. São Paulo: RT, 2004.

SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. Ius et Práxis*. v. 12, n. 2. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006a.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006b.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TIGROUDJA, Hélène. *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VIGNALI, Heber Arbut; ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. *Revista de Informação Legislativa*. ano 29, n. 115. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1992.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente

A existência de um direito fundamental

Eduardo Biacchi Gomes
Bettina Augusta Amorim Bulzico

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios do Direito Ambiental. 2.1. Princípio do Desenvolvimento Sustentável. 2.2. Princípio da Prevenção. 2.3. Princípio da Precaução (Prudência ou Cautela). 2.4. Princípio do Poluidor Pagador (PPP). 2.5. Princípio da Participação. 2.6. Princípio da não-indiferença. 3. Direitos Humanos e Proteção Ambiental. 3.1. A internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente. 3.2. A globalização da proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente. 4. O Meio Ambiente como patrimônio comum da humanidade: soberania compartilhada. 4.1. A definição de patrimônio comum da humanidade. 4.2. Soberania – Serviço. 4.3. Não-intervenção e não-ingerência. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado vem sendo tratado, no plano constitucional, como um direito fundamental da pessoa humana, devido a internalização dos tratados no nível constitucional.

Antes de ser considerado como um direito fundamental, trata-se de um direito humano de terceira geração, tendo em vista que são considerados como direitos coletivos e difusos, que não podem ser individualizados, notadamente porque a proteção e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de toda a humanidade.

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Espanha, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor da Graduação e Mestrado da UniBrasil, FACINTER e PUCPR. Integrante do Grupo de Estudos PÁTRIAS, UniBrasil, Registrado no CNPQ.

Bettina Augusta Amorim Bulzico é Mestranda em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, professora de Direito Ambiental da UNICEMP e Integrante do Grupo de Estudos PÁTRIAS, UniBrasil, Registrado no CNPQ.

Nas palavras de Norberto Bobbio (2004, p. 37):

“Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou que deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.”

Bobbio (2004, p. 56-57), ao comentar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, assevera que:

“Portanto, torna-se evidente que, ao lado da afirmação dos direitos de cada homem, aos quais se refere de modo exclusivo a Declaração Universal, tornou-se agora madura – através do processo de descolonização e da tomada de consciência dos novos valores que ele expressa – a exigência de afirmar direitos fundamentais dos povos, (...) O Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos, ambos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, começam assim: ‘Todos os povos têm direito à autodeterminação’; e prosseguem: ‘Em virtude desse direito, eles decidem livremente sobre seu estatuto político e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.’ (...) Mais uma vez, para além dos direitos do homem como indivíduo, desenham-se novos direitos de grupos humanos, povos e nações. (Um caso interessante, e bastante desconcertante, dessa Magna Charta dos povos, em processo de elaboração, que fala de um direito inerente a todos os povos de desfrutar e de dispor plenamente de suas riquezas e recursos naturais’. Não é difícil entender as razões dessa afirmação; bem mais difícil é prever suas conseqüências, caso ela seja aplicada literalmente).”

A sociedade internacional, portanto, no que diz respeito à proteção ao meio ambiente, vive um momento emblemático e paradigmático pois, se por um lado os

povos, mediante a aplicação do princípio da autodeterminação, têm o direito de dispor livremente dos recursos naturais, como assevera Norberto Bobbio, referido direito não pode ser aplicado indistintamente, na medida em que a proteção ao meio ambiente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito que se sobrepõe ao primeiro.

Diante dessa dimensão, os países vêm concentrando esforços no sentido de desenvolver programas e firmar tratados na tentativa de evitar uma maior degradação ambiental em nível global.

O presente artigo tem o objetivo de apresentar o sistema de proteção do direito ambiental, principalmente no que se refere ao meio ambiente como patrimônio comum da humanidade. Dessa forma, num primeiro momento, apresenta-se o Direito Ambiental como o conjunto de regras e princípios destinados a proteger e fiscalizar a proteção do bem ambiental. Sempre que possível, pretende-se apresentar a realidade brasileira ao tratar dessas questões.

Num segundo momento, busca-se relacionar a proteção dos direitos humanos com o meio ambiente no sentido de traçar linhas gerais acerca da vertente internacional de proteção, apresentando a conscientização de que o problema ambiental não pode mais ser enfrentado como um problema de âmbito local e sim uma questão que transcende fronteiras. Para tanto, passa-se ao estudo da internacionalização e da globalização da proteção.

Adiante apresenta-se o meio ambiente como patrimônio comum da humanidade, ideia que traz o sentido de responsabilidade comum da comunidade internacional relativamente aos espaços naturais no globo, criando reconhecimento e respeito de tais valores além das fronteiras dos países que os comportam.

Soberania estatal *versus* direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos elementos centrais de estudo do presente artigo, posto que, contemporane-

amente, com a intensificação das relações entre os Estados, o aumento do comércio internacional e, principalmente, com a relevância que a temática ganha neste Século, a própria concepção do Estado-Nação, é colocado em questionamento, com a transmutação do conceito de soberania.

Finalmente, os estudos prosseguem com uma análise das consequências decorrentes da globalização da proteção ambiental no que se refere à soberania dos Estados, que atualmente deve ser compreendida em função de atender o bem comum.

2. *Princípios do Direito Ambiental*

Trata-se do ponto de partida para o estudo de qualquer ramo da Ciência Jurídica. Princípios são alicerces, assentados nos fundamentos éticos, que buscam a verdade das coisas e sustentam o Direito. Entre as várias possibilidades de se compreender os princípios, existem duas vertentes de extrema relevância: o conceito de Alexy e o conceito de Dworkin.

Para Alexy (2001), princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pela medida de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Embora afirme que princípios podem ser equipados a valores, para Alexy (2001, p. 178 e ss.), princípios não são valores. Isso porque os princípios, como normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor. Assim, mesmo tendo uma operacionalização idêntica aos valores, os princípios apresentariam uma diferença básica perante os valores.

Entretanto, Dworkin defende a impossibilidade de equiparar princípios a valores, sob pena de desnaturar a própria lógica

da aplicação normativa. Prefere caracterizar os princípios, distinguindo-os das regras, de acordo com a natureza lógico-argumentativa.

Dessa forma, Dworkin (2002) sustenta que os princípios não apresentam consequências jurídicas quando as condições de aplicação são dadas. Eles não pretendem, nem mesmo, estabelecer as condições que tornam a sua aplicação necessária. Em vez disso, proferem uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção.

Uma vez apresentadas as possibilidades de se vislumbrar os princípios, cabe mencionar que o presente trabalho pretende analisá-los de acordo com o ponto de vista de Alexy. Isso porque os princípios de Direito Ambiental pretendem, acima de tudo, proteger a vida e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

“(…) Os princípios do Direito Ambiental estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar os dois elementos anteriores com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado.” (ANTUNES, 2004, p. 31)

A relevância dos bens tutelados requer uma forma de compreensão dos princípios como normas jurídicas possíveis de aplicação em caso concreto. Sendo que seu descumprimento gera sim consequências jurídicas. As peculiaridades do Direito Ambiental implicam alicerces diversos daqueles que usualmente sustentam os demais ramos do Direito. Destacam-se os princípios abaixo listados e conceituados.

2.1. *Princípio do Desenvolvimento Sustentável*

A antinomia entre desenvolvimento humano e preservação do meio ambiente prevaleceu por muitos anos, sendo neces-

sária para o desenvolvimento industrial e tecnológico a devastação de amplas áreas naturais e o uso descontrolado dos recursos naturais disponíveis. Entretanto, a fim de reverter a previsão de um planeta com escassez de recursos naturais, foi preciso mudar a maneira de pensar e agir.

A partir da década de 60, aproximadamente, o mundo começou a acolher a idéia de que desenvolvimento humano e preservação do meio ambiente deveriam conviver em harmonia, pois um é fonte de recursos para o outro. Em junho de 1972, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano e seu futuro, em Estocolmo, estabeleceram-se princípios comuns entre todas as nações, na preservação e melhoria do meio ambiente.

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável é um deles e visa a harmonizar a durabilidade do modelo de desenvolvimento adotado com a preservação dos recursos naturais e da qualidade do meio ambiente. Visa a garantir o progresso, sem prejudicar o acesso das futuras gerações aos recursos naturais. Abrange ainda questões pertinentes à coibição de agressões ao meio ambiente e à erradicação da pobreza no mundo. (MILARÉ, 2004, p. 150)

Conclui-se, de acordo com esse Princípio, que é possível e extremamente necessário que continue havendo o desenvolvimento e o progresso da humanidade, desde que haja uma gestão racional dos recursos naturais disponíveis.

2.2. Princípio da Prevenção

Prevenção significa agir antecipadamente. Contudo, para que ocorra essa ação, *é preciso que se forme conhecimento do que prevenir.* (MACHADO, 2006)

Visando respaldar o desenvolvimento sustentável, aplica-se o princípio da prevenção nos casos de impactos ambientais, já conhecidos e estudados. Devem-se ter informações suficientes para afirmar que se trata de um ato pernicioso e passível de causar desequilíbrio ambiental.

Esse princípio está explícito na finalidade do Licenciamento Ambiental e seus estudos de impacto ambiental. Ambos são realizados a partir de conhecimentos já adquiridos sobre determinada intervenção no ambiente. Propõem, como forma de prevenção, medidas mitigadoras com o objetivo de minimizar o impacto ambiental.

2.3. Princípio da Precaução (Prudência ou Cautela)

Prevenção e precaução, embora muito parecidas, não podem ser confundidas. Pelo Princípio da Precaução, protege-se o patrimônio natural de riscos previsíveis, sobre os quais se têm poucos dados científicos. Em outras palavras, o Direito tem entendido que, perante a falta de resposta Científica exata para questões que envolvam a atividade humana, o melhor caminho é a prudência.

Essa postura conservadora, como forma de proteção, visa evitar consequências danosas ao meio ambiente. Seu uso está intimamente relacionado ao lançamento no ambiente de substâncias desconhecidas ou que não tenham sido suficientemente estudadas. Portanto, quando se realizam estudos e não se chega a nenhuma conclusão concreta dos impactos ambientais, proíbe-se a concretização do empreendimento por não saber seus riscos.

Isso não significa proibir o uso de substâncias recentemente descobertas e novas tecnologias, com o objetivo de evitar surpresas desagradáveis, pois esse desprezo causaria o estancamento do processo de desenvolvimento, trazendo grandes prejuízos à sociedade.

“Jamais se deve pensar na aplicação da prudência de maneira simplista, pois existe uma complexa relação entre progresso científico, inovação tecnológica e risco” (ANTUNES, 2004, p. 36). Sua aplicação depende de sabedoria e bom senso.

2.4. Princípio do Poluidor Pagador (PPP)

Como todo bem público, a água, o solo, o ar e os demais recursos naturais quando

poluídos ou prejudicados implicam um determinado custo para sua recuperação e limpeza, despesa esta que o Poder Público e a sociedade, por muitas vezes, suporta. O PPP visa repassar esse ônus econômico ao poluidor identificável, de maneira a eliminar, ou pelo menos reduzir, os custos que recaem sobre a sociedade.

Introduzido por um Conselho Diretor que trata de princípios e aspectos econômicos das políticas ambientais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, transformou-se em uma das premissas jurídicas mais importantes para a proteção ambiental e já se encontra nas mais importantes legislações nacionais e internacionais.

No Brasil, a lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, assegura que:

“Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Nota-se que a interpretação gramatical é ponto crucial: o Princípio afirma que o responsável pela poluição deverá pagar pelos danos causados. Não significa dizer que aquele que pagou terá o direito de poluir. O fundamento dessa forma de responsabilização é a solidariedade social e a prevenção mediante imposição da carga pelos custos ambientais aos responsáveis por produtos geradores de poluição. O princípio pretende conscientizar a sociedade acerca da importância do meio ambiente, de seu uso racionalizado e da importância de reduzir a emissão de substâncias poluentes.

O objetivo principal desse princípio seria a determinação de normas do que se pode ou não fazer, além de apresentar regras flexíveis tratando de meios dispo-

níveis que autorizariam o uso de determinado recurso natural. Para atingir um resultado mais satisfatório, o ideal seria aplicá-lo de forma a incentivar atividades não poluidoras e desestimular aquelas que agridem o meio ambiente. Até porque “o proprietário de um bem natural só participará para a sua conservação, à medida que os custos para evitar o dano ambiental fiquem abaixo do custo de reparação do dano. Acima desse limite, perde-se o interesse por uma redução da poluição” (DERANI, 2001, p. 167).

2.5. Princípio da Participação

É de extrema importância que o homem usufrua as riquezas naturais de modo ordenado. Para tanto, toda a coletividade é responsável pela manutenção do meio ambiente. De acordo com Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 74), o princípio compreende a participação na formação das decisões administrativas, a participação nos recursos administrativos e nos julgamentos administrativos, a participação legislativa direta (mediante a instituição do plebiscito ou referendo ambiental) e a participação nas ações judiciais.

Dele decorre o Princípio da Cooperação, por meio do qual se consolida uma divisão de funções dentro da ordem econômica que tem por fundamento as relações de mercado, reportando ao Estado e aos cidadãos a divisão dos custos decorrentes da implementação de uma política preventiva de proteção ambiental. O princípio da cooperação informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade, na escolha de prioridades e nos processos decisórios (DERANI, 2001, p. 161).

Assim, a cooperação divide-se em duas vias. Primeiramente cabe aos cidadãos o dever de preservar, bem como denunciar danos ambientais aos órgãos públicos e exigir destes o cumprimento de medidas de defesa do meio ambiente. Ao Poder Público cabe tomar medidas de controle e fiscalização de ações e empreendimentos

que causem ou ameacem causar problemas ambientais, ponderando seus possíveis malefícios com a questão da utilidade pública da ação. Ademais, as políticas públicas destinadas às questões ambientais devem ser planejadas tendo em vista as questões sociais, vez que precisam caminhar juntas para que ocorra o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o papel da participação e da cooperação é conjugar os diversos interesses individuais ou coletivos, resultando em políticas eficazes para o alcance do bem comum, razão do Estado Social.

2.6. Princípio da não-indiferença

A humanidade vive em um meio ambiente que é constantemente ameaçado pelas questões climáticas e, caso alguma medida não seja adotada pelo homem, em um futuro não muito distante, a própria raça humana poderá ser ameaçada em relação à sua existência.

Não podemos ficar passivos quanto a questão os Estados, e os Povos devem-se unir na busca de adotar medidas específicas com a finalidade de proteger o meio ambiente. O princípio da não-indiferença, elaborado por Sidney Guerra (2006, p. 90 e ss.), traduz-se em uma importante medida de tutela de proteção ao meio ambiente.

Assim torna-se necessário que, por meio da solidariedade, os povos busquem adotar medidas pró-ativas, com vistas a, efetivamente, proteger o meio ambiente, mediante a realização de condutas que possam superar os meros interesses soberanos dos Estados e romper a soberania dos Estados, com vistas a que todos fiquem sensibilizados com a questão ambiental e, dessa forma, tenhamos uma sociedade mais justa, harmoniosa e equilibrada.

Em uma sociedade internacional, que atualmente é desigual, é claro que referido princípio é uma mera proposta, que, entretanto, deve ser examinada pelos Estados e pelos povos, como elemento do futuro de nossa humanidade.

3. Direitos Humanos e Proteção Ambiental

3.1. A internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente

Tanto a proteção dos direitos humanos quanto do meio ambiente evoluíram de forma paralela e muito similar, no sentido de que o tratamento nacional concedido pelo Estados a ambas questões tornou-se, com o tempo, objeto de interesse internacional. Esse processo de internacionalização tem seu ápice com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e com a já mencionada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972.

A promoção e proteção dos direitos humanos constituiu um dos fundamentos ideológicos de organização mundial após a Segunda Guerra Mundial. O texto base ou ponto de partida na proclamação e reconhecimento internacional dos direitos humanos se deu com a Declaração Universal de 1948. Nela segue o objetivo de assegurar a dignidade inerente a todos os membros da espécie humana mediante uma afirmação de direitos iguais e inalienáveis.

Entretanto, segundo Falk (2002, p. 140), nas primeiras décadas do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, predominou a cultura dos direitos humanos em potencial, sendo que as condições necessárias para sua realização em termos de uma melhoria das condições materiais e políticas para os povos do mundo estavam quase totalmente ausentes e não eram sequer previsíveis.

Assim, as premissas da Declaração Universal só foram concluídas 18 anos após, com o advento dos Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos datados de 1966. A partir de então, uma série de tratados globais e regionais abordam a proteção dos direitos humanos. Também há convenções que regulamentam situações concretas (discriminação e tortura, por exemplo), condições humanas específicas (tal como os

refugiados e os apátridas) e grupos vulneráveis (idosos, mulheres, indígenas, etc).

No que tange a proteção ambiental, inúmeros tratados surgiram após a Declaração de Estocolmo de 1972. A regulação internacional se desenvolveu de forma setorizada, apresentando respostas aos desafios propostos em cada uma das áreas. Estima-se que existam atualmente mais de 300 tratados multilaterais para a proteção e conservação da biosfera, aos quais se acrescentam inúmeros textos de organizações internacionais¹. O Brasil muito tem contribuído para o desenvolvimento de tais respostas, o que lhe proporcionou grande prestígio internacional pelas iniciativas de proteção ambiental. A exemplo têm-se iniciativas como a Reunião Rio-92, a Reunião Rio+5, que resultou na Agenda 21 e sua adesão ao Protocolo de Kyoto.

O direito a um meio ambiente sadio e a garantia da qualidade ambiental para a presente e as futuras gerações configuram direitos humanos de terceira geração. Sua titularidade coletiva reflete, dentro do processo de afirmação de direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não a cada indivíduo, mas à coletividade social. Tais direitos consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados como valores fundamentais indisponíveis. Conseqüentemente, a proteção do ser humano e do meio ambiente

¹ "Dès le début de l'élaboration d'une législation internationale relative à la protection de l'environnement, les règles adaptées se divisaient en quatre grands groupes selon leur objectif: protection des eaux continentales, de la mer, de l'atmosphère et enfin celle de la faune et de la flore sauvages. L'oeuvre accomplie est très considérable: environ 300 traités multilatéraux - sans compter les accords bilatéraux, impossibles à chiffrer - environ 150 textes émanant des Communautés Européennes et d'innombrables résolutions, décisions et déclarations adoptées par des organisations internationales forment aujourd'hui un véritable "corpus juris" international dans ce domaine." (KISS, 2008).

passaram a ser enfrentados como desafios globais da atualidade.

O fato de tais questões possuírem tamanha amplitude exige uma nova configuração da sociedade e das relações internacionais e uma nova forma de equacionar aí a experiência humana (PUREZA, 2002). Essa configuração inovadora da sociedade e nova forma de equacionar a experiência humana, que ela implica, vem aflorar o sentimento de pertencimento dentro de uma lógica solidária, comunitária e contra-hegemônica, trazendo a ideia de que o planeta nos pertence e que cada um de nós lhe pertence. Diante disso, deu-se início à busca de soluções globais para a proteção de ambos interesses.

3.2. *A globalização da proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente*

A consciência da inter-relação entre direitos humanos e meio ambiente contribuiu para que a internacionalização da proteção dos direitos humanos e do meio ambiente evoluísse para a globalização, no intuito de buscar soluções com base na solidariedade entre gerações. Essa ideia teve sua origem no século XVII, com as leis de Hugo Grócio², e orientaram a criação do Direito Internacional Público Moderno. Porém, o tema só tomou sua devida importância no século XX, graças a um agrupado de convenções que dão corpo ao regime do patrimônio comum da humanidade e, conseqüentemente, à instituição, pela Unesco, de um regime formal protetor do patrimônio mundial.

A globalização da proteção de bens juridicamente relevantes é um fenômeno que envolve as mais variadas relações entre pessoas e entre instituições, resultando do profundo desenvolvimento da ciência e da tecnologia, principalmente no campo da comunicação, numa redefinição dos papéis dos Estados, dos indivíduos, das comunidades, da sociedade, das empresas

² Fundador e Sistematizador do Direito Internacional, cuja obra prima é *De Jure Belli AC Pacis* (O Direito de Guerra e Paz) de 1625.

e dos novéis blocos político-econômicos regionais. Assim, a globalização não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, capitais, informações e de tecnologia através das fronteiras nacionais, com a consequente criação de um mercado mundial, mas também em função da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum de problemas que afetam a totalidade do planeta, como o combate à degradação do meio ambiente, a proteção dos direitos humanos, o desarmamento nuclear e o crescimento populacional.

Fazendo uma análise histórica acerca da globalização da proteção dos direitos de terceira geração, observa-se que a primeira Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em Teerã, 1968 (duas décadas após a adoção da Declaração Universal), foi a responsável pela ideia de indivisibilidade de todos os direitos humanos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O entendimento veio a ser reforçado com o advento da Resolução nº 32/130, proferida pela Assembleia Geral da ONU em 1977 (três décadas depois da Declaração Universal) orientando que o exame de questões relativas aos direitos humanos fosse feito sob uma ótica global.

Ainda no âmbito da Assembleia Geral da ONU, duas outras Resoluções vieram a reforçar a ideia de inter-relação de todos os direitos humanos: a Resolução 39/145, de 1984, e a 41/117, de 1986. Assim, a proteção de uma categoria de direitos não exime o Estado do dever de resguardar os demais. Mais recentemente, essa abordagem encontrou expressão na Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em junho de 1993. Seus resultados vieram a reiterar a questão da universalidade dos direitos humanos e dos esforços contemporâneos no sentido de garantir a indivisibilidade desses direitos na prática, sobretudo para os grupos com maior necessidade de proteção.

Quanto à proteção ambiental, sua organização setorizada tem contribuído para uma abordagem globalizante. A responsabilidade de tal proteção ficou a cargo das gerações, presentes e futuras, conforme determinou a Carta das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos e Deveres dos Estados, de 1974 (dois anos após a Declaração de Estocolmo). Mais adiante, em 1989, momento em que a Assembleia Geral da ONU utilizou-se da Resolução nº 44/228 para convocar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, ficou reconhecido o fato de que o caráter global dos problemas ambientais requer ação em todos os níveis (global, regional e nacional), envolvendo o compromisso e a participação de todos os países.

Atualmente, o caráter global dessas questões reflete-se na busca pela conservação da diversidade biológica e prevenção da poluição atmosférica. De fato, as sociedades passaram a ter consciência de que o problema ambiental, na atualidade, transcende fronteiras nacionais, deixando de constituir-se num problema de âmbito local, mas de âmbito global (VIEIRA, 1998, p. 96). A partir de então, sua evolução normativa pautou-se num imperativo fundamental de sobrevivência e de solidariedade: a responsabilidade pela preservação da natureza, e consequentemente da vida, para as presentes e futuras gerações.

A Assembleia Geral da ONU, com a Resolução nº 43/53, de 1988, reconheceu ser a mudança climática um interesse comum da humanidade e determina a tomada de ação imediata para cuidar do problema dentro da estrutura global. Por fim, a Rio 92 tratou o tema da mudança climática como “interesse comum da humanidade”.

Certamente as Declarações emanadas das Conferências de Estocolmo (1972) e Rio (1992) estabelecem diretrizes fundadas em condutas devidas pelos Estados, criadas dentro de uma ordem jurídica ambiental flexível e sem caráter estritamente obrigatório e um “dever ser” eticamente idôneo a ser observa-

do de boa-fé e com espírito de solidariedade por todos os Estados e indivíduos.

4. O Meio Ambiente como patrimônio comum da humanidade: soberania compartilhada

4.1. A definição de patrimônio comum da humanidade

A Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada pela UNESCO em 1972, já foi subscrita por 184 Estados. Mais de 800 locais, em mais de 130 países, encontram-se representados na Lista do Patrimônio Mundial e usufruem da proteção da comunidade internacional, bem como da atenção redobrada do público em geral em todo o mundo. A Convenção do Patrimônio Mundial contribuiu – com a ideia inovadora de uma responsabilidade comum da comunidade internacional relativamente aos espaços de valor cultural e natural excepcional no mundo – para a criação de um reconhecimento além-fronteiras dos valores culturais universais.

A originalidade da Convenção está no fato de vincular num mesmo documento o conceito de conservação da natureza e preservação dos espaços culturais, devido à sua íntima relação. Para garantir que a Lista do Patrimônio Mundial reflita a diversidade dos mais variados espaços culturais e naturais do mundo, em 1994 foi aprovada uma Estratégia Global para uma Lista Representativa do Patrimônio Mundial, que propicia a inscrição de espaços de relevante interesse cultural ou natural. A gestão e preservação desses espaços são processos de caráter permanente que interessam tanto as comunidades locais como internacionais.

Nos termos da convenção, o meio ambiente, como patrimônio comum da humanidade, pode ser compreendido de três formas:

“Artigo 2º para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio natural:

– Os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico.

– As formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem *habitat* de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação.

– Os locais de interesse natural ou zonas naturais estritamente delimitadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural.”

Com base nessa nova concepção dos recursos ambientais, muitos autores vêm tratando do surgimento de um Estado Democrático de Direito³ conjugado com a proteção ambiental e abalizado numa lógica solidária, comunitária e contra-hegemônica que, por vezes, tende a limitar a soberania dos países.

De acordo com a convenção, o meio ambiente como patrimônio comum da humanidade pode ser comparado a solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado pela busca da igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico e uso racional do patrimônio natural. Por tal razão e sob o argumento de que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e consumo existentes.

José Manuel Pureza (2002, p. 252) delimita duas fases substancialmente distintas de proteção de tais bens, do ponto de vista do contraste com a lógica territorialista dominante. Ele classifica como as duas fases do patrimônio comum da humanidade. A primeira idade abrange as manifestações de positividade do regime relativamente a

³ Canotilho utiliza-se da expressão “Estado Constitucional Ecológico”. Já Pureza opta pela denominação “Estado Democrático Ambiental”.

espaços comuns onde nunca se havia feito sentir a afirmação de pretensões territoriais. Nesses casos, a contestação da territorialização faz-se de fora do espaço dessa mesma territorialização. Os espaços qualificados como patrimônio comum da humanidade não vão além de um espacialmente diminuído remanescente de apropriação crescente, por isso mesmo confirmando a *contrario* a matriz territorialista do sistema internacional. A discrepância entre os projetos iniciais de Malta, tendentes à qualificação do espaço marítimo no seu todo como patrimônio comum da humanidade, e o alcance espacial da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é algo que vem manifestamente em apoio dessa apreciação.

As situações de segunda idade do patrimônio comum da humanidade traduzem-se na aplicação deste regime a bens e recursos (como os culturais e ambientais classificados como patrimônio mundial pela Unesco) situados dentro do domínio de jurisdição espacial dos Estados. Nesse contexto, a atriz territorial é abandonada. O princípio do patrimônio comum da humanidade passa a atuar dentro do reduto da soberania territorial dos Estados e o significado maior da consagração desse princípio é a alteração profunda da lógica de exercício da soberania dos Estados. Não se trata de constituir um patrimônio independente de titularidade da comunidade internacional, com base em bens retirados da jurisdição dos Estados. O que ocorre é uma transformação no modo de atuar dos países em relação a esses bens e recursos. A lógica territorialista dá lugar, nesse novo quadro, a uma gestão desses espaços e bens guiada pela noção de função social e ecológica (a função social e ecológica da soberania, ampliação planetária da função social e ecológica da propriedade) e relacionada à transtemporalidade e à transespacialidade da Humanidade. Isso faz com que a soberania-domínio passe a ser substituída pela soberania-serviço (PUREZA, 2002, p. 253).

4.2. A Soberania – Serviço

Pureza (2008), ao relacionar direitos humanos de terceira geração e proteção ambiental, esclarece que:

“Este sentido comunitário que norteia os direitos humanos da terceira geração impõe-lhes duas notas características principais: em primeiro lugar, são direitos que se enraízam em preocupações incindivelmente planetárias, pelo que exprimem uma interdependência alargada, simultaneamente trans-espacial e trans-temporal, isto é, quer entre todos os membros presentes da Humanidade, quer entre as gerações presentes e as gerações futuras; em segundo lugar, enquanto veículos jurídicos dessa interdependência alargada, os direitos da terceira geração enfatizam a sobriedade e a frugalidade no uso dos bens e a sua administração responsável. Em suma, enquanto a liberdade, como valor-guia dos direitos da primeira geração, tinha como pergunta emblemática ‘que posso fazer?’, a solidariedade, como valor-guia dos direitos da terceira geração, inspira uma outra pergunta emblemática: ‘que devo fazer?’. Essa é, de facto, a pergunta-chave do tempo da crise ecológica.”

Constata-se que o patrimônio comum da humanidade provocou transformações nas relações internacionais. De fato, o problema ambiental de um Estado é, de certa forma, interesse de toda a comunidade internacional visto que a poluição não respeita os limites territoriais do Estado. O ecossistema global é interligado, interdependente, e a degradação de áreas naturais não prejudica apenas o ecossistema em cujo território está inserido, mas os povos de todo o globo.

Embora o princípio de não-interferência nos assuntos internos de um poder soberano seja um dogma da legislação internacional, sempre que há um problema

envolvendo violação de direitos humanos e destruição do meio ambiente em determinado Estado, os demais buscam interferir no sentido de resolver a questão. Isso é feito sob o argumento de que a comunidade internacional tem a *obrigação* de intervir em defesa dos direitos humanos em qualquer lugar do mundo. Por outro lado, tal tipo de intervenção confronta-se com o conceito tradicional de soberania, o qual pressupõe que a última palavra nos assuntos internos seja sempre dada pelo Estado soberano, sem interferência dos demais.

Diante disso, uma série de questões podem ser postas: Até que ponto um Estado pode agir de modo a prejudicar toda a humanidade, tendo por base sua soberania e a igualdade entre os Estados? É aceitável que um país destrua patrimônio comum da humanidade, ou coloque em risco a sobrevivência e a qualidade de vida de todas as espécies do planeta, com base nesses princípios? Pode um tratado se opor à ratificação de todo e qualquer tratado que verse sobre questões globais, e, com esse comportamento, prejudicar a humanidade?

A resposta para tais indagações encontra-se na concepção de poder soberano. Certamente, não é possível compreendê-lo como ilimitado. A soberania é condicionada tanto aos fatores históricos e sociais quanto às leis. Nesse sentido, e levando em consideração que o Estado, e, por conseguinte, a soberania, devem existir em prol do bem comum, é que se pode partir para uma justificativa das interferências, de um Estado em outro, que vêm acontecendo quando direitos humanos são desrespeitados ou o meio ambiente é prejudicado. Ora, sendo as fronteiras construções artificiais criadas pelos Estados, nos dias de hoje, mais do que nunca, há necessidade de enfrentarmos os desafios decorrentes desse fato e seus reflexos no direito.

Entretanto, se por um lado acontecimentos desse tipo realmente motivam países a “palpar” nos assuntos de outros países, com o intuito de proteger a humanidade

como um todo, na maioria das vezes, além do sofrimento dos povos e do desrespeito à natureza, há também maciços interesses econômicos. Nem é demais mencionar que a capacidade de desrespeitar os direitos humanos e o meio ambiente parece estar diretamente relacionada ao poderio econômico do país desrespeitador.

No que tange às questões ambientais, por exemplo, constata-se que a população dos países industrializados no hemisfério norte, que corresponde a 20 % da população mundial, gastam 80% da energia e produzem de 75 a 80% dos gases responsáveis pelo aquecimento da atmosfera, o denominado efeito estufa. Portanto, os níveis de poluição são diretamente proporcionais ao modo de produção e de vida da população (VIEIRA, 1998, p. 94). Alegando os possíveis prejuízos econômicos que poderiam ocorrer, ignorando a solidariedade, foi que os Estados Unidos se tornaram o país que mais hesitou em assinar o Protocolo de Kyoto.

Esse mesmo país, pátria da democracia e da liberdade, é responsável por violar direitos básicos da pessoa ao desrespeitar Convenções sobre prisioneiros de guerra e prender suspeitos de terrorismo (sem provas), deixando-os incomunicáveis por meses e sem direito a advogado. Viola, inclusive, os direitos de crianças e adolescentes, descumprindo a Convenção de Haia, sobre adoção internacional, e “devolve” ao Brasil um adolescente legalmente adotado por americanos, haja vista ter sido condenado por um crime.

Por outro lado, os países economicamente mais fracos sucumbem ao peso de um possível embargo, de uma possível retaliação econômica, e acabam, na prática, tomando decisões “soberanas” que tenham sido “recomendadas” pelos países economicamente dominantes.

Diante de tudo isso, boa parte dos autores atuais entende que há necessidade de se repensar o conceito de soberania, para que se possa adequá-lo a um mundo

altamente globalizado e interdependente. O que parece ser menos unânime é quanto ao nível em que será realizada essa revisão: se o conceito em si deve ser alterado ou se deve ser feita apenas uma releitura do conceito existente; e mais, no caso de se entender que o conceito deve mesmo ser reformulado, qual seria a melhor forma de fazê-lo, quais elementos deveriam ser acrescentados ou subtraídos.

Boaventura de Sousa Santos, Richard Falk e José Manuel Pureza fazem parte da corrente que compreende que o Estado e sua soberania devem ser reformulados, incluindo o sentido de solidariedade em seus conceitos.

Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 252) sublinha que um dos momentos decisivos dessa reconfiguração é a transformação do Estado nacional em “novíssimo movimento social”. Essa transformação envolve, para ele, a emergência de “uma nova forma de organização política mais vasta que o Estado, de que o Estado é articulador e que integra um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais e globais”.

Richard Falk (2002, p. 224), por sua vez, traz o conceito de “Estado militante” e “cidadãos peregrinos” referindo-se ao impacto desestruturador que a globalização acarreta para os conceitos tradicionais de cidadania e de comunidade. O Estado militante nada mais é do que a transfiguração da clássica matriz *vestfaliana* da soberania estatal em disponibilização dos canais de política externa para o patrocínio de causas na sociedade civil global. Esse Estado tido como solidário e pós-moderno se alinha com forças sociais progressivas em vários cenários específicos e se recusa cumprir a disciplina do capital global se os respectivos resultados determinarem a produção de danos sociais, ambientais e espirituais. Por sua vez, o cidadão peregrino é a síntese de uma comunidade humana imaginada articulada sobre os valores da não violência,

da justiça social, do equilíbrio ecológico e da democracia participativa.

Pureza completa o pensamento acima sugerindo que o Estado militante deva associar-se com coligações transnacionais de organizações não-governamentais, em que os Estados assumissem o papel de potencializadores internacionais das aspirações contra-hegemônicas formuladas pelas ONG's, assumindo-as como suas.

4.3. Não-intervenção e não-ingerência

Vigora, no direito internacional, o princípio da igualdade soberana entre os Estados, conforme o disposto no artigo 2º da Carta das Nações Unidas do ano de 1948. Como os Estados são igualmente soberanos, ao menos formalmente, não é lícito que nenhum Estado venha a se imiscuir em questões de natureza interna de outro Estado, princípio da não-intervenção.

Pelo princípio da não-ingerência, a Organização das Nações Unidas somente poderá intervir em questões de interesse soberano dos Estados, quando os mesmos transcenderem as fronteiras do Estado e, portanto, colocarem em risco toda a sociedade internacional.

Sidney Guerra (2006, p. 188 e ss.) questiona se os Estados possuem o poder soberano e ilimitado de, livremente, explorarem as suas riquezas naturais, mesmo que as condutas venham a acarretar danos irreversíveis ao meio ambiente e, portanto, para toda a humanidade.

Referido autor ressalta a ideia de interferência humanitária na matéria ambiental, quando o ato puder minorar o sofrimento da população civil o que, em tese, poderia ser utilizado na área do meio ambiente. Conclui ao afirmar que, não obstante, a soberania do Estado em utilizar livremente os recursos naturais (Princípio n. 2 da Convenção do Rio), a mesma não pode ser aplicada indistintamente, porque deve estar presente a razoabilidade.

Pela razoabilidade nas políticas estatais, o país, não obstante seja soberano para

explorar o meio ambiente, deve fazê-lo de forma racional, de forma a não prejudicar toda a humanidade.

5. Considerações finais

Neste Século XXI, a questão do meio ambiente ganha relevante destaque no cenário internacional, tendo em vista o grande desenvolvimento tecnológico e o fomento do intercâmbio comercial, que surgiu, principalmente, a partir da década de 90.

O homem passou, então, a utilizar o meio ambiente, não mais como seu aliado, mas como um instrumento de desenvolvimento predatório, sem se lembrar, entretanto, que depende, para a sua própria sobrevivência, da manutenção equilibrada do meio ambiente.

Com a degradação ao meio ambiente, surgiu uma nova preocupação comum: a do postulado globalista de proteção ao meio ambiente, que despontou com o reconhecimento desse bem como patrimônio comum da humanidade, e pode ser compreendido na medida em que se reconhece a insuficiência da proteção nos níveis de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não). Faz-se necessária a proteção de acordo com sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, no intuito de alcançar um padrão de proteção ambiental razoável em nível planetário e estruturar uma responsabilidade global (de estados, organizações e grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental.

A proteção globalizada pretende, em última análise, a produção de um Direito Ambiental Mundial. Isso não significa desprezar as estruturas estatais e as instituições locais; mais do que isso, trata-se de buscar uma conscientização de toda a humanidade, no sentido de que o meio ambiente deve ser protegido e tutelado, sem que implique, necessariamente, a perda do direito de soberania dos Estados em explorar o meio ambiente.

Entretanto, como asseverado anteriormente, mediante a aplicação dos princípios e postulados construídos, referida exploração deve-se dar de forma equilibrada e racional, de forma a preservar o bem maior da humanidade, que é o meio ambiente, que se trata de um direito humano, no plano internacional, e de um direito fundamental de todos.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALK, Richard. *La Globalización depredadora: una crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

KISS, Alexandre. *Droit international de l'environnement*. Disponível em : <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9148_1_0001.htm>. Acesso em: 30 jan. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestfaliano. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_8826_1_0001.htm>. Acesso em: 01 fev. 2008.

VIEIRA, Litszt. *Cidadania e globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

Tutela como um mecanismo de produção e reprodução da desigualdade étnica e racial na sociedade brasileira pós-colonial

René Marc da Costa Silva

A legislação internacional, desde a Segunda Guerra Mundial, na esteira da força política e da legitimidade que os preceitos dos direitos humanos alcançaram na defesa de indivíduos e povos subordinados de todo o mundo, vem-se constituindo em instrumento significativo de transformação dos sistemas normativos no interior dos Estados-Nação. O Brasil não ficou alheio a esse processo, haja vista o significativo alinhamento que nosso ordenamento sofreu à luz da forte influência do direito internacional, dos muitos convênios e acordos subscritos pelo Estado brasileiro. O impacto desse processo provocou, no caso brasileiro, a redefinição do desenho constitucional do país e a consequente necessidade de reorientação das relações do Estado brasileiro com os segmentos sociais etnicamente marcados. Isso fica patente e se cristaliza na Constituição de 1988.

Tal como sustenta Duprat Pereira (2002, p. 41), esta Carta Magna de fato representou, na história jurídica e constitucional brasileira, um ponto de *clivagem* em relação a todo o sistema constitucional anterior, uma vez que reconheceu

“o Estado brasileiro como *pluriétnico*, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes gru-

René Marc da Costa Silva é Doutor em História pela Universidade de Brasília - UnB, Antropólogo e Professor do Programa de Mestrado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

pos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprio ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade”.

Derivada dessa noção, consolidou-se no país, a partir de 1988, a ideia de que o direito produzido pelo Estado não pode ser considerado como único. Não apenas o *pluralismo jurídico* ganhou relevância e legitimidade nesse processo; fizeram-se importantes também outras noções de direito oriundas do campo social, das práticas concretas de seus agentes, do cotidiano popular e suas demandas. Permitiram, sobretudo, abrir ataques e críticas ao que se percebia como limitações intrínsecas ao positivismo jurídico, posto que, no âmbito da história constitucional brasileira, este, sistematicamente, confundiu os diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com uma ideia totalizante de *povo* homogeneamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades. Afirmava-se naquela oportunidade então, por parte do Estado, uma ideia de direito unidimensional e plenipotenciária.

Como um dos principais desdobramentos do intenso processo de crítica dessa história nacional de caráter homogeneizante, enfraqueceram-se gradualmente as perspectivas de *assimilação* dos povos indígenas, como também as ações que visavam sua paulatina integração e redução ao conjunto da sociedade englobante. Deram lugar, por sua vez, a novas ideias pautadas pelo direito à (e à valorização da) diferença, ao reconhecimento da diversidade cultural e étnica, deslocando inevitavelmente as relações entre o Estado e esses povos.

Tais deslocamentos abriram significativas fendas nas estruturas historicamente hegemônicas de poder, o que permitiu o desenvolvimento de mecanismos de proteção (jurídicos e sociais) efetivos dos modos de ser, viver e existir das *diferenças*, definidas sociopoliticamente como os outros do po-

der. Tais instrumentos se tornaram ferramentas importantes, particularmente para grupos sociais marcados etnicamente.

Consubstanciou-se, para eles, a possibilidade concreta (como no caso dos quilombolas, por exemplo) de se beneficiarem de uma nova modalidade de apropriação definitiva e coletiva da terra, baseada no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, ou no *esvaziamento* da tutela como mediadora das relações jurídicas do Estado com as sociedades indígenas.

Contudo, intriga-nos um aparente paradoxo: tais redirecionamentos abriram espaço para uma gramática discursiva fortemente pautada pela necessidade de ações e medidas de promoção da igualdade e dignidade desses grupos sociais. Todavia, não se conseguiu viabilizar, no interior do poder público, uma *política étnica* definida.

Pelo contrário, como já foi assinalado em outros lugares (ALMEIDA, 2005), no momento em que se esperava um grande avanço - sobretudo a partir dos governos petistas de Lula - no âmbito do Estado, da adoção de uma política étnica ou mesmo de ações governamentais sistemáticas, isso não aconteceu. Ou seja, as ações políticas para tais populações não deixaram de ser desarticuladas, fragmentadas, descontínuas e desorganizadas. Produziu-se, mesmo, no que concerne a isso, uma indisfarçável desorganização nos aparelhos de Estado definidos ou incumbidos da tarefa de enfrentarem essa questão.

Multiplicam-se, por sua vez, as agências e instituições direta ou indiretamente incumbidas de elaborar e implementar ações, políticas públicas ou projetos orientados para esses segmentos sociais. Estas, absolutamente, não conseguiram, nem tampouco conseguem ainda hoje, dialogar entre si, articular ações e programas com concepções dentro das quais estratégias bem definidas pudessem alavancar tais populações subalternas a condições diferentes

das tradicionais relações de poder vigentes no interior da sociedade.

Como pensar esse aparente paradoxo sem cometer alguns equívocos que frequentemente se apresentam como verdadeiras armadilhas ao pensamento. Alguns, por exemplo, imaginaram a sociedade brasileira de fins dos anos 1980 madura e pronta para consolidar numa constituição progressista os avanços da redemocratização, impondo-a como derrota definitiva ao imaginário reacionário e às forças sociais conservadoras e seus interesses econômicos e políticos no país. De outro lado, diferentemente, outros sustentam que daquele processo emergiu um Estado de viés modernizador, para o qual se punha clara a exigência de separação entre o público e o privado, a defesa e respeito a um indivíduo visto como igual perante a lei, caracterizada como universal; em tudo incompatível com uma sociedade, de outra sorte, percebida como caótica, desorganizada, anti-individualista, *essencialmente* desigual. Um terceiro conjunto de interpretações, mais sofisticadas, enxerga, por sua vez, presente e hegemônico no Estado um núcleo constitutivo de referências organizadoras das sociedades ocidentais, a partir do qual aquele se esforça por disciplinar a sociedade, todavia por meio de um *diálogo* – não mais como uma contradição – que constantemente compõe, acomoda e concilia os parâmetros contraditórios ou sinais divergentes.

Para estes últimos, o traço distintivo da cultura brasileira não seria outro senão esse permanente e eterno esforço conciliador; acomodar impulsos oriundos de um Estado controlado parcialmente por segmentos de elites cujo ideário e horizontes estariam solidamente fincados na grande tradição ocidental europeia, com movimentos de uma sociedade híbrida, marcados por tradições ou matrizes culturais subalternas (africana e indígena), potencialmente desorganizadoras.

Encaminharemos aqui essa reflexão a partir de uma outra *démarche*. Compreen-

dem, outrossim, sociedade e Estado como um todo orgânico em que este último não é mais do que uma caixa de passagem de fluxos de energias e tensões nascidas no âmbito da primeira. Não entendemos a sociedade dividida em duas partes distintas, contraditórias ou antagônicas, lutando entre si. Somos uma sociedade nascida de uma situação colonial originária que articulou diversos elementos de matrizes culturais distintas, produtoras e conformadoras de uma única Tradição. Nesse sentido, Estado e sociedade caminham, para nós, em uníssono. O primeiro tão-somente institucionaliza antigos e novos mecanismos e dispositivos de poder, promanados de uma estrutura social organizada desde o início como profundamente hierárquica e desigual. Trabalham e trabalharam desde sempre para a produção e reprodução dessa estrutura os mais diversos dos seus elementos, inclusive os de matriz ocidental europeia (o direito, por exemplo).

Essa experiência colonial portuguesa promoveu, na sua possessão americana, um tipo específico de gestão territorial e processos de regionalização, maneiras particulares com as quais determinou estratégias de movimentação, transporte e realocamento de populações subordinadas, além de práticas difusas de agenciamento de forças sociais em aparelhos de Estado ou em suas instituições, orientadas para a disciplinarização, homogeneização e controle da alteridade. O direito institucionalizado cumpriu, nesse processo de normalização e governamentalização, papel decisivo.

Muitos são os exemplos desse exercício colonial e pós-colonial do poder; casos concretos, tais como as relações entre o Estado e a Terra Indígena de São Marcos, em que, já no século XVIII, a população indígena foi utilizada pela Coroa Portuguesa para ocupar a fronteira colonial e barrar as invasões intentadas por espanhóis e holandeses, e a distância que vai entre o reconhecimento oficial por parte do Governo Federal e as práticas vigentes – discriminatórias e

xenóforas – do Governo e da sociedade roraimenses contra os índios. A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, por seu turno, também no Estado de Roraima, passa por situação ainda mais dramática; sua área foi demarcada em 2005 e ainda hoje o Estado não conseguiu retirar os não-índios da reserva, apesar de inúmeras tentativas.

Tais exemplos históricos permitem-nos divisar, sobretudo, as formas pelas quais a sociedade brasileira em geral, e o Estado em especial, desde o período colonial até bem recentemente, concebeu a diferença etnicamente marcada e se relacionou com ela. Um modo específico, mas nuclear, do exercício colonial ou pós-colonial do poder – suas estratégias de permanência e reprodução, seus mecanismos, efeitos ou tecnologias – apresenta-se em sua inteireza pela *tutela*, nas diferentes maneiras de sua manifestação. Considerar tais processos ou mecanismos possibilita-nos compreender sua forma específica de operar, mas também, e à semelhança com essa, as muitas outras formas que o poder estrutura com os diversos grupos sociais subordinados no país.

A *tutela* é, no âmbito desse complexo de estratégias, um dos principais dispositivos de controle, posto que fundada na transferência de autonomia, iniciativa, direitos, capacidades, prerrogativas do indivíduo para outrem. A tutela, contudo, não se caracteriza nessa reflexão como uma espécie de astúcia do poder, do Estado contra a sociedade. Para nós, a tutela é fruto, é resultado prático da maneira como se estruturou o antigo sistema colonial português no Brasil, como nele se organizou desde o início a sociedade brasileira, sua ideologia ou cultura. Vivemos, outrossim, numa sociedade pós-colonial como um todo.

É a partir dessa cultura ou mentalidade tutelar difusa, presente ao longo da totalidade social, que traduzimos os elementos modernizadores e as inovações jurídicas internacionais, fazendo-as trabalhar, no mais das vezes, para reproduzir as tradicio-

nais hierarquias e desigualdades políticas, sociais e econômicas recalcitrantemente presentes na sociedade brasileira.

É assim, nos limites desse quadro, que faz sentido e se torna inteligível, por sua vez, pensar também o complexo processo que envolve as articulações entre as demandas do mundo globalizado e as necessidades e prioridades das comunidades locais. Esse processo se apresenta ora alargando estrategicamente os parâmetros jurídicos nacionais e internacionais que balizam as relações entre os diversos agentes políticos ou burocráticos com as comunidades tradicionais, ora forçando o Estado a redefinir seus dispositivos de poder no enfrentamento de situações específicas na relação de suas agências com tais comunidades e na administração das relações dessas com empresas nacionais ou transnacionais.

É no interior dessa moldura de uma paisagem tutelar ampla que podemos colocar também em perspectiva a formação de um vasto quadro de funcionários especialistas, seus saberes e práticas acumuladas, que se constituíram como representantes, no plano político-administrativo-institucional, de uma cultura geral tutelar e de um Estado nacional pós-colonial; agentes diretos de uma cultura política que perpetua na prática, repondo permanentemente, a desigualdade e que tem como sua ponta de lança o poder tutelar.

As agências, e seu vasto corpo de funcionários, de uma outra maneira, são hábeis em traduzir, resignificar e canalizar a novidade desses elementos constitucionais para os fins últimos de produzir, manter e reproduzir a estrutura colonial hierárquica de poder, seus valores e horizontes. Essas agências ou instituições não são obsoletas, como é comum pensar; funcionam muito bem. A ausência de ações sistemáticas, coordenadas, integradas; a ineficiência de procedimentos antiquados, recursos limitados e orçamentos frequentemente contingenciados, além da total inexistência de planejamento são o braço forte de estra-

tégias pós-coloniais de um Estado que dá concretude a uma consciência social geral tutelar.

Orientamos, portanto, o entendimento sobre esse falso paradoxo ou descompasso para a percepção de que é, outrossim, a sociedade brasileira como um todo que é tutelar, de que não existe propriamente um “Estado” de caráter moderno ou modernizante, representando e afirmando, em separado, a hegemonia de uma elite pautada ou formada a partir de elementos individualistas, fundada na separação entre público e privado, afirmando uma crença igualitária, etc., que seriam, por sua vez, vistos como traços isolados, constitutivos de uma Tradição ocidental particular, idealmente desconectada (ainda que para efeito analítico) da totalidade social. Não estão em jogo duas Tradições em confronto ou em discrepância; existe uma única Tradição: a Tradição brasileira.

Não há, portanto, um verdadeiro descompasso entre as inovações jurídico-políticas internacionais, trazidas e incorporadas pela Constituição de 1988, e essas agências – nascidas em meio ao atraso, à Lei de Segurança Nacional, o período autoritário, etc. –; ao contrário, opera-se, por meio dessa Tradição, do que chamamos cultura brasileira, a triste conversão de uma multiplicidade de princípios para um idioma comum.

Cultura aqui pode ser entendida no âmbito do que Dumont chama ideologia. Para este, ideologia semelha-se muito àquilo que a antropologia americana chama de cultura:

“Chamamos de ideologia o conjunto de idéias e valores – ou representações – comuns em uma sociedade ou correntes em dado meio social (...), ideologia é (...) um conjunto social de representações (...) elas constituem as categorias de base, os princípios operatórios da ‘grade’ de consciência, as coordenadas implícitas, em suma, do pensamento comum. (...)

A definição de ideologia que adoto repousa (...) em tudo o que é socialmente pensado, acreditado, atuado, a partir da hipótese de que há uma unidade viva disso tudo, escondida sob nossas distinções habituais (...) ela é o veículo espontâneo do nosso pensamento, e nela permanecemos encerrados por tanto tempo que não a tomamos como objeto de nossa reflexão. (...) os elementos de base da ideologia permanecem quase sempre implícitos. As idéias fundamentais são tão evidentes e onipresentes que não tem necessidade de ser expressas: sobre o essencial nada é preciso ser dito, é o que se chama ‘a tradição’.” (DUMONT, 2000, p. 19-41).

É evidente que sempre se pode, para fins analíticos, buscar a história das origens e a participação dos elementos da Tradição ocidental europeia na formação da Tradição brasileira. Isso é plenamente possível. Todavia, fazê-lo implica, no mais das vezes, além de inútil, conceder à tese de que tais elementos conformam um conjunto de ideias e ações disciplinadoras, a partir das quais se intenta (tarefa das elites, ou melhor, dos segmentos mais ou menos esclarecidos das elites do país), sempre de maneira precária, incompleta, a disciplina- rização da totalidade social brasileira percebida como caótica, imperfeita ou lacunar. (DERRIDA, 1996)

A busca pela (prótese de) origem faz ressaltar inelutavelmente uma lacuna. Sim, e o faz porque, e tão-somente porque, lá nos começos brilha a luz cegante de um modelo, refulge nos princípios sempre um *Pai*, e esse *Pai* é o valor. O valor por excelência.

“O bem, na figura visível-invisível do pai, do sol, do capital, é a origem dos *ónta*, de seu aparecer e de sua vinda ao *logos* que os distingue e os reúne ao mesmo tempo (...) O bem (o pai, o sol, o capital) é, pois, a fonte oculta, iluminante e cegante, do *logos*. E como não se pode falar disso que

permite falar (proibindo que se fale dele ou que se lhe fale face a face), se falará apenas disso que fala e das coisas que, exceção de uma só, se fala constantemente. Como não podemos dar conta ou razão disso de que o *logos* (conta ou razão: *ratio*) é responsável ou devedor, como não podemos contar o capital e encarar o chefe, será preciso, por operação discriminativa e diacrítica, contar o plural dos juros, dos lucros, dos produtos, dos descendentes.” (DERRIDA, 2005, p. 28)

Pensemos com Derrida, então, por um instante, o modelo. O Modelo como valor. A Tradição ocidental europeia assumida como modelo, como o *ontá*, revela imediatamente no seu outro lacunas, incompletudes e imperfeições. Mas reafirma também, por outro lado, o próprio Modelo.

De fato, o Modelo é, ele próprio, condição de possibilidade da apreciação daqueles de que é modelo; assim sendo, não está, ele mesmo, sujeito à apreciação, ou ainda, uma vez apreciado pelos seus próprios critérios, apresenta-se sempre perfeito.

Ora, isso se dá precisamente quando identificamos, por exemplo, a noção de pessoa que orienta boa parte das nossas relações sociais como uma corrupção ou degenerescência da categoria de indivíduo, ou quando aceitamos que a mistura entre público e privado que pauta a condução dos nossos negócios e comportamentos não é mais do que uma licenciosidade imperdoável derivada de uma separação em tudo rigorosa dessas duas esferas ou espaços sociais, nitidamente presentes no âmbito das sociedades pan-europeias. É como se nos puséssemos a dizer: no interior do Modelo, não se apresentam incoerências, sombras ou zonas de ambiguidades. Tais sombras ou ambiguidades, vistas como imperfeições ou corrupção, só ocorrem fora do Modelo.

Para nós, explorar esse problema passa, de qualquer forma, pela história como elemento analítico fundamental. Não falo

propriamente de História, mas de uma certa história – concebida, bem entendido; menos como paixão pela origem, mas, muito mais, como atenção genealógica aos moldes de Nietzsche.

Para esse autor, a filosofia do sentido e dos valores deveria ser uma Crítica. Façamos então a crítica do Modelo como crítica do sentido e do valor. Por essa perspectiva, o modelo se estabelece na medida em que realiza as avaliações segundo valores já naturalizados. Assim, ainda que seja o valor do valor, quando criticamente analisado, passa por “valor natural” no processo de aplicação ao outro, ou mesmo de sua assimilação pelo outro. A crítica rejeita essa última perspectiva e insiste em analisar o Modelo pelo que ele é: o valor do valor, que se remete à problemática da própria criação do Modelo.

“Os valores aparecem, ou se dão, como princípios (...) uma avaliação supõe valores a partir dos quais aprecia fenômenos. Porém, por outro lado e mais profundamente, são os valores que supõem avaliações, ‘pontos de vista de apreciação’ dos quais deriva seu próprio valor’. O problema crítico é o valor dos valores, a avaliação da qual procede o valor deles, portanto, o problema da sua criação.” (DELEUZE, 1976, p. 1)

Nesse ponto, podemos fazer a crítica do sentido do Modelo como a crítica de uma invenção, da criação do valor, da criação do Modelo como valor. Invenção de si, como o valor do valor; mas também, e por outro lado, invenção do outro como um não-valor.

Por fim, não combateremos a ideia de Modelo, ou, mais precisamente, a ideia da Tradição europeia ocidental como Modelo, para reinstaurá-la num outro processo similar: o da Tradição brasileira como modelo, numa cadeia que resulta numa permanente remissão ao *ente* e sua presença. Pensamos aqui, diferentemente, a tradição brasileira, bem como qualquer ideia de tradição, como

diferença diferida. Como *différance*, como um movimento, como um *rastro*.

Para nós, não existe modelo, na mesma medida em que não existe origem. Quando se pensa em origem, onde se instaura um modelo:

“A diferença não comparece. Mantém-se esquecida. Só o diferenciado – o presente e a presença – se revela, mas não *enquanto* diferenciado. Pelo contrário, o rastro matinal da diferença apaga-se desde que a presença surge como um ente-presente e descobre sua proveniência num ente-presente supremo. Uma vez que o rastro não é uma presença, mas o simulacro de uma presença que se desloca, se transfere, se reenvia, ele não tem propriamente lugar, o apagamento pertence a sua estrutura. Não apenas o apagamento que sempre deve poder surpreendê-la, sem o qual ela não seria rastro, mas indestrutível e monumental substância, mas o apagamento que desde o início o constitui como rastro, que o instala na mudança de lugar e o faz desaparecer na sua aparição, sair de si na sua posição.(...) não é mais aquilo para que em última instância reenvia todo reenvio. Torna-se uma função numa estrutura de reenvio generalizado. É rastro e rastro do apagamento do rastro.” (DERRIDA, 1991, p. 58)

Nessas perspectivas sobre a cultura brasileira acima mencionadas, o que se convencionou chamar de Tradição ocidental europeia é simplesmente um lugar a partir do qual se instala um particular regime discursivo em cujo centro vigora um senhor. Todavia, não nos esqueçamos nunca que:

“Contrariamente ao que somos a maior parte das vezes tentados a crer, o senhor não é nada. E não tem nada de próprio. Porque não possui como próprio, *naturalmente*, o que no entanto chama a sua língua; porque, independentemente do que

queira ou faça, não pode entretecer com ela relações de propriedade ou de identidade naturais, nacionais, congênitas, ontológicas; porque não pode acreditar e dizer esta apropriação senão no decurso de um processo não natural de construções político-fantasmáticas; porque a língua não é o seu bem natural, ele pode justamente por isso historicamente, através da violação de uma usurpação cultural, ou seja, sempre de essência colonial, fingir apropriá-la para impor como a sua. Tal é sua crença que ele quer obrigar a partilhar pela força ou pela manha, e na qual ele quer obrigar a crer, como num milagre, pela retórica, pela escola ou pelo exército. (DERRIDA, 1996, p. 37-38)

Referências

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Nas bordas da política étnica: os Quilombos e as políticas sociais. In: _____. *Territórios quilombolas: reconhecimento e titulação das terras*. Boletim Informativo do NUER/UFSC. v. 2, n. 2. Florianópolis, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- DUMONT, Louis. *Homo aequalis*. São Paulo: Edusc, 2000.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de platão*. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- _____. *Da hospitalidade*. São Paulo: Esculta, 2003.
- _____. *O monolinguismo do mutro - ou a prótese de origem*. Porto: Campos das Letras, 1996.
- _____. *Margens da filosofia*. São Paulo: Paysannes e Papyrus, 1991.
- DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a filosofia*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- _____. *Foucault*. São Paulo: Editora brasiliense, 1988.
- _____. GUATTARI, Gilles. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.
- PEREIRA, Déborah Duprat. O Estado pluriético. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Além da tutela: bases para uma*

nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.

POUTIGNAT, Philippe; STRIFF-FENART Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1998.

SANTOS, Boaventura. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Migrantes, garimpeiros e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Argemiro Procópio

Sumário

1. Introdução. 2. Indigenismo e Direitos Humanos. 3. Espaço vital e raça: ovos de serpente. 4. A lei da selva. 5. Militância como negócio. 6. Rivalidades religiosas. 7. A discriminação da mulher indígena. 8. A marginalização do Poder Legislativo na política indigenista. 9. O discurso étnico na questão ambiental. 10. Miséria social e desintransigência. 11. Autonomia, dependência e a questão da nacionalidade. 12. Índios nas cidades. 13. Dilemas na propagação da fé e conflitos. 14. O indigenismo nas relações internacionais. 15. Conclusão.

1. Introdução

Em seus longos anos de indigência cívica, a sociedade nacional testemunha uma política indigenista de polêmicos resultados. As deficiências dessa política são continuações de passageiros méritos de um Estado que, perdendo sua autoridade no mar de corrupção que o cerca, abriu mão também da sua eficiência.

Incapaz de chorar de si mesma por causa de equívocos e de vergonhas históricas, em sua *expertise* sobre o assistencialismo, a política indigenista, fruto do escasso diálogo entre o Estado e as nações indígenas, caiu na arapuca do monólogo. Confesso obstáculo para o respeito mútuo, o monólogo constitui barreira contra a melhoria da relação entre o poder soberano e os povos antecessores.

Argemiro Procópio é Professor Titular de Relações Internacionais na Universidade de Brasília e Docente no Programa de Doutorado Interinstitucional em Ciências Sociais e Relações Internacionais da Universidade Federal de Roraima.

Sob unânime estupor, em pleno apogeu do desgaste dos ideais de solidariedade humana, movimentos sociais por justiça observam pelos países amazônicos adentro os avanços da intolerância e da discriminação. Por exemplo, os perpetrados contra a população garimpeira, hoje maioria nos espaços florestais.

Amansados por interesses assimétricos que não são verdadeiramente seus, vários movimentos indigenistas arriscam perder sua identidade nos falsos cuidados do lobismo e do paternalismo. Curvam-se ao supremacismo dos modismos étnicos e, inebriados por contradições, esquecem-se da mutualidade dos compromissos por garantias de respeito aos anseios e decisões deles e dos outros.

Pelo fato de, nos cemitérios dos nacionalismos e das raças, raramente ser lembrada a probabilidade da vida depois da morte política, grupos de interesse fazem tábula rasa da redefinição da complexa presença estatal no cotidiano indígena. No estranhamento do mundo pleno de ciladas civilizatórias e desorientação diante das urgências da alteridade, indigenismo algum resolverá sozinho os problemas indígenas.

A qualidade de vida das minorias étnicas depende de parcerias atreladas a objetivos comuns e a procedimentos solidários acordados com outros segmentos da sociedade. O adensamento da cooperação e da ajuda mútua entre minorias e majorias mitiga sofrimentos; ensina o consenso por um mundo para todos, ainda que na iminência do esgotamento dos mecanismos de governança global. Uma ordem em que os que a constroem participam dela certamente se transformará em gesto seminal contra o colapso das espiritualidades e contra o fim dos sonhos pela paz perpétua kantiana.

Aflições compartilhadas denotam o quanto as recentes crises ameaçam os fundamentos teóricos da economia mundial. Põem em risco tanto a ideologia e o mercado amparados nessa economia quanto

as políticas alimentadas nas democracias umbilicalmente atadas a esse modelo. Sendo assim, solucionar pendências e apagar ódios implantados entre minorias e majorias sofridas reduzirá o pânico nos desígnios da coletividade humana aterrorizada por incertezas e conflitos; entre outros, os étnicos, os religiosos, os raciais e os de classe alimentados pela concentração da posse da terra e do controle dos meios de produção.

Adaptável às forjas do poder no multilateralismo, o pragmatismo circunstancial do executivo brasileiro – menos do que uma concentração abstrata – impulsionou o indigenismo de direitos sem obrigações. Como no tempo do autoritarismo militar, marginaliza o poder legislativo em quase todas as questões relativas ao índio.

Combinando elementos para ciceronear seus julgamentos, o judiciário sabe: com os Três Poderes desarticulados, notáveis são os riscos de não se fecundarem compromissos contra a opressão histórica que feriu os povos predecessores. Ademais disso, os frutos colhidos em troca do que ultimamente o assistencialismo proporciona ao índio parecem bem aquém do esperado pela sociedade.

2. Indigenismo e Direitos Humanos

Com o fardo das críticas e com esgarçada vontade política, a governabilidade na periferia amazônica frequentemente sonega aos povos predecessores acesso ao aprendizado para a convivência com a democracia das liberdades fundamentais não assistencialistas. Nesse contexto, caso os movimentos indígenas deixem de passar por autocrítica e aperfeiçoamentos para maior aproximação com os direitos humanos, correm o risco de terminar como uma indústria de dúvidas. No cativeiro da dependência por comida, remédio e habitação, cujas grades as extensas reservas indígenas não conseguiram romper, crescem os problemas a desfavor das identidades coletivas e da emancipação

cultural. Isso impede à organização tribal a transparência nas particularidades, até mesmo para se aquilatar a magnitude do termo autodeterminação.

O rumo tomado na batalha pela homologação de reservas em terras contínuas decepcionou por se desacompanhar de uma luta pela Amazônia em seu todo. Traumatizada por paixões e interesses, a política por demarcação de terras indígenas merece olhar solidário capaz de promover a tolerância e não a desintrusão. Seja por traços identitários, seja por singularidades, cabe ao indigenismo evitar a companhia dos equívocos das forças icônicas desatentas ao convívio entre culturas.

Sem análise comparada do esforço quase mundial a favor das tradições nativas, trabalhar-se-á precariamente o apoio aos direitos dos povos indígenas que comunguem o espírito da vocação universalista da *societas gentium* (TRINDADE, 2006). Dessa forma, solucionar as controvérsias no jogo de poder envolvendo minorias indígenas, maiorias excluídas, reservas e latifúndios, mais que razão de Estado, significa a construção de um abrigo sob o qual existirão farinha e direitos humanos para todos.

Teme-se que o adensamento da indiferença para com a pluridimensionalidade dos problemas da sociedade em que homologam as reservas leve os indígenas a cair nos dilemas do corporativismo. Outra preocupação: os conflitos podem espalhar-se ocultando a verdade que o índio merece mais segurança do que aquela proporcionada em reservas contínuas, ladeando fronteiras ou não. Enfim, que a luta por ele exorcize as demandas das guerras fratricidas e promova a união com as maiorias excluídas. Por exemplo, com o sem-terra, o sem-teto e com o garimpeiro, este último o mais numeroso e explorado grupo humano da floresta.

A estrutura para uma razoável qualidade de vida e de meios que evitem fome, malária, beribéri, oncocercose, anemia, hepatites virais e parasitoses diversas não

se ergue apenas com a demarcação de terra. Se atomizada, a luta pela vida das minorias indígenas jamais se transformará em movimento capaz de suplantar os estigmas erguidos pelas formações cognitivas da sociedade dominante.

3. Espaço vital e raça: ovos de serpente

Entre os movimentos sociais, o indígena prima por um crescimento vitaminado pelo zelo de organizações não governamentais, para as quais tanto o Estado quanto a Igreja Católica repassaram parte de suas responsabilidades na Amazônia. Ainda assim, paradoxos nas políticas de proteção reforçam o desprezo à glossolalia verificado na torre de Babel dos países amazônicos onde inexiste visão compartilhada do presente.

Com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas soou a hora da coesão social respaldada por um diálogo intercultural. Se for instrumento de respeito do multiculturalismo na região, preencherá espaços dentro do desiderato da convivência pela paz que, tal qual Fênix, ressurgirá das cinzas das lições da vida.

Uma coisa ao nível da idealização e outra no da aplicação, na sociologia das nações amazônicas o indigenismo arquitetado pelo processo civilizatório ocidental cristão prima por radicalizar sentimentos contraditórios. Insufla, no mais das vezes, idealizações nos conformes do paternalismo quase colonial. Responsável por ambiguidades, a falta do respeito ao pluralismo nunca se corrige no descaso para com o olhar do outro. A intolerância para com a presença do próximo e a cor da pele como tinta para privilégios borra a dialética do convívio multicultural. Castra esperanças do coletivismo humano e perde chances de ganhar com políticas construtivas para restaurar a credibilidade do valor da reconciliação.

O mundo de todos e para todos fortalece a legitimidade da universalidade dos indivisíveis Direitos Humanos. A ordem

jurídica com alcance para incentivar um regime transnacional pela conciliação depende da não desqualificação do outro e do respeito pela vida alheia. Da mesma forma, a cooperação vicinal apenas frutificará se garantida pelo entendimento mútuo. Ampliará se contar com a interação entre parcerias e com esforços holísticos capazes de sanar fraquezas aportadas pela lógica da exclusão. Assim, os louváveis cuidados para com as minorias indígenas, conquanto legítimos, não podem ser pretexto para o desrespeito dos Direitos Humanos dos garimpeiros, dos sem-terra e nem de ninguém. Tolerância e respeito mútuo não combinam com desinvasão nem com privilégios. Boas relações entre os grupos humanos são, antes de tudo, um instrumento para a paz no presente e no futuro.

Há que se pensar na solidez das bases da casa dos Direitos Culturais sob cujo teto os regimes de conciliação nascerão e crescerão. Aí, o diálogo interativo durará se inspirado por responsabilidade social fruto da alteridade. O Encontro Nacional de Povos e Organizações Indígenas realizado em 2003 em Brasília avisou: os índios não mais esperam acontecer. Saber lidar com as diferenças, com as diversidades e cultivar habilidades para atuar de forma coletiva aguça a compreensão. Esta, por sua vez, apressa os passos por maior apoio ao Direito dos Povos Indígenas. Se tal direito colidir com o de outros deserdados da sorte, todos perderão. Isso se a “vitória de um ideal moral for alcançada mediante os mesmos meios ‘imorais’ como qualquer vitória: mentira, força, difamação, injustiça” (NIETZSCHE, 2002, p. 112).

As decisões que emudecem o indigenismo para que o Quarto Poder fale por ele e para que ele dependa da caridade são traiçoeiras. Se somadas à oposição à mestiçagem e oposição a tudo o que é desfavorável à xenofobia, tais decisões correm o risco de se enlaçar com doutrinas de raça pura e do espaço vital.

Nas capitânicas hereditárias, repassavam a terra por meio da consanguinidade e da

família. Hoje, o espaço legado ao índio, se fechado para outras culturas, corre o risco de erodir a racionalidade não discriminatória. A política capaz de efetivar o entendimento mútuo tem suficiente legitimidade para agregar aos Direitos Culturais os Direitos Humanos em benefício da cidadania multicultural. Para isso, urge lutar contra desvios arquitetados pelo corporativismo. A melhor estratégia aconselha seguir o espírito da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as resoluções pertinentes às duas Décadas Internacionais dos Povos Indígenas no Mundo e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

Se a queda do muro de Berlim apressou a implosão dos mitos da eficácia do republicanismo democrático socialista, a atual crise do capitalismo de forma ou outra mina os dogmas da infalibilidade democrática. Tanto mais longa a crise da recessão e intensa a voracidade do capital financeiro, mais vitimada fica a coletividade humana. No Brasil, por exemplo, por causa do desemprego e falta de alternativas, levadas e levadas deixam o Nordeste, o Sudeste e o Centro-Oeste rumo aos espaços amazônicos que ocupam cerca de 60% do território nacional.

Na imensidão territorial da Hileia, somente 4% dos proprietários legalizaram as terras que ocupam. Esse processo migratório acentua o descompasso entre as estratégias de sobrevivência da população de baixa renda e a modernidade que na Amazônia tanto penaliza a natureza. Entre as alternativas de trabalho, o garimpo e a exploração clandestina da madeira surgiram entre as mais visíveis. Reforçaram o intenso fluxo dos movimentos internos de população totalmente desproporcional às chances por mobilidade social dos migrantes. Isso os torna vulneráveis nesse presente de marcos sem passado e sem futuro. Sobrevivem incompreendidos buscando colocação aonde as esperanças e as desgraças os levam.

No reino dos paradoxos da modernidade, não fosse o avançado padrão de meca-

nização na rizicultura dentro dos lavrados setentrionais, a mão-de-obra barata que planta dentro das reservas indígenas no estado de Roraima teria sido bem mais numerosa. Por causa das tecnologias poupadoras de mão-de-obra, a expansão das relações capitalistas de produção na sociedade rural amazônica dependeu menos da oferta de trabalhadores. Esses vendiam sua força de trabalho onde as exploravam indiferentemente dos cuidados ambientais.

Dos últimos dois séculos aos dias de hoje, o perfil da diáspora nordestina rumo à Amazônia assumiu diferentes feições. Atualmente parte da história repete-se no Inferno Verde com idas e vindas de sobreviventes oriundos de outras regiões. Ensaiam, por meio de valores comuns, dar à Amazônia a sua identidade. Para milhares desses, as portas das reservas se fecham, a contragosto dos que não querem vê-las transformadas em símbolo de políticas antimulticulturais ou em bandeiras contra a miscigenação. A consanguinidade como base da homogeneidade arrisca transformar sangue em pólvora entre povos em que crimes se cometem em nome do espaço vital e da raça.

A oposição à invasão de terras para o desmatamento, que apressa as mudanças climáticas, deu às minorias indígenas substancial peso político e visibilidade. Ontem estigmatizado e hoje ponto focal da atenção dos estados maiores, a fotografia do índio que resiste flechando um helicóptero fazeu reações em várias partes do mundo. Ainda assim, essa imagem não bastou para que a civilização lhe concedesse chances de sondar a própria consciência para traçar o seu destino.

Teimando ser o silêncio a sua força, o poder executivo em vários países amazônicos demorou pôr em pauta a discussão sobre o indigenismo no multilateralismo. Certamente, a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas dá passo pela reconciliação entre povos porque por meio de suas linhas se lê que direitos humanos e liber-

dades fundamentais reconhecidos na carta das Nações Unidas são para todos.

A falta de convivência pacífica é coerente com o raquitismo das responsabilidades. A não contestação das ambiguidades alarga com perfeição o *apartheid* social. Assim, posições anteriormente consagradas, relativas ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à soberania, cedo ou tarde, os paradoxos nacionais as encaminharão para serem relidas na mesa de negociação ainda inimaginável da comunidade internacional.

O realismo político da governança periférica trabalha com os meios que pensa ter. Dando-se por satisfeito em perder a mão no lugar do braço, esse realismo convive com insistentes admoestações do estrangeiro. Por exemplo, as da União Europeia. Somem-se a essas aquelas provenientes das Organizações Não-Governamentais de Alcance Transnacional. Particularmente atentas a assuntos relacionados à causa indígena e ao meio ambiente, a vocação dessas ONGs para as quais muitos estados repassaram parte de suas responsabilidades é nitidamente internacionalista.

Elemento que merecia espaço maior do que recebeu na arquitetura do Direito dos Povos Indígenas, a Segurança Humana avança e retrocede na disritmia dos tempos da globalização. Mesmo exposta a perigos do medo, a visão universal dos direitos humanos sobreviverá se reforçada por éticas do entendimento com sinergia para apaziguar conflitos de interesses da sociedade amazônica. Resistirá se contar com boas éticas capazes de apadrinhar a certeza de que os povos necessitam solucionar e administrar em comum problemas comuns, dentro e fora de fronteiras, separadas ou não por cortinas de taquara.

4. A lei da selva

Aberto aos povos predecessores o portal da burocracia da assistência arquitetada com arranjos típicos da sociedade desigual, por ali passam problemas e paradoxos. Sem

questionar o modelo fundiário e os privilégios que dividem, o esforço pela compreensão mútua se apequena ao ponto de inviabilizar a grandeza de sua presença.

A preocupação mundial relacionada aos impactos das mudanças climáticas valoriza a preservação da natureza amazônica incorporando a questão das minorias étnicas. Não desqualificou, entretanto, os dogmas dos preconceitos que afligem outros povos e culturas. Ademais disso, nenhuma articulação se montou para uma efetiva contenção da atual indústria do indigenismo cujas máquinas plantam ervas daninhas em vez da macaxeira nas sociedades tribais. Resta, então, sondar aberturas dentro do Direito dos Povos Indígenas para que os ideais da convivência pacífica e de respeito à visão do outro se transformem em destacado conceito. A Organização das Nações e Povos Não Representados, UNPO, pode ser um primeiro passo dessa engenharia.

Na falta de equidade, pacto social algum fomentará o estado de sociedade a desfavor da lei da selva hobbesiana. Por maior que venha a ser seu repertório futuro, o Direito dos Povos Indígenas, caso queira evitar os labirintos dos egoísmos étnicos, necessita de luz própria e da alteridade (Cf. LÉVINAS, 1998). Idem para com a diversidade das expectativas feitas do indigenismo multiplicadas no limiar de novas formas de autonomia administrativa e organizacional. Algumas insistem no absurdo de separar o inseparável. Ao baratear a vida das maiorias nas florestas, por exemplo, a dos garimpeiros, o falso indigenismo promove a intolerância e a incompreensão entre o índio e os demais segmentos sociais.

Hoje denominam membros de diferentes etnias sob um único nome: o índio. Passa-se por cima do papel tribal, da etnicidade e do direito de não ser forçosamente assimilado. Então, ser Macuxí, Xavante, Dessano, Guarani, Ianomami e Tukano, entre outros, ser qualquer dessas culturas vem antes de ter o *status* genérico de índio.

No somatório dos equívocos das políticas para os povos predecessores iniciados

com o aldeamento promovido pelos missionários católicos, insistia-se para o índio não se libertar da tutela e da dependência amarradas ao orçamento do tão combalido Estado que desaprendeu a atuar como poder público. Talvez por isso se dê pouca atenção aos efeitos da educação bancária que ensina o índio a ter terra e, paradoxalmente, depender mais do assistencialismo do que da comunhão com os movimentos sociais locais. (Cf. FREIRE, 1975)

A contrapartida, o que o civilizado pede em troca de tal assistência, só Deus sabe! Nas 101 terras homologadas em 49 milhões de hectares demarcados, praticamente todas se implantaram com recursos do Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil, o famoso PPG7. Criado para incentivar cuidados ambientais, o resultado dessa cooperação colocou o carro na frente dos bois ao pensar primeiro na natureza e só depois no homem criado para resguardá-la. Daí a desnutrição e a falta de alimentos nesse mar de solos férteis das reservas. Onde o partidarismo e a politicagem acalentam o ócio, é quase nulo o uso da terra para a subsistência.

A genealogia do conflito entre os povos predecessores rotulados de primitivos mais a modernidade testemunham, a cegueira das políticas públicas sempre esteve nas diferentes etapas da conquista amazônica. Em todas elas, os mecanismos de proteção atribulam-se nos limites que lhe reservam os mercados. Respeitar a vocação dos povos indígenas significa ampliá-la para além do horizonte das reservas. Assentá-la em pedras e sobre pedras edificá-la. O exercício da solidariedade cimenta a ética do entendimento apoiada no chão da interdependência das necessidades. Respeitar as identidades coletivas majoritárias e minoritárias conduz ao distanciamento dos egoísmos paroquiais mancomunados com a insaciabilidade por espaço dito vital, sinônimo de poder em quase todos os rincões do mundo.

A solidariedade humana como tal não discrimina nem os miseráveis garimpeiros,

nem os depauperados cortadores de madeira vítimas do desemprego. A ausência de solidariedade nacional e internacional a esses grupos debita-se à desinformação baseada em mentiras convictamente repetidas e transformadas em verdade, tal como ensinava J. Goebbels, o Ministro do Nacional-Socialismo de triste memória: “wenn man eine Lüge häufig genug wiederholt, dann wird sie zur Wahrheit”. No bom português, uma mentira muitas vezes repetida se transforma em verdade.

Urge proteger os direitos humanos dos garimpeiros, dos migrantes e de outros excluídos da arca de Noé, independentemente da localização geográfica do seu ganha pão ou da sua situação legal. Rejeição ou expulsão desses deslocados sociais explorados na economia clandestina sinaliza renascimento da patologia de ódios. Contra o entendimento mútuo opera o hedonismo sedento por ter, conquistar e proteger o que é do seu interesse. Essa apropriação igualmente se sustenta no consumo das riquezas minerais e agrícolas à custa das florestas.

Na Amazônia Continental, as rivalidades em nome das raças, das etnias e do conservacionismo sem o homem colocam a solidariedade humana em segundo plano. A terra deveria estar em mãos da coletividade para restaurar a credibilidade do valor da ação comunitária. Apagar a memória das necessidades humanas para presenciar expulsões das maiorias respalda forças pelo imaginário de uma Amazônia sem amazônicos.

Superpostas ou não em solos de notáveis tesouros mineralógicos, as reservas contínuas ou descontínuas, se esquecidas da necessidade do outro, fermentam antagonismos a configurar rupturas difíceis de aplacar.

5. Militância como negócio

Difícil dizer quantos jovens indígenas transformados em universitários graças ao sistema de cotas tecem planos de voltar às origens para viver novamente como índios

entre índios. Quando a visão de mundo do oprimido se aproxima da visão do opressor, a militância vira negócio. Centenas e centenas recebem salário do Estado para lutar pela causa indígena, preferencialmente nas universidades e em ONGs, longe das reservas onde nasceram. Sacrificam o lado mais desprotegido de seus valores para glórias fugazes que logo os sepultará na ingratidão do modismo dominante.

Nos emblemáticos critérios da irracionalidade civilizatória, o justo e o injusto se confundem. Daí a falta que faz uma moral capaz de impedir a humilhação do mais fraco. Nesse contexto, cabe repensar gestos e buscar políticas que de fato solucionem conflitos. Cidadãos do mundo, os índios podem avaliar suas virtudes e seus defeitos. Discernir os riscos do contraditório para evitá-los apressa a emergência de uma visão compreensiva a favor da descolonização das mentalidades. Isso liberta dos egoísmos enraizados na civilização dominante que afligem o indigenismo hodierno. A libertação acenará um futuro solidário, longe das sombras desse momento das expulsões a ignorar o sofrimento do outro. As desintrusões, em desencontro com a democracia multicultural e com a diversidade cultural solapam as chances de convivência entre povos. Confundem, ao se bater para que o índio seja o que é o branco, ainda que sem deixar de ser índio.

As políticas públicas para os povos predecessores criadas por não-índios perdem por excluir a maioria pobre, a escória da floresta, sequer rotulada como movimento social. Ganharão se buscarem a conciliação em geometrias variadas. A exegese dos elementos constitutivos do indigenismo amparado por um direito de viver com liberdade e segurança pede acelerar a solidariedade contra anátemas em gestação. Quer sentir as dimensões propositivas, principalmente as de interdependência complexa em dinâmica que não mais depende das relações internacionais.

Captando as visões na comunidade internacional, saber-se-á, mesmo na

hipótese de que o direito indígena não reflita valores globais por causa de suas especificidades, ele tem maturidade para posicionar-se diante dos ideais e ideias de outras sociedades. Surge então a urgência da harmonização dos interesses no plano interno para entender as lideranças indígenas dentro e fora do seu *locus*, mesmo aquelas que negociam nas reservas vivendo no meio urbano.

As incessantes rivalidades na Amazônia entre os explorados grupos sociais, como índios, posseiros, colonos, garimpeiros, madeireiros e plantadores de arroz, subvertem a identificação com a fraternidade humana. Diplomacias dos estados maiores que antes se imiscuíam em assuntos internos do outro para proteger suas elites agora fazem o mesmo para proteger o índio, ainda que extraditando ou impedindo milhares de cidadãos da periferia de entrar em seus países. Antagonismos orquestrados por quem vislumbra dividir para dominar fomentam a desunião entre esses deserdados segmentos. No processo decisório, a rivalidade solidifica o confronto em prejuízo do convívio.

Os posseiros se consideram injustiçados sem gozar nenhum dos “privilégios” endereçados aos grupos tribais. Preconceitos os ajudam ver o índio como “gente preguiçosa”. Propala-se que “índio tem terra demais, tudo abandonado, e se entra lá, a Funai manda prender na hora”. Por ver o índio apresentado como o “rival cheio de garantias”, essa distorção torna-se explosiva. Antes latifundiários incitavam colonos, posseiros, garimpeiros e madeireiros a invadir reservas indígenas. Agora, a prática é corromper: dá-se dinheiro para certas lideranças e se faz o que bem entende em suas reservas!

Não ouvido por causa da surdez da opinião pública, o abafado grito dos excluídos garimpeiros e madeireiros trabalhando na economia paralela pouco ressoa no palco do poder. Medida alguma se tomou contra os que transformam o *agribusiness* em carro-

chefe para invasão de terras indígenas. Prenderam nenhum madeireiro rico do ramo da exportação por contrabandear madeira com a conivência de lideranças indígenas inimputáveis. Todos sabem, nem garimpeiros, nem madeireiros permanecem indefinidamente nas reservas. Como não povoam nem ocupam por muito tempo, talvez mereçam alguma tolerância por parte dos tantos grupos de interesses contra a vivificação dos espaços amazônicos.

Aguda rivalidade lateja entre posseiros e colonos. Disso inicialmente as colonizadoras se beneficiaram. Estas, cientes da existência há anos de posseiros na área, venderam lotes ocupados por eles, razão para o colono sentir-se usurpado. Também os madeireiros, que tratam a Amazônia como casa de ninguém, tomam terras de proprietários indefesos. A sintonia às múltiplas formas de convivência com a injustiça leva a troca de tiros e mortes coroando de violência um lado e outro. Os posseiros, experientes precursores do Movimento dos Sem-Terra, são rotulados de invasores, de “gente que toma e ocupa até terras registradas em cartório” e “sem medo, desmata e planta em reservas da União”. Para colonos sulistas contaminados pelo ódio, “essa mistura de nordestinos com bugre vale menos que o índio”!

O generalizado anacronismo do clientelismo dominante inibe iniciativas para a paz entre esses grupos. A população nessas áreas de colonização, algumas transformadas em pequenas cidades, martiriza-se com a escalada da violência. Municípios na macrorregião de Colniza, Aripuanã, São José do Xingu e Juruena estão no topo da taxa nacional de homicídios. Na municipalidade de Colniza, de aproximadamente 13 mil habitantes, em 2006, o risco de morte por assassinato quase recorde no mundo era seis vezes superior à funesta média doméstica. Ressalte-se, nesses infernos o desmatamento apresenta alarmantes índices. Em Aripuanã e Colniza, por exemplo, o corte ilegal de madeira, de tão intenso, incluiu ambas as cidades na lista dos 36 municípios onde mais se desmata no

Brasil. Ou seja, desmatamento, desintrusão, intolerância e violência na Amazônia dão as mãos. (PROCÓPIO, 2008, p. 93)

A diáspora garimpeira aumenta o fardo das desgraças ambientais. Expulso como se não fosse gente, o tratamento desumano dispensado a essa corrente migratória de excluídos configura a insensibilidade social de deletérias sequências. Disciplinar a economia garimpeira, mesmo aquela em mãos indígenas, certamente coibirá vários malefícios ambientais. Evitará os costumeiros assassinatos desses migrantes excluídos e talvez inicie a caminhada pelo fim da relação suicida entre o Estado e o garimpeiro.

A busca do ouro e dos diamantes oferece numerosos empregos com desflorestamento expressivamente menor que o causado pelo latifúndio monocultor. Se cercada de cuidados técnico-ambientais e medidas enérgicas, principalmente contra a poluição mercurial, o resultado econômico da mineração tem como beneficiar a população em sua lida. Para isso, há que instalar redes de proteção para o homem e para a natureza no entorno dos garimpos. Uma honesta comercialização do ouro e do diamante planejando um pólo industrial joalheiro com sofisticada lapidação impediria o contrabando, inclusive o do mercúrio e do cianureto, que comprometem a vida.

Que haja justiça para retirar os garimpeiros das garras da extorsão no país e nos vizinhos para onde ele migra. O sofrimento dessa massa humana deserdada de proteção mancha políticas com as nódoas da fragilidade do querer pensar globalmente sem agir localmente.

6. Rivalidades religiosas

O nomadismo intrínseco à busca do ouro e do diamante somado à procura de novos veios faz o movimento social dos garimpos esquecer, as crises que os vitimam não tem uma evolução linear. O proceder em detrimento da visão antropocêntrica a nós converte o ônus do aumento das assime-

trias. Na dinâmica desse sofrer, nas terras e nas águas remexidas pelos garimpeiros, para despoluí-las se espera testemunhar a aplicação dos direitos humanos.

O caráter de circunstancialidade da nada ecológica economia garimpeira e os desdobramentos dos descasos que os vitimam roubam as vantagens do seu empreendedorismo. Tolhem a legitimidade de suas estratégias de sobrevivência. Políticas inter-regionais para assistência a esses migrantes vitimados pela incompreensão abrirão espaço para tarefas compartilhadas na vizinhança amazônica. Por enquanto, o conforto espiritual inspirado em motivações religiosas lhes chega quase que apenas pelas igrejas neopentecostais.

Fragmentada e sem bandeira, a migração garimpeira em direção à Bolívia, ao Peru, à Venezuela, à Guiana, ao Suriname e à Guiana Francesa há anos exibe um papel de alcance transnacional. Relembrando, os garimpeiros constituem o mais numeroso grupo humano na floresta.

Olhares enevoados de contradições apenham o valor da vida do trabalhador nos garimpos e realimentam injustiças no trato desses migrantes da selva. Milhares deles portam um tecido etnogenético familiar ao do índio. Ambiguidades na política ambiental abrem caminhos para perseguições, prisões e extradicações a garimpeiros brasileiros, notadamente na Guiana Francesa. Em consonância com a exploração do homem pelo homem, injustiças obrigam esse “*lumpen* proletariado do mato”, em pleno século XXI, a abdicar de sua identidade cidadã, da sua independência econômica e outras utopias. No outro lado da moeda da sociologia amazônica, distorções típicas da assistência às minorias indígenas inspiradas pelo anátema da segregação multiplicam-se tuteladas pela etnicidade. Quando a etnia e a raça justificam critérios para privilégios, corre-se o risco de sepultar o apelo “Povos da floresta, uni-vos!”.

O diagnóstico acríptico das assimetrias desestimula sentimentos pela superação

das rivalidades. Inviabiliza um mundo para todos. Por isso, o destaque do indigenismo na hodiernidade, ainda que somado à importância ambiental das reservas, não o muniu de habilidades para dialogar com o forasteiro, filho de Deus como qualquer índio. Também as disputas domésticas separam famílias nas tribos. Várias delas são sopradas pelo ócio e pelo alcoolismo que engrossam a tendência do êxodo para as cidades. O antídoto contra conflitos em reservas indígenas se materializará em formas dialogais por consensos. Infelizmente agora são postos em desuso por interferências manipuladoras de ressentimentos históricos que tornam mais agudos os problemas existenciais do próprio índio.

As migrações internas na Velha Europa, notadamente as forçadas pela barbárie do stalinismo e do nacional-socialismo, sequer bastaram para ensinar ao mundo o custo do terror das expulsões coletivas. Como ontem, hoje a vitalidade das ambivalências nos contínuos deslocamentos migratórios prenuncia novas diásporas. Aqui na América, os *desplazados* da Colômbia clamam por socorro e ninguém atende suas súplicas.

A saída de mulheres insatisfeitas em seu próprio contexto sociocultural tribal resulta do fenômeno da feminização da migração andino-amazônica, uma migração de ida sem volta. As cidades, suas tradicionais receptoras, tampouco sabem recepcioná-las com o respeito que merecem. Falta sinceridade nas políticas para que, através de novas portas, esse movimento migratório das tribos direcionado ao meio urbano as impeça de se transformar em prostitutas ou em criadas do serviço caseiro. Disso a Organização dos Indígenas das Cidades, ODIC, urgentemente precisa se ocupar.

7. A discriminação da mulher indígena

Com um passado essencialmente masculino, no presente a migração atrai índias que se juntam com o “branco” com maior facilidade que as “brancas” com o índio.

Muitíssimas se iludem crendo que o êxodo de suas tribos lhes dará melhor *status* na nova terra de adoção. Nos tiroteios entre os que são pró e os que são contra, nem a decantada cultura da cristandade se usa para apressar a discussão a favor da proteção do índio no espaço urbano que usualmente acolhe sociedades pluriétnicas.

O indigenismo, aproximando-se das relações internacionais, da etno-história e das considerações de gênero, manejará melhor a condição feminina, seja nas reservas, seja nas cidades. A feminização da migração interamazônica advém da falta de prevenção da discriminação contra a mulher, das funções menos remuneradas a elas reservadas e por causa das tarefas mais duras que cumprem nas aldeias. Para manter a credibilidade com que nasceu a Declaração da ONU sobre os Direitos Indígenas, precisa de um arcabouço pluricultural com interlocutores lutando contra preconceitos, brutalidades e variadas insuficiências; entre outras, as responsáveis pela feminização da migração indígena aqui e em vários países vizinhos.

O isolamento acaba com o sonho humano da inserção real no cotidiano da vida regional. Há quem interprete o fim do direito da livre locomoção nas terras indígenas, por exemplo, o constitucionalista Ives Gandra, como o apagar da liberdade da cláusula pétrea do ir e do vir. Quanto às vítimas da desintração – mulheres e homens com mãos calejadas pelo trabalho em arrozais dentro das reservas indígenas homologadas –, a aritmética da dominação os somam como gente sem direito de viver com integridade física e mental.

Os princípios de igualdade e da não-discriminação, desde que lidos como tal, estenderão aos excluídos da arca de Noé a proteção nos conformes dos preceitos consagrados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para isso, igualmente existe o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos,

a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção 169 da OIT, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança etc.

8. A marginalização do Poder Legislativo na política indigenista

Paralela à dinâmica dos movimentos étnicos, a crise das migrações amazônicas em espaços sociais transfronteiriços custará equacionar. A assistência aos *desplazados*, aos garimpeiros e aos sem-terra submetidos a traumas da chamada desintração depende de solução prática inspirada nos direitos universais do homem com o propósito de lutar contra a discriminação sofrida pela maioria oprimida. Esgarçados pelo egoísmo, os valores políticos mal incluem a proteção e a harmonização dos direitos dos cidadãos pobres, inclusive daqueles excluídos sem chance de se organizar dentro da própria terra natal. O adensamento dos fluxos migratórios internos e externos faz por merecer estratégias de ação em respeito à liberdade de ir e do vir dos povos.

Usando o indígena, grupos de interesse dentro das instituições de proteção energizam-se no teatro burocratizado do assistencialismo. São eles quem, hesitando abrir mão de sua influência, fogem das responsabilidades da autodeterminação. Na selva e na cidade, qualquer batalha por espaço acumula ingredientes o bastante para provocar fissuras capazes de expor populações a grandes riscos. Nas relações internacionais, o debate sobre os direitos indígenas tende a aumentar a polêmica sobre a soberania. Amplia também a discussão sobre as terras que ocupam, prometendo se estender às terras que ocupavam no passado.

Das *commodities* menos comercializadas do mundo e item básico na dieta dos povos de baixa renda, o arroz não impediu a transformação da metade dos quase 225 mil quilômetros quadrados roraimenses em reservas. Dependendo dos interesses e

dos vínculos de quem os recenseia, apontam como dezoito mil os indígenas em área equivalente à soma de cerca de três Países Baixos com cerca de 17 milhões de pessoas.

Essa parte da Amazônia Setentrional, ao se transformar em área protegida, parques e reservas, lá esqueceu de criar uma infraestrutura de apoio com alternativas para a sobrevivência dos trabalhadores rurais vitimados pela desintração. Falta aí um socioambientalismo, que beneficie tanto a população dos excluídos quanto o índio e o meio ambiente (Cf. SILVEIRA, 2008). Na Amazônia pouco se investe na prevenção trabalhando por um Direito contra a miséria dos garimpeiros, contra o alcoolismo entre indígenas e contra a subnutrição dos *desplazados*. Urge ação que combata as enfermidades físicas e sociais entre a maioria excluída a fim de que se mitiguem as desgraças socioambientais.

A subalternidade aos ditames dos atores que manipulam a causa indigenista empobrece o ordenamento constitucional. Ao subverter competências administrativas relativas à proteção ao índio – que, no regime democrático, competiria ao Congresso Nacional –, derrubam-se peças da ordem institucional. Uma balanceada divisão de responsabilidades entre os Três Poderes dispensaria os numerosos decretos, instruções, portarias, resoluções normativas e novos adendos na legislação de proteção. Encerraria a partida que transforma o índio no maior perdedor da política de escantear o Legislativo de questões relacionadas à Segurança Indígena. Bem faria o Executivo se pusesse fim a esse monopólio arquitetado pela ditadura militar. Precisamente nos anos de chumbo, consolidou-se um retrocesso que até hoje identifica o indígena como “menor”, como se ele fosse incapaz de fazer respeitar suas decisões sobre fatos que lhe tocam e à sua vida.

Ao homologar reservas indígenas, o Poder Executivo indumenta-se de ambientalista na arena internacional. Fragmenta-

do, o discurso verde dura pouco porque colide com a práxis do modelo fundiário de onde sai o dinheiro dos impostos para mover a máquina administrativa da Funai e outras. Ao entrar no saco de desforra de ressentimentos étnicos, a política ambiental desmoraliza-se a si mesma.

A destruição inerente ao modelo econômico exportador de *commodities*, própria do pendor agrônomico antiflorestal, sobrevive como problema em tempos de democracia e de autoritarismo. Seu fim reclama por revolução nas mentalidades capaz de inviabilizar o *status quo* da exportação sem valor agregado. Depende do equacionamento da conflituosa sustentabilidade do progresso divorciando do bem comum.

Longe dos que legislam, em diversas reservas proliferam corredores e depósitos do tráfico internacional de drogas e de armas. Quase como que nos latifúndios, por ali grassam a biopirataria, a atividade madeireira ilegal, diamantes e ouro provenientes da garimpagem clandestina (PROCÓPIO, 2008). Fruto da fragilidade institucional, produtos eletrônicos, têxteis e calçados, transitando pelo Panamá passam contrabandeados pelas terras indígenas próximas a Lethem na Guiana e a Santa Elena de Uairén na Venezuela deixando em seu rastro ciclos de tensão.

9. O discurso étnico na questão ambiental

Movimentos étnicos emergentes desorientam-se diante da visível corrosão da autoridade nacional no trato da cooperação vicinal relativa à solução de problemas indígenas. Até mesmo experiências nacionais são esquecidas, o que dificulta trabalhar o indigenismo além das fronteiras. Daí a premência de explicações nas relações internacionais e da releitura de conceitos, notadamente os relacionados à segurança nacional e à soberania em tempos da globalização. Desprevenidos, na sociedade das nações amazônicas até agora, seus governos interagem com os indígenas nos

conformes de suas leis nacionais. Pouco se faz da leitura ecumênica do UNPFIL, o Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas, que se esforçou para conscientizar a sociedade sobre a urgência da solidariedade para com o índio. Esse Fórum contribuiu para tornar realidade a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas adotada em treze de setembro de 2007. Oxalá ela sirva para ver que as etnias divididas pelos marcos fronteiros sofrem tanto quanto os imigrantes barrados no muro construído pelos países ricos para impedir a entrada dos excluídos da arca de Noé.

Para pagar os pecados das ações perpetradas contra índios em nome da cristianização e reparar as injustiças das novas cruzadas contra garimpeiros e lavradores clandestinos nas reservas, que a cooperação prospere. Que entenda ser a paz o fruto da justiça. Enquanto os que postergam mudanças estruturais excomungam propostas que impedirão a exploração de meeiros plantando ilegalmente em reservas, não custa perguntar se existem ligações entre as ameaças da internacionalização com o intervencionismo humanitário pró-índio transformado em instrumento de poder na Amazônia Continental.

Impedir o convívio entre etnias e maiorias desprotegidas nas reservas leva ao perigo de patrocinar um messianismo étnico dando a minorias garantias que deveriam ser de todos. Entre os países amazônicos, ou seja, a Bolívia, o Brasil, a Colômbia, o Equador, a Guiana, o Peru, o Suriname e a Venezuela, transitam índios sem projetos de fixar lugar e sem vontade de explorar a terra como se fossem seus únicos donos. Graças ao nomadismo em suas veias, sua identidade construiu um antimodelo, uma arte de viver distinta da apregoada pelas instituições dos conquistadores ávidos pelo controle da terra e das coisas que ela guarda (CONFERENCIA..., 2007).

Parte da sociedade, cética quanto às chances de refundar a vida tribal do pas-

sado, manifesta dúvidas quanto aos rumos tomados pela política de demarcação de terras contínuas. Apartados da comunhão dos benefícios prometidos aos índios, em clima de tensão, plantadores de arroz em Roraima, em vão, reclamaram das formas de arbitragem em Brasília, segundo eles, nunca a seu favor. Sentindo-se injustiçados, vários deles migraram para a Venezuela, onde minoram a crise da escassez alimentar.

As organizações não governamentais de alcance transnacional que enxertam o discurso indigenista no ambiental o fazem ocupando visível espaço na pauta internacional. Polarizam visões e soltam demônios da não reconciliação sem ter água benta para exorcizá-los. O próprio Conselho Indigenista Missionário da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil informa que transitam pela justiça 140 ações relacionadas à posse por indígenas de terras nos estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Paraná e Rio Grande do Sul.

Na ausência de articulação contra a miséria social amazônica, a modernidade espalha dilemas, esquecida de que preservar é viver com qualidade. Subjugadas pelas transnacionais dos agrotóxicos e dos adubos – 80% destes últimos oriundos do exterior –, a monocultura e a pecuária, ambas direcionadas à exportação, comprometem a conservação dos cerrados e das florestas.

Menos de um quarto do comércio agrícola mundial escapa das transnacionais, que, com as queimadas e o uso de agrotóxicos, vendem e lucram mais. Tais práticas aportam problemas. Complexos, os seus desdobramentos no entorno das reservas causam prejuízos irreparáveis. A natureza jamais separa o inseparável. Expostas à influência do clientelismo, as reservas com suas flores e os seus espinhos têm caciques que se aproveitam de sua condição de índio para abusar de seus direitos e burlar leis. Enquanto a vontade coletiva mostrar-se incapaz de coibir o desinteresse pelo combate às violações aos direitos fundamentais,

difícilmente o indigenismo que é parte dela será senhor do próprio destino.

10. Miséria social e desintrusão

O diálogo igualitário é condição *sine qua non* para que os sonhados direitos do índio não continuem sob tutela. O assistencialismo presente no indigenismo colide com os ideais de liberdade insistentemente apregoados. A comunhão com os demais povos certamente subverterá a dependência que amarra o índio a falsos protetores especialistas em presentear o peixe impedindo-o de pescar. No horizonte civilizatório, mesmo com a visibilidade que desfruta a causa pelas populações originárias, a elas se reserva um irrelevante papel. Assim continuará até que sua cultura pare de obstaculizar a expansão do mercado global do hedonismo. Mercado que empurra para dentro do precipício o mundo sem força para cultivar a utopia do convívio humano junto com a preservação da identidade de cada um.

Demarcações de titânicas áreas homologadas em país onde instituições de proteção ao índio são verdadeiramente anãs em eficiência revelam paradoxos. Também a legislação brasileira, como nenhuma outra, criminaliza o desmatamento. Ainda assim, o Brasil se transformou no país mais desflorestador da Terra. Essa tradição é a mesma que configura uma política indigenista incapaz de sugerir atalhos cognitivos para o Estado chegar antes dos que conseguem um lugar empurrando o outro. Por meio de desempenho medíocre, o da Fundação Nacional do Índio e o do PPG7, por exemplo, as instituições estatais e programas internacionais delegam funções a atores de baixo perfil. A insuficiente qualidade de seus serviços e a morosidade na tomada de decisões desagradam a gregos e a troianos.

A delegação brasileira na ONU declarou, no Conselho de Direitos Humanos em 2006, que “o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com a soberania e integridade territorial dos Es-

tados em que residem”. Resta saber se as lideranças indígenas pensam assim e por quanto tempo.

O poder da política indigenista deveria ter como fundamento a garantia de suas culturas e de sua existência coletiva. Para isso, precisa respeitar a diversidade cultural da sociedade no seu todo. No caso roraimense, jamais convidaram a população local para opinar sobre a demarcação, promover plebiscito ou referendo, tipo daqueles incentivados por democracias estáveis. Indígenas, funcionários de ONGs, donas de casa, intelectuais, formadores de opinião, sem-terra, desterrados, militares, religiosos, trabalhadores, políticos, rizicultores, garimpeiros, desempregados, estudantes e imigrantes, entre outros, todos merecem ser ouvidos. Pressionado, o Poder Executivo, ao homologar a mencionada reserva em terras contínuas optando por ignorar o sim ou o não dessa gente, fez-se de mudo para impedir o diálogo na tribuna do Parlamento Nacional.

A supremacia dos Direitos Humanos em relação às demarcações de terras obriga lembrar a garantia de condições de vida para o excluído, principalmente aquele sem ninguém para defendê-lo. Enquanto expulsões, desintrações e o uso da força bruta criar vítimas e discriminar a identidade do sem-canto, qualquer paz nessas reservas será a paz dos cemitérios! As demarcações que fogem dos campos da ética da justiça se curvam às práticas das expulsões, símbolos que são da intolerância ao direito das diferenças.

Falta de redes de proteção social, humilhações constantes contra os sem-terra e os garimpeiros, busca de privilégios em detrimento do outro ou a superficial condenação que se faz do agronegócio, sem saber viver longe das dotações orçamentárias e dos alimentos oriundos dele, avolumam deslealdades. Ser exportador de passivos ambientais suportando um grande *deficit* de justiça nas decisões periga a unidade nacional e a paz regional.

Da base ao vértice da pirâmide, os movimentos sociais que se consideram lesados, feridos na desigualdade de tratamento, dificilmente se deixarão pacificar. Quanto aos desterrados – a maior parte deles pessoas miscigenadas e muito pobres –, a sua expulsão da terra por eles cultivada constitui fragoroso desrespeito ao próximo. Daí a urgência para que o Estado, organismos internacionais e honestas organizações não governamentais somem esforços para consolidar a paz na terra como ideal de vida. Marginalizados, os madeireiros e os garimpeiros costumam invejar a sorte dos indígenas, que, aliás, no decorrer da história, nem sorte se chama.

Expulsos das reservas demarcadas – exceto alguns meeiros –, os degradados filhos de Eva despojados de consciência de classe estão proibidos de plantar na terra que julgavam servir para isso. Como agricultores, esses excluídos “ciganos dos lavrados” semeavam e cultivavam no quadro da economia familiar. Noutros casos, vendiam sua força de trabalho nos latifúndios monocultores, que os empregavam e exploravam em nome do lucro guiado pela racionalidade sistematizada do capitalismo.

O direito à resistência contra a chamada desintração e contra parcerias que lhes roubam a maior parte da colheita vê-se na luta dos sem-terra. Isso pede solução equânime a favor da inclusão acompanhada de obrigações e de direitos. A ação próxima às várzeas dos rios Surumu e Cotingo, sob força policial, ocorreu na terra indígena Raposa Serra do Sol com 1,74 milhões de hectares homologados por Decreto Presidencial em 15 de abril de 2005. Tinha dentro dela centenas e centenas de roceiros empregados em latifúndios. Por exemplo, os de Casa Branca, Carnaúba, Cariri, Depósito, Guanabara-Canadá, Iemanjá, Maravilha, Milagre, Praia Grande, Providência e Tatú (LAURIOLA, et al., 2007, p. 53). O Ministério da Justiça, pela portaria 820 de dezembro de 1998, declarou a antiga missão

Surumu como permanente posse indígena. Relembrando, em ambos os momentos, nunca convidaram a sociedade em seu todo para opinar. Tampouco consultaram lideranças das etnias irmãs nas fronteiras com a Venezuela e com a Guiana. Por excesso de confronto e falta de diálogo, a desintração, ao fomentar o êxodo do povo expulso das reservas, arrisca deserdar a homologação das reservas contínuas da legitimidade construída pelo entendimento mútuo.

11. *Autonomia, dependência e a questão da nacionalidade*

Se o pleito pela desintração dentro dos marcos das reservas desentender com o ideal de liberdade dos migrantes que reclamam pelo direito de viver, ainda que em terra alheia, a autonomia indígena dependente da caridade do Estado se mostrará como espécie de mentira piedosa. Nesse particular, mesmo com lacunas, a experiência das Nações Unidas sobre a governança migratória (FIRMEZA, 2007) trará luzes sobre os problemas aportados por garimpeiros nas reservas que por certo tempo queiram ou não viver ali. Quiçá até uma solução para que a miséria dos excluídos não os force a migrar para dentro das cerca de 850 reservas indígenas demarcadas dentro do território nacional. Somadas, diz-se equivaler à massa territorial do estado do Paraná. Ainda assim, expressivo número de indígenas sofre com a desnutrição oriunda da escassez alimentar. Comprovam que só terra não basta para a multiplicação das tapiocas.

Em 1999, a homologação da Raposa Serra do Sol contestada judicialmente tornou-se objeto de controvérsia. Acirrou crise que é dura prova para o ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo com volumosos recursos estrangeiros à disposição para criação de reservas, essa política precisa contar com o apoio moral de experiências de países contérmios. Sua homologação em forma contínua no ano de 2005 esqueceu das experiências entre os vizinhos. A

pluralidade de saberes evita os equívocos do ator chamado Estado chamuscado pelo conjunto de demandas dos grupos étnicos que ele mesmo ensina reivindicar. Mais que isso, paga para que aprendam a se organizar em busca do desenvolvimento cultural, social e econômico da modernidade que os coloca em risco assim como às suas culturas e ao seu modo de ser.

Em vários países amazônicos, existem índios recenseados como brasileiros e vice-versa. Mesmo os estabelecidos no oeste de Roraima, área demarcada em 1992, vez ou outra saem e embrenham-se por terras caribenhas próximas. Os ianomâmis, por exemplo, no Brasil e na Venezuela não se contentam em pertencer a um único país. Ainda que sem passaporte de outra nacionalidade – conforme facultam as leis brasileiras para milhares de cidadãos –, eles, a sua maneira, comprovam a possibilidade de um mundo sem fronteiras. Os tucanos, desanos, tarianos tanto vivem na Colômbia quanto no seu maior vizinho. Os exemplos não param aí; fartos, ilustram a pouco falada problemática da nacionalidade na organização das sociedades dos oito países amazônicos.

Uma vez que, entre os países retardatários, a lógica da separação fala mais alto que a lógica da integração, o consenso sobre soberania e interesse nacional dá impressão de desaparecido. Nesse contexto, multiplicam-se os preconceitos mútuos em municipalidade como a de Pacaraima, estado de Roraima. Lá expulsam os não índios em nome da chamada política de desintração. Transbordando problemas internos para o exterior, silenciosamente, os deserdados daqui infiltram na vizinhança. De fato, expressivos contingentes de garimpeiros e lavradores brasileiros *desplazados* – esquecidos de que respeito não se pede e sim se exige – procuram trabalho e abrigo na Guiana, na Venezuela, no Suriname e na Guiana Francesa. Proporcionalmente, esta última abriga o maior número de brasileiros no exterior.

Na Reserva de São Marcos e em cidades como Normandia e Uiramutã, os traços de mestiçagem e de casamentos interétnicos mostram-se presentes, fortes. Levando em conta o positivo da diversidade e do intercâmbio cultural, a negociação continuada é requisito para a convivência nas reservas onde conflitos tribais severamente os missionários reprimiam. Caso haja a repetição de equívocos históricos nesses “novos aldeamentos”, a fraternidade que evita carnificinas fenecerá. Por desgraça, a sociedade convive conformada com as guerras. Antigamente, se o aldeamento facilitava o trabalho dos religiosos, oxalá no presente esse labor não se reencarne nas reservas. No passado, aí ele viabilizou sacrifícios perpetrados em nome da fé e da conversão que abria portas para maior influência da Igreja.

Povos que existiam antes de serem chamados de índios possuíam diferentes línguas, culturas, tradições, crenças e raízes. Por exemplo, os Macuxi, Wai-wai, Wapixana, Ingaricó, Taurepang, Pantamanona e Ianomâmi, entre outros, não é de agora que o processo de colonização os coloca num único caldeirão. Nesse sentido, as reservas contínuas se prestam a isso.

Desde 1775, ano em que os portugueses inauguraram o forte de São Joaquim, bem perto da capital Boa Vista, tenta-se homogeneizar a cultura da região. Pessoas que amaldiçoam o presente apagando as lições do passado ensaiam demolir o que restou de tal forte. Outros simplesmente dificultam a sua reconstrução ou seu acesso para bani-lo da memória histórica nacional.

12. Índios nas cidades

Na incipiente pecuária dos lavrados setentrionais, os índios boiadeiros há longo tempo trabalham desconsiderando marcos e fronteiras dos domínios coloniais. Na agricultura familiar, por sua vez, a estratégia cabocla de sobrevivência ao plantar a cana para o melado, a mandioca para a

farinha e o arroz que vai do pilão para a panela, essa economia doméstica obstaculiza o êxodo. A agricultura de subsistência fixa o homem ao solo melhor que o criador de gado à procura de novas pastagens ou dos garimpeiros que nunca tiveram ninguém para garantir-lhes o gozo de todos os direitos humanos. Explorando novas minas dentro ou fora das reservas indígenas, a marginalização e a vida de privação deles e de suas crianças constituem desrespeito à Carta da ONU.

A rizicultura hoje quase riscada do mapa, que chegou aos vários rincões da Amazônia Setentrional por mãos nordestinas oriundas do Maranhão e depois por mãos sulistas, tem história. Há mais de século, entrou na dieta do amazônico. Até 2007, a produção margeando o rio Surumu respondia com colheita de cerca de 160 toneladas. Alimentava índios e não índios. Quando havia quebra de colheita, compensava-se com a procedente da Guiana cultivada por ex-escravos.

Vários dos afro-descendentes guianeses ainda migram. No somatório das suas desgraças, centenas deles caem nas prisões brasileiras. Esquecidos, lá permanecem longe da atenção mesmo daqueles que se especializaram em descobrir e defender os quilombolas. Sem ter como predizer o quanto o mundo amazônico das minorias étnicas é ainda governável, apesar de terras suficientes para todos, quase metade da população indígena vive nas cidades.

A União, fragilizada por pressões, perde-se na dinâmica das contradições do indigenismo híbrido que esconde o seu lado urbano. Ainda que a Declaração da ONU não seja obrigatória e não constitua lei, seus princípios poderiam contemplar aos egressos das tribos que vivem nas periferias. A existência coletiva do indígena, sua espiritualidade e sua cultura são maiores que as reservas. Reconhecer isso é não abandonar, é não excluir o índio migrante, hoje assistido quase que só pelos pastores das igrejas neopentecostais, que lotam

seus templos com esses novos crentes. Há anos apascentam esse rebanho tendo como cajado a bíblia.

Queiram ou não os governos dos países amazônicos, o indigenismo como fenômeno político ultrapassou as fronteiras nacionais. Mesmo assim, a hipocrisia civilizatória ensina cuidar do selvagem dentro das reservas e esquecê-lo quando sai dali. Dos 16 municípios roraimenses, apenas um quarto deles possui domínio pleno do espaço urbano.

Onde o entendimento da cultura como diferenciador étnico tem pedras demais no caminho a percorrer, invadir ou ser expulso é uma sina. Frontalmente em desacordo com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a violência das expulsões atomiza as rivalidades. Subverte a identidade solidária, tanto entre proprietários, quanto entre os assalariados que em lavouras ontem derramavam seu suor e hoje penam no desemprego. Afastados das vantagens do sistema das cotas, os excluídos sequer beneficiam-se do Programa Bolsa Família por não disporem nem de endereço, nem de título eleitoral. Contando com apoio de quase ninguém, injustiçados pelos formadores de opinião pública alienados diante das angústias das majorias fora da arca de Noé, o homem que luta por viver da terra e de tudo que ela guarda tem o direito de existir. Como se fosse caso de polícia, a desintrusão das reservas sob o poder de agentes e delegados armados deixou mágoas que não se sabe exatamente quais, como, contra quem e nem quando explodirão!

Não bastassem as chagas ainda abertas provocadas pela violenta retirada – seguida de perseguição que causou a diáspora dos garimpeiros –, agora as vítimas são os desterrados. Testemunhos da resistência do oprimido nessa luta fratricida entre os segmentos mais desgraçados e injustiçados, as Forças Armadas preocupam-se com a unidade nacional. Com poucos recursos, tentam amenizar o clima de generalizado descontentamento no Brasil Amazônico.

Braço armado da sociedade contra perigos que ameaçam a integridade territorial, o saber adquirido no período da escravidão leva os militares a recusar o papel de capitão-do-mato. Por sua vez, o Palácio do Planalto teme criar algum herói fardado capaz de chegar a Presidente da República por via eleitoral. Por isso adia as punições por manifestações de descontentamento na Aeronáutica, no Exército e na Marinha. Prefere ser tolerante hoje a amanhã passar a faixa presidencial para alguém do generalato de tendência nacionalista, disposto a refundar a nação, tal qual já acontece na Venezuela, no Equador, na Bolívia e de certa forma no Paraguai.

O patriotismo, em pleno renascer, tem como promover a desobediência civil contra o que um crescente número de brasileiros acredita estar pondo em risco a soberania nacional. Na Amazônia brasileira, 3,1 milhões de hectares distribuídos em 39 mil imóveis hoje pertencem a estrangeiros (HECK, 2008, p. 2). Uma parte deles aposta no agronegócio e uma outra investe para conservar áreas da floresta.

Discorde-se ou não do chavismo, sua ascensão na vizinha Venezuela despertou o estamento castrense e com ele o nacional-desenvolvimentismo que hibernava por quase todos os países da Amazônia Continental. Sabendo dessa tendência, o lulismo aplica política lenta e gradual pelo fim da influência do Alto Comando. Onde o prestígio da Polícia Federal por sua luta contra a corrupção até há pouco tempo crescia em proporção idêntica ao apequenamento do espaço das Forças Armadas castigadas pela penúria de objetivos e de recursos, a responsabilidade compartilhada para com a segurança e a defesa da soberania nacional acaba questionada.

13. Dilemas na propagação da fé e conflitos

A lógica da sobrevivência entre os cada vez menores grupos de índios que se ex-

pressam no idioma dos seus antepassados ainda impede que a selva estenda a mão à estrada, vale dizer, à modernidade. Despercebida das mudanças paradigmáticas, mal lembra a liberdade periférica, eternamente descontente consigo mesma, que, se no mundo os conflitos suflam o êxodo, no Brasil a democracia com estagnação econômica foi quem deu à largada a diáspora ainda em curso.

Denunciar como despotismo a integração com assimilação e ao mesmo tempo silenciar diante da origem do capital que arca com os custos de alimentação, construção de casas de alvenaria, saúde e educação nas reservas, inclusive as viagens das chefias, é parte do jogo da cooptação. Das 406 escolas roraimenses, quase duas centenas delas funcionavam no ano de 2007 dentro de terras indígenas com tudo arcado pelo contribuinte. A merenda escolar, a formação dos docentes, os cursos de aperfeiçoamento, o pagamento do salário dos mestres, o financiamento de ONGs e a aposentadoria dos missionários, entre outros, tudo o Estado custeia.

Quanto à hierarquia católica, nas várias dinâmicas de sua presença, ela incentiva catequizar. Organiza o esforço missionário por conversões. Ao mesmo tempo, parte do clero desfralda bandeiras pela preservação da visão de mundo tradicional do índio; cultiva a esperança ambígua de que, depois do batismo, o novo crente voltará a abraçar crenças e costumes de seus ancestrais.

A quase inexistente crítica aos resultados do indigenismo amparado por políticas públicas paternalistas sonega respostas às carências presentes na arte da convivência. Quanto às forças responsáveis pela mobilização por homologação de reservas em terras contínuas, elas sequer detectaram a urgência de se prevenir contra as larvas do conflito de origem religiosa a escorrer pelas reservas.

O vigoroso “crescei e multiplicai-vos” em voga entre a população indígena brindou-lhe um crescimento demográfico

seis vezes superior ao da média nacional. A causa indígena, ao mesmo tempo em que recebe fatias do orçamento da União, cativa doadores internacionais. Isso possibilita mais verbas para tarefas relacionadas à politização. Conscientes dos resultados da audiência a favor de suas causas, confiantes no espaço que lhes concede a mídia nacional e internacional, essas minorias, em terras contínuas ou não, às vezes se esquecem da solidariedade entre si mesmas. A existência do alcoolismo, do suicídio e da migração prova isso.

A disputa religiosa entre adeptos do catolicismo e do neopentecostalismo ameaça dividi-los em suas reservas. Quanto ao alcoolismo, este esfacela seus valores, suas identidades e suas bravuras. Nas reservas, os não batizados pela Igreja de Roma exigem igualdade de tratamento. Por exemplo, os seguidores da Assembleia de Deus pelem pela liberdade de culto. Querem para os pastores os mesmos direitos e o mesmo apoio que o Estado proclamado como laico garante aos padres e aos catequistas.

A opinião pública mal se dá conta do quanto a politização, o partidarismo e a conversão alteram a estrutura social daquelas comunidades. Não há como esconder, o número de índios batizados fiéis do catolicismo apostólico romano diminuiu expressivamente se comparado ao crescimento numérico dos índios crentes cativados pelo neopentecostalismo. Com ou sem um sincero *mea culpa* em tal processo, o Conselho Indigenista Missionário há anos redefine o papel dos missionários centrando suas atenções na militância política pelas reservas contínuas. Difícil dizer como esse Conselho avalia o visível esvaziamento das capelas e a rápida diminuição do número dos fiéis católicos. A resposta do por que o índio agora parece preferir mais a mensagem bíblica dos neopentecostais do que a mensagem oferecida pelo clero politizado certamente a memória histórica aclarará.

Parece doloroso fugir dos paradoxos da intrusão da militância, que, desejando ou

não, ao partidarizar imiscui e destrói valores culturais. Surge daí um indigenismo vazio de si mesmo. Ignora o quanto a luta pelo ter em detrimento do ser salpica a vida tribal de culturas moribundas.

Insistentemente o IV Tribunal Russell, organizado em Rotterdam, Países Baixos, de 24 a 30 de novembro de 1980, alertou sobre os riscos da conversão. Esse Tribunal poderia, por meio de sua história, ter contribuído na formulação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (PROCÓPIO, 1992, p. 194-208). As missões e seus religiosos, seguindo ou não as recomendações papais pertinentes à evangelização, nem sempre preveem as consequências do fermento que põem na massa pela propagação da fé.

A busca da terra como base material da evangelização estreitou o horizonte missionário católico romano e partidarizou pastorais. O *modus operandi* de conscientizar e politizar diante da acelerada entrada de ex-católicos na fileira neopentecostal esvazia os rebanhos que a hierarquia na Cidade Eterna abençoa seguindo o ideal da salvação das almas indígenas.

O Papa, ao abraçar os representantes indígenas que viajaram ao Vaticano pedindo apoio para a demarcação contínua das reservas, certamente tem como avaliar a quantas anda o trabalho apostolar contra o alcoolismo e contra a violência das drogas. Na sociedade indígena, elas respondem por maior número de mortes do que o conflito por terras! A preocupação do Bispo de Roma inclui a luta contra as causas da expansão do que o Vaticano qualifica como o mal das novas seitas. Nesse clima, a liberdade religiosa entre os tuxauas recebe variadas leituras. Alguns a identificam com a assistência material garantida pelo capital provedor do “novo aldeamento” nas reservas contínuas. Outros, com as opções que sustentam o messianismo *urbe et orbi*.

A opção pela conversão, graças à insistência do labor missionário com sua lógica de salvação, marca-se pela expiação da cul-

pa (PROCÓPIO, 1992). Diferentemente da exploração da culpa, as lições históricas sublinham: o convívio e o respeito às diferenças evitam conflitos. Petrificadas divergências separam a ação neopentecostal da ação do catolicismo nas reservas. Compreender problemas do antagonismo confessional entre índios trará consistência ao projeto de paz entre as minorias étnicas que em caso nenhum pode discriminar o convívio com as majorias pobres e oprimidas. A vocação pela liberdade de crença agregará garantias a favor da paz das minorias respeitando a integridade de cada um.

Em reservas ou na periferia urbana, ao lado ou distantes das fronteiras nacionais, a politização e a conversão proporcionadas a essa pequena população de enorme projeção nas relações internacionais apontam modelos civilizatórios que direito internacional algum, sociologia das relações internacionais alguma desconsiderará. Em caminhos abertos pela ação missionária, relativamente poucos conseguiram fugir das políticas de homogeneização cultural mantendo-se fiel às crenças de seus antepassados. Esses vivem mais para o ser do que para o ter. A proteção que esquece o índio nas cidades não é proteção. Falta prevenção com horizontes para frear as animosidades produzidas pela intromissão de diferentes correntes religiosas na sociedade tribal. Carece também diminuir tensões dadas “no plano do reconhecimento do direito consuetudinário, que muitas vezes entra em choque com os princípios de igualdade da mulher e da participação igualitária nas decisões da comunidade” (SORJ; MARTUCCELLI, 2008, p. 254).

Conversão, confissão, mais o vigiar e o punir inspiram malabarismos conhecidos nas relações internacionais, em que nebulosos interesses se equilibram. Por essa razão, a desintrusão estilhaça o diálogo intercultural. Transfere, ou à sociedade nacional ou aos países vizinhos, os conflitos relacionados a animosidades políticas que usam como bode expiatório o não-índio

que vive dentro das reservas homologadas. Numerosos parlamentares no Congresso Nacional passaram a ver isso como o cavalo de Troia dos interesses de poderosos grupos econômicos interessados na reserva de mercado das riquezas amazônicas.

O crescimento das relações intersocietárias em diversificados tabuleiros tampouco deve descuidar do cada vez menos conhecido tesouro linguístico nos cerca de 150 idiomas falados na Hileia. Acreditar que sem a solidariedade humana o controverso e o contencioso se solucionarão apenas por desintrusão e por homologação de terras dá no que faz a avestruz quando em perigo.

No Brasil, a homologação corre o risco de acompanhar-se de conflitos religiosos. As reservas, ainda que mantidas em conjuntura favorável à ideologia do pan-indigenismo, caso a vida lá dificulte a solidariedade ao outro, ela protelará em vez de solucionar problemas. Há como evitar desdobramentos de crises principadas nas ciladas da autoidentificação concebida como indicativos de raça e de credo. Para isso, insta compreender que ser índio é ver as coisas no mundo como o índio o vê, inclusive o mundo em processo de mudança!

14. O indigenismo nas relações internacionais

A Convenção 169 Referente aos Povos Tribais e Indígenas em Países Independentes celebrada pela Organização Internacional do Trabalho em vários aspectos casa com a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos. Da mesma forma, combina com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; com a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial; com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e com a Convenção da Diversidade Biológica. Por tudo isso, 143

países votaram pelo texto revisto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas adotada no dia treze de setembro de 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 faz tempo é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime Organizado completou 60 anos em 2008. Sua experiência também pode servir nas reservas. Mesmo com tantas convenções, seus resultados a favor da emancipação do homem mostram-se menos promissores do que se esperava. Quanto às tentativas de esforços a favor das sociedades predecessoras na Amazônia Continental ensaiados pela Organização do Tratado de Cooperação Amazônica, elas caíram no limbo. Parte da culpa disso debita-se aos impasses diplomáticos e ao canibalismo administrativo no longamente acéfalo secretariado desse único organismo internacional sediado em Brasília.

O aprendizado da convivência pacífica entre maiorias e minorias nos oito países amazônicos e na Guiana Francesa, de alguma maneira, aplinará caminhos para a cidadania multicultural de largo espectro. Cidadania multicultural capaz de contrapor-se à xenofobia que rompe elos entre as estratégias de sobrevivência da população de baixa renda em espaços florestais com os direitos das minorias protegidas. Todavia, há longa trajetória ainda para formatar interesse coletivo por experiências internacionais vicinais relacionadas aos povos da floresta.

No Chile, país de especiosos índices de desenvolvimento na América do Sul, a política de Estado para as minorias de Mapuches é outra daquela que o Estado brasileiro brinda ao que tolera qualificar de nações indígenas. Santiago tem sua forma de agir para que bandeiras em nome de raças e etnias não desfraldem restringindo a liberdade do Estado no que diz respeito à exploração de recursos naturais de inte-

resse nacional. Situação em certos aspectos análoga à chilena ocorre, por exemplo, em Honduras, Costa Rica, El Salvador e México, nações onde a população indígena é expressivamente maior que no Brasil (SORJ; MARTUCCELLI, 2008, p. 249). Neste último, em Chiapas os índios reclamam por respeito e não por reservas. O Exército Zapatista de Libertação Nacional desfralda a bandeira da preservação da identidade coletiva antes do título da posse da terra.

No Equador, Bolívia e Peru, países andino-amazônicos, diferentemente da Venezuela, do Suriname, da Guiana e do Brasil, a população indígena é majoritária. O tratamento que lhes dispensa a civilização ocidental cristã sempre foi degradante e opressivo. Na sua histórica luta pela justiça, mais que a terra, mais que os problemas étnicos, preocupam-lhes o respeito que lhes roubaram e os obstáculos a suplantar para participar das decisões pátrias. Do Paraguai tão guarani ao Canadá, passando pelos Estados Unidos da América, a troca de experiências nas relações internacionais do indigenismo em seus acertos e erros tem como canalizar forças. Sob esse aspecto, o voto contrário à Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas dado pelos Estados Unidos da América, Canadá, Austrália e Nova Zelândia levantou diversificadas perguntas. Ao que tudo indica, questionamentos relacionados à autodeterminação, à presença militar em terra indígena e à exploração mineral em reservas levaram, além desses quatro países desenvolvidos, onze outros a se abster de votar. Entre esses últimos está a vizinha Colômbia.

Na Guiana e no Suriname, por causa das guerras raciais e rivalidades da progênie africana com os muçulmanos e hindus – pensando não engrossar o caldo das rivalidades étnicas –, ambos os governos postergam a pauta de discussões sobre as minorias nativas. Procedem como se elas não existissem. Na Colômbia, na Venezuela, no Panamá e na Nicarágua, os territórios

demarcados e a autonomia proclamada não transtornaram a ordem jurídica. Tampouco afetou a identidade nacional ou abriu espaço, como no Brasil, às milionárias indenizações pagas pelo Governo, por mineradoras e por hidroelétricas às comunidades indígenas. Parece que nas reservas lá no estrangeiro o interesse nacional impede a obstrução da construção de usinas ou a exploração de recursos naturais.

O estudo comparado das políticas públicas indigenistas americanas, na pauta do Fórum Social Mundial de 2009 dedicado aos povos indígenas, certamente enriquece a análise da questão dessas minorias no debate interparadigmático das relações internacionais.

Também obrigações em perspectiva comparada precisam, o quanto antes, equilibrar a universalidade das visões dos Direitos Humanos com as práticas do Direito Cultural. Urge balancear tradições a favor da vida indígena e do direito acoplado a obrigações caminhando com variadas práticas culturais. Não há por que, então, esconder eventuais práticas da vida tribal relacionadas ao aborto, ao suicídio, à poligamia e aos castigos físicos. Também ao maltrato da mulher, consumo de plantas alucinógenas, gnticídio dos portadores de deficiência física, eutanásia, repressão ao homossexualismo e ao lesbianismo, entre outras (Cf. KERN, 2008). Ainda que chocantes para muitos, insta entender os porquês das diferenças. Isso independentemente dos mandamentos religiosos dos monoteístas. De alguma maneira, a alteridade proporciona compreensão para com as diferentes visões de mundo e para com as novas formas de relacionamento entre a sociedade internacional e o epifenômeno do indigenismo.

Do passado ao presente, o perfil dos gentios foi desenhado por influências religiosas. As religiões, instrumento entre os mais antigos da globalização, são razão a mais para somá-las ao estudo do mundo indígena, que por décadas passou desperce-

bido na análise das relações internacionais. Para reverter isso, os esforços precisam contar com o apoio de redivivo respeito à memória sociológica, da plena confiança do nativo em suas identidades e de definição ontológica do que somos todos nós. Iniciativas pela cidadania universal certamente fortalecerão o debate em que as relações internacionais finalmente incorporarão as nações indígenas.

Não é por falta de burocracias funcionando em nome dos Direitos Humanos que esses são tão desrespeitados na Bolívia, no Brasil, na Colômbia, no Equador, na Guiana, no Peru, no Suriname e na Venezuela, os oito membros da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica. A análise do convívio interétnico em espaços limdeiros e fora deles pode demolir as reticências por ações que auxiliarão evitar conflitos de ordem religiosa entre índios. Cabe ao estudo das relações internacionais passar a limpo essa agenda no momento em que os conflitos étnicos e religiosos preenchem a dita ausência da luta de classes. Novos direitos e novas obrigações clamam por olhares para um melhor presente.

15. Conclusão

No mosaico de percepções sobre o indigenismo, a comunidade epistêmica entenderá que na construção de parcerias, quem defende a minoria indígena respeitando as maiorias é pelos direitos humanos. Para ser assim, a análise comparada do direito, da sociologia, da antropologia e da política nos países amazônicos, substantivada, tem como ajudar. A fim de que angarie credibilidade, falta congregar esforços em apoio aos direitos fundamentais universais direcionados aos *desplazados*. Igualmente aos refugiados, aos índios abandonados nas cidades, aos migrantes e, entre esses, aos garimpeiros sem fronteiras. Daí o apelo por uma consciência cívica enraizada na alteridade e não atomizada. Que seja estrutural e tenha visão de conjunto. Que se muna de

coragem civil capaz de prover a sociedade no seu todo de instrumentos para enfrentar tanto o genocídio civilizatório quanto os equívocos culturais da ideologia que nos países dominados força para lidar com as minorias étnicas segundo valores bichados por egoísmos políticos. Evitando desgraças históricas, há como abortar a indústria do indigenismo, que cresce no mesmo ventre onde fecunda a indústria das rivalidades étnicas e religiosas. Em vários aspectos, os abusos em nome de ambas recordam a triste indústria da seca.

Lições do passado certamente ajudarão o indigenismo nas relações internacionais a veementemente rechaçar os hediondos crimes da xenofobia e das desgraças sob as bandeiras das pretensões separatistas, entre outras. Se valsar no repisado chão das intolerâncias na periferia da periferia que é a Amazônia, patinhará no mesmismo das questões inventariadas pelo poder dominante. Poder, ele mesmo um produto de políticas e de vieses influenciados por síntese bem afeita à multiplicação dos ovos de serpente. São ovos chocados por tensões étnicas a desfavor das maiorias excluídas. Sem a proteção brindada pela rivalidade binária do mundo de outrora, o Brasil e demais países amazônicos expõem-se a riscos da amputação da soberania. As forças do mercado, o livre fluxo de capitais, o índio e a natureza hoje parecem não ter mais fronteiras. Amanhã será a vez dos recursos essenciais, o da água doce, por exemplo.

No ciclo vicioso da dominação de nações contra nações, novamente surgirão territórios disponíveis. Talvez seja espécie de moeda de troca no mercado mundial dos desequilíbrios climáticos. Daí a urgência do conhecimento dos tantos códigos simbólicos na arte do convívio nas relações internacionais. Isso leva à compreensão de várias temáticas emergentes. Por exemplo, aos estudos comparados da sociologia das relações internacionais dos povos indígenas e dos excluídos da arca de Noé em seus singulares desafios.

Tanto a análise quanto a síntese dos problemas amazônicos obrigam a refletir sobre a intrusão de novos atores. Isso se fará, insistindo pelos Direitos Humanos na sua totalidade, inclusive os da desprotegida maioria garimpeira. A mitigação do sofrimento da massa humana de emigrantes e imigrantes excluídos, assim como a do indígena, ainda que tardiamente arquitetada, merece tratamento de memorável legitimidade nas relações internacionais.

Referências

- BARRETO, Hélder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba, 2008.
- BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: resposta a globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CONFERÊNCIA Nacional dos bispos do Brasil. *Vida e missão neste chão*. Campanha da Fraternidade. São Paulo: Salesiana, 2007.
- FIRMEZA, George Torquato. *Brasileiros no exterior*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
- HECK, D. Egon. Mobilizando lutas e esperanças. In: *Porantim, em defesa da causa indígena*. ano 30 n. 304. Brasília, 2008.
- KERN, Felipe Moreira. Povos indígenas e os discursos teóricos em relações internacionais. In: VAZ, Alcides Costa. *Amazônia: discursos e realidades*. Boa Vista: editora UFRR, 2008.
- LAURIOLA, Vincenzo et al. *Ciência hoje: política fundiária das monoculturas*. Dez, 2007.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Da existência ao existente*. Campinas: Papiros, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich: *Fragmentos finais*. Brasília: EdUnB, 2002.
- PROCÓPIO, Argemiro. *Amazônia, ecologia e degradação social*. São Paulo: Alfa Ômega, 1992.
- PROCÓPIO, Argemiro. *Subdesenvolvimento sustentável*. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo amazônico*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *O desafio latino-americano: inclusão social e democracia*. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

O Brasil e o combate internacional à corrupção

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Convenção da OCDE. 3. Convenção da OEA. 4. Convenção da ONU. 5. Conclusão.

1. Introdução

O mundo globalizado se mobilizou nos últimos anos para combater a corrupção. Corroborando nesse movimento mundial de combate à corrupção, analisar-se-ão as três Convenções ratificadas pelo Brasil, excetuando-se outros textos normativos internacionais por tratar-se de objeto estranho ao presente artigo, pois não integram o ordenamento jurídico nacional.

No crime de corrupção, os criminosos utilizam posições de poder estabelecidas no jogo político usual para realizar atos ilegais contra a sociedade. Assim, sendo o sujeito passivo do delito é a sociedade. Nesse sentido, todos os Estados pretendem proteger e evitar a corrupção pelos males que ela acarreta em sua própria estrutura. Verifica-se nos países ocidentais uma tradição na repressão aos atos de corrupção.

Nos Estados Unidos tem-se a figura do tipo penal referente ao "Bribery" que significa uma forma de corrupção, o pagamento ou recebimento de propina, configurada nas formas passiva e ativa. Em matéria de corrupção, é famoso o julgamento de James Hoffa, líder sindical norte-americano, que, no início da década de 1960, enfrentou

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug é Pós-Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora do mestrado do UNICEUB e professora do Curso de direito do IESB.

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira é Estudante de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub, Estagiário do Escritório Preto Advogados e Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq.

Robert Kennedy, procurador-geral do governo norte-americano, na administração de seu irmão, John Fitzgerald Kennedy.”¹

Em 1977, o Congresso americano promulgou a Lei sobre a Prática de Corrupção no Exterior para dar fim ao suborno de funcionários públicos estrangeiros e restaurar a confiança pública na integridade do sistema empresarial americano. Esse documento normativo ensejou uma busca internacional no intuito da criminalização da corrupção transnacional, gerando Convenções sobre o assunto.

Além da legislação de repressão à corrupção, verifica-se um movimento de internacionalização no combate à corrupção por instrumentos como Convenções e Tratados, uma vez que a sua prática ultrapasse os limites do Estado, para se configurar um fenômeno mundial.

A primeira tentativa de criar uma lei de aplicação universal, feita pelas Nações Unidas, levou à assinatura da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional em Palermo, na Itália, em dezembro de 2000. Tal Convenção criminalizou a corrupção ativa e passiva, mas a ONU começou a discutir uma convenção específica para a corrupção, aprovada pela Assembleia Geral em outubro de 2003 e já ratificada pelo Brasil², conhecida como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Vale citar o estudo de Larissa Ramina (2002, p. 9), sobre as organizações internacionais que combatem a corrupção, no qual ela aponta:

Organizações Governamentais:

- 1 - Assembleia Geral das Nações Unidas (AG) e Conselho Econômico e Social (ECOSOC);
- 2 - Centro das Nações Unidas para a Prevenção da Criminalidade Organizada;

3 - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD);

4 - Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL);

5 - Banco Mundial (BIRD);

6 - Fundo Monetário Internacional (FMI);

7 - Organização Mundial do Comércio (OMC).

Organizações Não-Governamentais

1 - Câmara Internacional do Comércio (CCI);

2 - Transparência Internacional (TI).

Existem semelhanças de tratamento de repressão utilizados nos Estados Unidos, Itália, França e Brasil e a internacionalização do direito com fim de combater a corrupção. Segundo Marcelo Dias Varella:

“A passagem do nacional para o internacional se opera por meio dos atos ou por abstenções. Entre os atos, podemos situar os instrumentos jurídicos internacionais, tais como os tratados ou convenções internacionais. Um exemplo de abstenção será o silêncio de um Estado frente à interferência da comunidade internacional num assunto tipicamente interno.”³

Observa-se, ainda, que a internacionalização no direito brasileiro no tocante ao combate à corrupção está-se dando mais por atos do que por abstenções. O Brasil é signatário de acordos de Cooperação jurídica em matéria penal com Estados Unidos, França, Itália, Peru, Alemanha, Paraguai, Coreia e Portugal; acordos bilaterais de extradição com Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, Venezuela, Mercosul;

¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Penal nos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_penal_nos_eua.html>. Acesso em: 30 set. 2007

² Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_167/R167-10.pdf>. Acesso em: 30 set. 2007

e possui em nível regional um Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais com o Mercosul com o fim de combater a criminalidade regional. (OLIVEIRA, 2007, p. 1-14)

Corroborando nesse movimento mundial de combate à corrupção, analisar-se-ão as três Convenções ratificadas pelo Brasil.

2. *Convenção da OCDE*

Na década de 90, observou-se que a comunidade internacional passou a dar maior atenção ao exame das consequências e impactos da corrupção na condução dos negócios internacionais.

O suborno de funcionários públicos estrangeiros foi tema inicialmente tratado pelo grupo de trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE - sobre suborno em transações comerciais internacionais.

O Brasil ratificou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, produzida pela OCDE, em 15 de julho de 2000, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

O objetivo da Convenção da OCDE é prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera das transações comerciais internacionais.

De acordo com a OCDE, após a entrada em vigor da Convenção, houve um aumento no número de investigações e condenações nos Estados Partes, tendo sido conduzidas mais de cinquenta investigações de casos de suborno transnacional que resultaram em trinta condenações. Houve, também, indivíduos e empresas responsabilizados por suborno transnacional que foram sancionados com multas de até 2 milhões de euros. (BRASIL, 2007, p. 7)

Para fins da Convenção da OCDE, são considerados funcionários públicos estrangeiros: qualquer pessoa que ocupe o

cargo nos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo de um país estrangeiro, independentemente de ser essa pessoa nomeada, eleita ou concursada; qualquer pessoa que exerça função pública internacional do nível federal ao municipal.

A Convenção dispõe sobre normas contábeis e tributárias. Tais regras estabelecem a proibição de “caixa dois” e de operações inadequadamente explicitadas. Ainda, prescreve a proibição de alguns atos e oclusões dos funcionários públicos estrangeiros, tais como registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações tributárias inadequadas de seu objetivo e/ou o uso de documentos falsos por empresas com o propósito de corromper os funcionários públicos.

Com relação à lavagem de dinheiro, a Convenção exigiu que as práticas de corrupção transnacional fossem tipificadas pelo ordenamento interno, independentemente do local da ocorrência do fato. No caso do Brasil, que adota uma legislação que reporta aos crimes antecedentes, verificou-se que a Lei nº 10.467/2002, introduziu a criminalização das práticas de corrupção transnacional na Lei nº 9.613/98.

No tocante a responsabilização das pessoas jurídicas, a Convenção prevê no art. 2º a responsabilização das empresas que subornarem os funcionários públicos estrangeiros. No caso do Brasil, que não permite a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, a Convenção ressalta que nessas hipóteses o Estado deverá assegurar que as empresas sejam apenas com sanções não-criminais, incluindo sanções de natureza pecuniária.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de o Brasil reformar rapidamente sua legislação para que as empresas sejam diretamente responsabilizadas em casos de suborno a funcionários públicos estrangeiros, segundo recomendações da OCDE.

Em relatório divulgado no dia 18/12/2007, a entidade analisou os esforços do Brasil para cumprir os termos da

Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da qual 37 países são signatários.

A OCDE conclui que o Brasil não tomou as medidas necessárias e eficazes para determinar as responsabilidades de pessoas jurídicas nos esquemas de pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros e deveria criar leis que fossem aplicadas nesses casos.

Alega a OCDE, recentemente, “que o atual regime estatutário sobre as obrigações de pessoas jurídicas é inconsistente e, como consequência, as empresas não são punidas no Brasil por suborno internacional.”⁴

Ainda, segundo o relatório, dois casos “potenciais” de pagamento de propinas envolvendo empresas brasileiras teriam sido identificados pela entidade durante a visita de cinco dias feita pela equipe da OCDE ao Brasil nos meses de maio e junho de 2007.

A OCDE apontou que quatro investigações estão em andamento sobre o envolvimento de empresas brasileiras em irregularidades cometidas no programa Petróleo por Comida, da ONU (Organização das Nações Unidas), pelo qual o antigo governo iraquiano vendia petróleo a vários países em troca de alimentos.

As irregularidades envolveriam o pagamento ilícito de sobretaxas ao governo iraquiano em troca de contratos de petróleo.

O Brasil deveria ser mais pró-ativo em detectar, investigar e processar casos de corrupção internacional e deve reforçar as medidas de combate ao suborno nos setores público e privado, segundo conclusões da OCDE.

Conclui-se que a Convenção da OCDE trata da corrupção transnacional. Nesse sentido a Convenção tem duas fases, quais sejam; implementação legislativa e implementação material. O Brasil ainda não

concluiu a primeira fase, tendo em vista a falta de penalização das pessoas jurídicas. Ou seja, ainda é um começo no sentido de afirmar o compromisso internacional de combater a corrupção nas operações internacionais.

3. *Convenção da OEA*

Em 1994, os Ministros das Relações Exteriores da América e os Chefes de Delegação dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos – OEA – assinaram a “Declaração de Belém do Pará”, manifestando apoio a estudos de medidas de combate à corrupção, de melhoria da eficiência da gestão pública e de promoção da transparência e probidade da administração pública. Assim, “por meio da Resolução AG/RES 1294 (XXIV-O/94), a Assembleia-Geral determinou ao Conselho Permanente o estabelecimento do Grupo de Trabalho sobre Probidade e Ética.” (BRASIL, 2007, p. 7)

O Grupo de Trabalho, referido, desenvolveu o projeto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, que foi concretizada em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996. No Brasil, a convenção foi ratificada pelo decreto legislativo nº 152/2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002.

A Convenção da OEA tem por objetivo, “promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir, e erradicar a corrupção, além de promover, facilitar e regular a assistência e a cooperação técnica entre os Estados Partes.” (Idem)

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção estabelece algumas medidas importantes no combate em nível regional, que são as seguintes:

- “1 – Criação de normas de conduta para o correto, honrável e adequado cumprimento das funções públicas;
- 2 – A adoção de sistemas para a contratação de funcionários públicos e para a aquisição de bens e serviços

⁴ BBC-Brasil, Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/bbc/2007/12/19/ult2283u1109.jhtm>> Acesso em: 27 jan. 2008.

pelo Estado que assegurem a publicidade, equidade e eficiência de tais sistemas;

3 – A criação de órgãos de controle superior, com a finalidade de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, destacar, sancionar e erradicar práticas corruptas;

4 – O estabelecimento de mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e das organizações não governamentais nos esforços para combater a corrupção;” (MARTÍNEZ, 2006, p. 13-14)

5 – A instituição de sistemas de arrecadação fiscal que impeçam a prática de corrupção;

6 – A criação de sistemas para proteger os funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção;” (BRASIL, 2007, p. 8)

Para atingir tais objetivos, a Convenção da OEA tipifica alguns atos como crimes de corrupção. Entre eles destacam-se:

“1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

e. a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.” (Idem, p. 24)

A Convenção da OEA traz dois delitos a serem tipificados pelos Estados Partes, que são o Suborno Transnacional e o Enriquecimento Ilícito. O Suborno Transnacional, já inserido pela Convenção da OCDE e inserido pela Lei nº 10.467 no ordenamento nacional, ficou definido, pela Convenção da OEA, como:

“Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial.” (Ibidem, p. 25)

O enriquecimento ilícito caracteriza-se pelo: “aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.” (Ibidem, p. 25)

A Convenção prevê uma ampla assistência entre os países signatários como forma de permitir a obtenção de provas e a execução de outros atos necessários para facilitar a realização de investigações.

Existe um mecanismo de implementação da Convenção, chamado Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Mesicic). Ele objetiva promover a Convenção e avaliar o empenho dos países em combater a corrupção. O primeiro relatório Mesicic⁵ apontou diversos pontos que o Brasil precisa aperfeiçoar, tanto no ordenamento quanto nas condutas de combate.

Para atender o tratado firmado entre Brasil e os membros da OEA, tem-se que em 2003 foi instituído o Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção (Decreto 4.293/03), com a participação de representantes de órgãos públicos e da sociedade civil. Em 2005 deu-se em Brasília, o IV Fórum Global de Combate à Corrupção, que reuniu mais de cem países para debater formas de combate à corrupção.

Outra medida foi a criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas - SPCI - em janeiro de 2006, nos quadros da Controladoria Geral da União - CGU.

Foi encaminhado pela CGU o Projeto de Lei 7528/2006, que visa dirimir o conflito de interesses públicos e privados no exercício do cargo público, e o Projeto de Lei 5.586/2005, que visa tipificar a prática de enriquecimento ilícito, ainda não existente no ordenamento pátrio.

A Convenção da OEA define atos de corrupção e estabelece a obrigação de tipificar o suborno transnacional e o enriquecimento ilícito. Ela será implementada pelo monitoramento e acompanhamento - MESICIC - no sentido de tornar-se efetivo o combate à corrupção no Brasil. Nota-se que ainda

falta a implementação da criminalização do enriquecimento ilícito no ordenamento brasileiro, pois só existe sanção civil (Lei de Improbidade Administrativa).

Conclui-se que a Convenção da OEA é um instrumento de importância no combate à corrupção, pois ela já está auxiliando as autoridades no desenvolvimento de técnicas e na criminalização de atos antes não previstos no ordenamento pátrio e visa a cooperação regional (América). Essa cooperação é de extrema importância, pois possibilitará possíveis extradições de criminosos corruptos, investigações de membros do crime organizado e possíveis práticas de lavagem de dinheiro.

4. Convenção da ONU

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU) foi assinada em 15 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Tal Convenção objetiva um combate universal pelos Estados contra a corrupção.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção trouxe as seguintes diretrizes no seu bojo:

- 1 - O artigo seis alude à necessidade de órgãos de prevenção contra práticas de corrupção pelos países signatários;
- 2 - O artigo sete acentua a importância do princípio da eficiência no setor público;
- 3 - O artigo oito assevera a elaboração de códigos de conduta para funcionários públicos;
- 4 - E o artigo treze refere-se à participação da sociedade civil, das organizações governamentais e das organizações com base na comunidade na prevenção e luta contra a corrupção.

Para isso, a Convenção prevê que os países devem criminalizar uma série de

⁵ Este relatório está disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea>>. BRASIL, Convenção Interamericana contra a Corrupção/Presidência, Controladoria-Geral da União - Brasília: CGU, 2007, p. 33.

atividades corruptas; adotar medidas para prevenir a corrupção; promover a integridade nos setores públicos e privados; e cooperar com outros países. Ela também estabelece, pela primeira vez, mecanismos legais para o repatriamento de bens e recursos obtidos por meio de atos corruptos e remetidos para outros países.

Vale lembrar que a participação da sociedade civil também está prevista na Convenção da OEA. Também, o enriquecimento ilícito, previsto no texto da Convenção da ONU e da OEA, ainda não foi disciplinado/criminalizado no ordenamento interno.

Cabe ressaltar que o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime – UNDOC – estabeleceu uma parceria com a Controladoria Geral da União – CGU, para capacitar os funcionários no sentido de aperfeiçoar as auditorias e apurações de fraudes e desvios de recurso. Essa parceria, desde 2005, tem por objetivo transformar a CGU numa agência de referência internacional de combate à corrupção.

5. Conclusão

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, verificam-se três tratados internacionais, recentemente ratificados, quais sejam:

A Convenção da OCDE que tipifica o crime de corrupção de funcionários públicos estrangeiros e determina a responsabilidade de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, focada nas transações internacionais. Nesse sentido a Convenção tem duas fases, quais sejam; implementação legal e implementação material. O Brasil ainda não concluiu a primeira fase, tendo em vista a falta de penalização das pessoas jurídicas.

A Convenção da OEA, que define atos de corrupção e estabelece a obrigação de tipificar o suborno transnacional e o enriquecimento ilícito, será implementada pelo monitoramento e acompanhamento

– MESICIC – no sentido de tornar-se efetivo o combate à corrupção. Assim, observa-se que ainda falta a implementação da criminalização do enriquecimento ilícito no ordenamento brasileiro.

A Convenção da ONU que tipifica suborno de funcionários públicos nacionais, suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários públicos de organizações internacionais, peculato, tráfico de influência, abuso de função, enriquecimento ilícito, suborno no setor privado, malversação de bens no setor privado, lavagem do produto de delito, receptação e obstrução de justiça. Será implementada por monitoramento e acompanhamento dos Estados Membros. Trata-se de um compromisso quase universal de combate à corrupção tendo em vista que é a Convenção com maior número de ratificações.

Nesse sentido pode-se demonstrar que a corrupção é uma preocupação de vários Estados e Organizações Internacionais. Mas em que sentido podemos dizer que a corrupção é um fenômeno internacional? Tal questão pode, assim, ser abordada sob três aspectos.

O primeiro em face de sua possível prática por agentes internacionais. O segundo trata a corrupção como fenômeno nacional, que envolve concurso com agentes internacionais e, nesse aspecto, o crime de lavagem de dinheiro é o que ilustra melhor tal possibilidade. E, por último, a corrupção como problema contemporâneo, que envolve diversos países e, conseqüentemente, envolve agentes de diferentes nacionalidades, ou seja, todos os Estados padecem do mesmo mal.

Assim, diante desse quadro, cabe verificar, de maneira mundializada, como um crime tipificado em um determinado ordenamento jurídico pode ser enfrentado, visto que se trata de um problema mundial.

Dessa forma, o surgimento de crimes que ultrapassam os limites territoriais de um Estado, causado, principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico e científico,

como a internet e as operações bancárias, implicou a criação de outros interesses que requerem proteção.

Ao lado disso, também se verifica que as instituições nacionais não conseguem mais atender a essas novas demandas, uma vez que esses crimes globais necessitam de uma justiça global, conforme explica Mireille Delmas-Marty (2002, p. 286-293). Por isso, Delmas-Marty explica que a corrupção é um objeto muito importante para observar o direito internacional, uma vez que, no combate à corrupção, há uma grande interação entre os direitos internacional e os nacionais.⁶

Consequentemente, as Convenções analisadas são instrumento de estudo de fundamental importância para entender a interação do direito nacional e o direito internacional. Além disso, os tratados aqui expostos vão inovar o direito pátrio e auxiliar na cooperação internacional de controle da corrupção.

Além do esforço brasileiro no sentido de permitir a internacionalização do direito pátrio com intuito de combater a corrupção, verifica-se que o combate à corrupção é hoje prática não só dos Estados e em nível nacional, mas também de organizações nacionais e internacionais como: Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos (OEA), Câmara Internacional de Comércio, Transparência Internacional, Word Economic Forum, Interpol, Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE), entre outras.

Nesse sentido são plenamente verificáveis dois fenômenos distintos, quais sejam, a internacionalização do combate à corrupção e a incorporação pelo direito nacional de mecanismos de combate à corrupção utilizados em outros países.

A internacionalização do direito não está somente no plano das normas, mas

encontra-se na busca de valores comuns (OLIVEIRA, 2007, p. 1-14). E isso implica a persecução do valor da dignidade para com a coisa pública e o combate à corrupção.

Referências

BBC-Brasil. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/bbc/2007/12/19/ult2283u1109;jhtm>>. Acesso em: 27 jan. 2008.

BRASIL. *Convenção da OCDE*. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007.

BRASIL. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007.

DELMAS-MARTY, Mirreille. Global crime calls for a global justice. In: *European journal of crime, Criminal Law and a Criminal Justice*. v. 10, n. 4, 2002. In: SEMINÁRIO FRANCO BRASILEIRO, 1., Brasília. *Palestra...* Centro Universitário de Brasília, 5 out. 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito penal nos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_penal_nos_eua.html>. Acesso em: 30 set. 2007.

MARTÍNEZ, Augusto Duran. Corrupción: mecanismos sociales y jurídicos para su control. In: *A&CR de Dir. Administrativo e Constitucional*. ano 6, n. 24. Belo Horizonte, abr./jun. 2006.

OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Internacionalização do direito e o combate à corrupção. *Revista Jurídica Virtual*. v.9. Presidência da República, 2007.

RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. In: *Revista de Informação Legislativa*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_167/R167-10.pdf>. Acesso em: 30 set. 2007.

⁶ Palestra proferida no I Seminário Franco-Brasileiro, no Centro Universitário de Brasília, no dia 5 de outubro de 2007.

Tratado, Governo e Congresso

A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro

Christian Edward Cyril Lynch

Sumário

1. Da tradicional adesão, pelo Brasil republicano, do sistema misto de formação e celebração de tratados. 2. Da inexistência de previsão expressa, na Constituição, de competência congressual para modificar os acordos internacionais celebrados pela Presidência. Opiniões contrárias a essa possibilidade. 3. Da competência do Congresso para apreciar os projetos de tratados enviados pelo governo. 4. Distinção entre competência exclusiva (art. 49) e competência privativa (art. 84). 5. O que é “celebrar tratados” e “referenda” (art. 84, VIII). 6. O que são “referendar” e “resolver definitivamente” (art. 49, I). 7. O texto do acordo internacional remetido ao Congresso ainda não é tratado, mas projeto de tratado. 8. O princípio da equipotência entre Poder executivo e o Poder Legislativo impede o intérprete de proibir a este o que se concede àquele – o direito de modificar parcialmente os projetos que lhe são remetidos por outro poder. 9. Doutrina constitucional favorável à possibilidade de emenda legislativa aos projetos de tratados remetidos pelo Executivo. 10. Das convenções e doutrinas internacionais favoráveis à possibilidade de emenda legislativa aos projetos de tratados remetidos pelo Executivo. 11. Da interpretação constitucional de próprio Poder Legislativo, favorável à sua competência para modificar o teor dos tratados. Conclusão.

Christian Edward Cyril Lynch é Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho (UGF). Pesquisador do Setor de Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa.

1. Da tradicional adesão, pelo Brasil republicano, do sistema misto de formação e celebração de tratados

Envolvendo direito constitucional e direito internacional, além de farta doutrina

e jurisprudência, é polêmica a questão da possibilidade de alteração de tratado pelo Congresso Nacional, no curso do processo de referenda.

Conforme ensina Hildebrando Accioly (1966, p. 144), no seu clássico *Manual de direito internacional público*, os acordos jurídicos entre Estados são atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais Estados. Em regra, eles recebem o nome genérico de tratados, mas, conforme seu tipo, conteúdo, objeto ou fim, podem ter aquela denominação, agora no sentido estrito, ou várias outras, como convenção, declaração, protocolo, convênio, ajuste, acordo, compromisso, etc. Como qualquer contrato, são requisitos de validade desses atos internacionais em geral a capacidade das partes contratantes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo, e objeto lícito e possível. Uma vez celebrado o tratado entre as potências signatárias, passa ele por um processo de ratificação. O direito internacional não prescreve a fórmula por que a ratificação deve ser empreendida, o que fica a cargo das disposições constantes nas constituições dos países signatários.

Recorda Roberto Luiz Silva (2007, p. 97) que existem três sistemas de ratificação: o primeiro deles é o de competência exclusiva do Poder Executivo, vigente nos países autocráticos; segundo, o de competência exclusiva do Poder Legislativo, de matriz britânica; por fim, o sistema de competência mista, em que os dois poderes políticos concorrem para aquele fim. De um modo geral, as constituições democráticas adotam este último sistema: o Executivo fica encarregado de entabular negociações com os governos estrangeiros e de celebrar com eles projetos de tratados, ao passo que o Legislativo fica incumbido de posteriormente examiná-los para, uma vez averiguada a sua constitucionalidade, oportunidade e conveniência, possa o Governo, caso queira, ratificá-los.

No Brasil republicano, o sistema misto de formação e ratificação de tratados foi

sempre, invariavelmente, adotado por todas as suas constituições. Com pouquíssimas variações semânticas, a república brasileira adotou sempre a mesma fórmula, fosse o regime oligárquico, democrático ou autoritário: cabe sempre ao Presidente “celebrar” os tratados e atos internacionais em geral, “*ad referendum*” do Congresso Nacional, a quem cabe, por sua vez, “resolver definitivamente” sobre eles.

Assim, na Constituição de 1891, cabia ao Presidente “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”, a quem cabia “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções estrangeiras” (art. 48, XVI e art. 34, XII). Na Constituição de 1934, cabia ao chefe de Estado “celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo”, que, por sua vez, deveria “resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz” (art. 56, VI, e art. 40, “a”). Na própria Constituição autoritária do Estado Novo (1937), o sistema foi mantido, cabendo ao Presidente “celebrar convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo” e, a este último, discutir e votar “projetos de lei sobre tratados e convenções internacionais” (art. 54, “a”, e 74, “d”). Sob a ordem constitucional democrática de 1946, repetiu-se a fórmula mais uma vez: cabia ao Presidente “celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”, ficando este encarregado de “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com Estados estrangeiros pelo Presidente da República” (art. 87, VII, e art. 66, I). A Carta de 1967 incumbia o Presidente de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”, a quem, por sua vez, era atribuído o dever de “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República” (art. 81, X, e art. 44, I). Por fim, a atual Constituição (1988)

concede ao Presidente a competência privativa para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, ao passo que este tem competência exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 84, VIII, e art. 49, I).

Como se vê, a atual Constituição não fugiu à regra. Daí por que, nos seus *Comentários à Constituição*, Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 97) classifica esse processo de formação e validação de tratados “um ato complexo, em que se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os ratifica”.

2. *Da inexistência de previsão expressa, na Constituição, de competência congressional para modificar os acordos internacionais celebrados pela Presidência. Opiniões contrárias a essa possibilidade*

Entretanto, nenhuma das Constituições brasileiras fez jamais alusão expressa à possibilidade que teria o Legislativo de alterar ou não o conteúdo do tratado celebrado e remetido pelo Executivo no processo de sua referenda. Ou seja, nunca houve proibição ou ordem explícita. Uma vez que praticamente todas as Cartas, porém, falaram em “celebrar”, “referendo” e “resolver definitivamente”, podemos consultar toda a doutrina republicana, desde 1902, para verificar como os clássicos do direito constitucional brasileiro encararam a questão.

Ao fazê-lo, porém, o que imediatamente percebemos é que, sobre o tema referido, lavra uma intensa e constante divergência, que se arrasta há mais de um século. Para alguns, como Aristides Milton, João Barbalho, Clóvis Beviláqua, Carlos Medeiros Silva, Alberto Adeodato, Cançado Trindade, o Poder Legislativo não pode alterar o conteúdo dos projetos de tratado, devendo limitar-se a aprová-lo ou reprová-lo na íntegra. Outros, porém, como Carlos Maximiliano, Aurelino

Leal, Pontes de Miranda, Temístocles Cavalcanti, Wilson Accioli e Vicente Marotta Rangel, creem nesta possibilidade.

Vejamos os argumentos da parte contrária a tal possibilidade.

Nos seus *Comentários*, João Barbalho (1902) se opõe à possibilidade de “aprovação integral ou parcial” do tratado, alegando que as cláusulas de um tratado comporiam um todo orgânico e que “quebrar-lhe a integridade vem a ser o mesmo que rejeitá-lo *in totum*”. O Congresso deveria perceber que, “se mais não obteve o governo em bem dos interesses que se prendem ao tratado, é que naturalmente outra coisa não pôde conseguir”. Por fim, acrescenta que, como caberia ao Legislativo “resolver definitivamente” a questão, qualquer modificação que lhe fosse introduzida importaria, na verdade, na negociação de um novo tratado pelo governo. Assim sendo, em vez de resolvê-la “definitivamente”, o Congresso obrigaria o Executivo a reabrir a negociação (CAVALCANTI, 1902, p. 111). Essa é a mesma razão apresentada por Cançado Trindade (1988, p. 4): as modificações introduzidas pelo Congresso imporiam a celebração formal de um novo acordo, que contivesse a sugestão ou emenda do Legislativo. Daí que, para ele, “ao Congresso Nacional escapa competência para, ele próprio, promover alterações ou introduzir ressalvas no texto de um acordo já negociado, no decreto legislativo para a sua aprovação”. Mais recentemente, Celso de Albuquerque Melo (2002), no seu *Curso de direito internacional*, também se opôs à possibilidade de emendar o Congresso o conteúdo do acordo: esse procedimento constituiria uma “interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional”, não passando a emenda de “forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação”. Para Melo (2002, p. 230), a apresentação de emendas pelo Congresso, além de invadir a seara do Executivo, delongaria desnecessariamente o processo de ratificação do tratado.

De uma forma geral, os autores contrários à alteração dos projetos de tratado pelo Legislativo geralmente são internacionalistas ou defensores da supremacia do Executivo, e sustentam que apenas este poder poderia promover mudanças no texto, por meio de reservas, quando da ratificação, e, mesmo assim, somente nos tratados multilaterais, vedada tal possibilidade nos bilaterais. Assim, por exemplo, Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p. 58), para quem “não há que se falar em reservas no caso dos tratados bilaterais, uma vez que nestes acordos a vontade das partes tem de estar em perfeita harmonia (...). Somente os tratados multilaterais o admitem”.

3. Da competência do Congresso para apreciar os projetos de tratados enviados pelo Governo

Essa não é, todavia, a nossa posição. Parece-me claro que, do texto constitucional, não se depreende qualquer óbice à participação do Poder Legislativo na elaboração do texto definitivo do tratado.

Consultemos o texto da Constituição da República (1988):

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

No plano do direito constitucional, é a partir do exame dessas duas normas que se deve verificar se pode ou não o Congresso Nacional alterar o conteúdo de um ato internacional *lato sensu* celebrado pelo Presidente da República. Para tanto, podemos recorrer a todas as formas conhecidas de hermenêutica jurídica para compreender o que significa “privativamente”, “celebrar”

e “referendo”, no art. 84, e “exclusiva” e “resolver definitivamente”, no art. 49.

4. Distinção entre competência exclusiva (art. 49) e competência privativa (art. 84)

Do ponto de vista doutrinário, não resta dúvida acerca da diferença entre competência exclusiva e competência privativa, em direito constitucional. Como recorda José Afonso da Silva (2002), “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”. Nesse sentido, as competências exclusivas e privativas se diferenciam das competências comuns ou concorrentes, que podem ser exercidas simultaneamente por mais de uma autoridade. No que se refere especificamente à distinção entre competência privativa e competência exclusiva, é que a primeira – a privativa –, embora exercida por um único órgão, comporta delegação para que outro o exerça, ao passo que, no segundo caso, essa possibilidade é vedada. No caso das normas constitucionais em referência, isso significa que o Presidente da República pode delegar a outrem a tarefa de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”. É efetivamente o que ele faz a mais das vezes, outorgando cartas de plenos poderes a embaixadores, plenipotenciários extraordinários, ou qualquer outro agente seu. Conforme lição de Valério Mazzuoli (2008, p. 55), “todo funcionário de carreira, entretanto, acreditado ou credenciado pelo país estrangeiro, pode ser agente plenipotenciário”. O Congresso, como depositário de competência exclusiva, a ninguém pode delegar a incumbência constitucional de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, prevista no art. 49, I (SILVA, 2002, p. 478).

5. O que é “celebrar tratados” e “referenda” (art. 84, VIII)

A norma contida no art. 84, VIII, da Constituição atribui ao Presidente a com-

petência privativa para “celebrar” os atos internacionais em geral. Barbalho, Albuquerque e outros autores que se opõem à alteração das cláusulas do tratado pelo Congresso fundam precisamente nesse comando constitucional suas razões para afirmar que apenas o Presidente da República pode definir a substância do tratado.

Para compreender a questão, é preciso compreender o que significa “celebrar”. No que respeita à interpretação léxica, Aurélio Buarque de Holanda está longe de conceder, a esse verbo, a extensão que lhe dão os sobreditos autores. Para o ilustre filólogo, “celebrar” significa “fazer realizar com solenidade, promover, patrocinar” (FERREIRA, 1986, p. 303). O exemplo, aqui, é, justamente, “celebrar um tratado de paz”. Se, por um lado, é natural que quem celebra o tratado seja quem o negociou (era esse o texto da Constituição de 1891), daí não se infere que ele detenha o monopólio acerca do seu conteúdo e, portanto, que ele não possa ser alterado – especialmente quando a própria Constituição incumbe o Congresso de *referendá-lo* e de *resolver definitivamente* sobre a questão.

No que toca ao verbo “referendar”, ele significa, para o mesmíssimo Aurélio Buarque de Holanda, “aceitar a responsabilidade de (algo já aprovado por outrem), concorrendo para que essa coisa se realize”. O irônico é que o exemplo acrescentado pelo ilustre filólogo é justamente o seguinte: “O Congresso não referendou o tratado nos termos em que vinha redigido”. O exemplo denota que tanto o próprio bom senso como a efetiva prática institucional (como veremos) aprovam tal interpretação. Quanto à possibilidade de alterar-se parcialmente a proposição contida em referendo, basta lembrar que, no que concerne ao referendo popular, sempre que ele versa sobre diversos artigos de uma mesma lei, o costume é submeter quesitos isolados à população interessada. Raramente a consulta impõe ao eleitorado a obrigação de aceitar todas as mudanças em bloco. É o que se viu, ultimamente, na Itália, na Venezuela e no Brasil, quando do referendo da lei do armamento.

Como se percebe, a intenção do referido comando – art. 84, VIII – não é a de criar um monopólio absoluto acerca da definição do conteúdo possível dos acordos para o Presidente da República, mas o de excluir o Congresso Nacional da possibilidade de entrar em contato com plenipotenciários estrangeiros para negociar tratados. Tanto assim que, ao conferir ao chefe do Executivo a competência privativa para “celebrar tratados” – ou seja, *negociar com Estados estrangeiros* –, em lugar nenhum a Constituição proíbe o Congresso de sugerir alterações que, de qualquer modo, ficam à discrição do Presidente aceitar ou não, encaminhando-as, em caso positivo, à apreciação do representante diplomático dos demais países signatários.

6. O que são “referendar” e “resolver definitivamente” (art. 49, I)

Quanto a “resolver definitivamente”, os críticos da hipótese aqui defendida, de possibilidade de intervenção do Legislativo, tendem a esvaziar sua dimensão léxica, acusando a expressão adotada pelo legislador constituinte como equivocada ou imprópria. Alega-se que não seria o Congresso que resolveria “definitivamente” do tratado, mas o Presidente da República, que exerceria o juízo de conveniência e oportunidade acerca da ratificação. Como esclarece Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1983, p. 133), “a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados internacionais, depois de estes terem sido aprovados pelo Congresso”. Assim, o pronunciamento do Congresso só seria definitivo quando rejeitasse integralmente o acordo, isto é, a proposta de tratado. Daí a impropriedade do advérbio “definitivamente”, empregado na Constituição.

Essa crítica à redação da regra constitucional procede; daí não se segue, porém, que o *advérbio* definitivamente seja uma expressão ociosa. Seguindo a regra clássica de hermenêutica jurídica, segundo a qual

o legislador não emprega expressões em vão, parece temerário simplesmente inferir que, da faculdade que tem o Presidente de ratificar ou não o projeto de tratado, que o Congresso não resolve nada. Ao contrário, a presença dessa expressão – definitivamente –, em todas as Constituições brasileiras desde 1891, serve para demonstrar que, embora não lhe caiba ratificar o tratado, o Congresso detém um poder qualquer para além de simplesmente aceitar ou rejeitar, por referenda, o conjunto das normas do projeto de tratado. Reporto-me aqui à opinião de Wilson Accioli (1984, p. 166) sobre o tema, que é a melhor doutrina:

“Resolver definitivamente não significa apenas aprovar ou desaprovar totalmente. Aprovar totalmente, mesmo que, nessa aprovação, se englobassem cláusulas contrárias ao interesse nacional, seria contraproducente. Desaprovar totalmente, mesmo que essa aprovação importasse no julgamento de certas cláusulas favoráveis às conveniências da política nacional, seria desaconselhável. Por essa razão, entendemos perfeitamente desejáveis as emendas ou reservas, pois tais modificações não elidiram o preceito do art. 44, inciso I (da Constituição de 1967), quanto à aprovação definitiva”.

Contra a argumentação dos autores para os quais a apresentação de emendas ou reservas inutilizaria o tratado, desde que exprimisse uma recusa a ser submetida à outra parte, Accioli (1984, p. 167) pensa que “a desaprovação total (que acham uma resolução definitiva) seria uma forma de rejeição que poderia, do mesmo modo, forçar as partes contratantes a uma reformulação dos termos do tratado em causa”.

Como se percebe, pois, da exegese dos dois comandos constitucionais, não há como deles extrair a ideia de que a Carta de 1988 tenha outorgado ao Poder Executivo o monopólio da definição soberana do conteúdo dos acordos internacionais. Pelo contrário,

ela conferiu ao Congresso competência para resolver definitivamente a questão dos acordos, por meio de referenda.

7. O texto do acordo internacional remetido ao Congresso ainda não é tratado, mas projeto de tratado

Por esses motivos, parece-me equivocada o argumento de que a modificação do texto do acordo importaria, não sua resolução pelo Congresso, mas a reabertura de negociações, pelo Governo, para a celebração de um novo tratado. Eles partem do princípio de que o acordo celebrado pelo Executivo já é, tecnicamente, um tratado. Ora, para que o tratado gere os efeitos dele esperados, ele precisa ser ratificado pelos signatários. A Constituição brasileira prevê que, para tanto, ele deverá ser referendado previamente pelo Congresso, por meio de um projeto de decreto legislativo. Nada garante *a priori* que ele deva ser aprovado ou rejeitado na sua totalidade, seguindo o trâmite normal de todos os projetos legislativos. Daí que o acordo celebrado pelo Executivo não seja um tratado, mas um projeto de tratado, que pode ser alterado como qualquer outro projeto submetido à apreciação parlamentar. Portanto, a modificação do texto do acordo não impõe a negociação de um novo tratado pelo Governo; caberá a ele, simplesmente, submeter as modificações sugeridas pelo Congresso à outra parte signatária que, aceitando-as, permitirá a ratificação.

8. O princípio da equipotência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo impede o intérprete de proibir a este o que se concede àquele – o direito de modificar parcialmente os projetos que lhe são remetidos por outro poder

Como se sabe, o princípio basilar que rege as relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo é aquele conhecido como “separação de poderes” e foi recepcionado no art. 2º da Constituição da República.

De acordo com a teoria, estabelecida inicialmente por Montesquieu, os poderes políticos devem ser exercidos por órgãos diversos e autônomos, iguais em força – equipotentes, portanto – e interdependentes por mecanismos de freios e contrapesos, que visam regular suas relações e preservar o funcionamento da máquina constitucional. A finalidade dessa teoria é, como se sabe, garantir o equilíbrio sistêmico, de molde a impedir que, mais fortalecido que o outro, um dos poderes acabe por atacá-lo ou aniquilá-lo, abrindo as portas para o autoritarismo (Cf. MONTESQUIEU, 1997, p. 202). Daí porque a referida norma constitucional estima que os poderes políticos sejam “independentes e harmônicos entre si”. O sistema misto de processamento e ratificação dos tratados, adotado pelo Brasil, é um exemplo perfeito do que seja um mecanismo de freios e contrapesos entre poderes equipotentes, ou seja, que detém uma porção idêntica de poder, necessária à preservação do equilíbrio entre eles.

Tendo em mente, portanto, o princípio da equipotência, percebe-se perfeitamente, por conta dele mesmo, que o processo legislativo relativo à ratificação de tratados, *grasso* modo, é análogo ao processo legislativo ordinário. A única diferença substantiva está, digamos, nos sinais invertidos: se, ordinariamente, é o Legislativo quem toma a iniciativa dos projetos de lei, que ficam sujeitos à sanção do Executivo, no caso dos projetos de tratado, cabe ao Governo a iniciativa, que os sujeita ao referendo do Congresso Nacional. Enquanto que, no processo legislativo ordinário, instância de fiscalização e controle do Legislativo, o Executivo é livre para vetar o projeto de lei por este enviado, o Congresso também tem o direito de formular um juízo jurídico e político sobre a oportunidade e a conveniência do projeto de tratado remetido pelo Governo, também podendo rejeitá-lo. Ora, à luz do princípio da equipotência entre os poderes, não faz sentido que o Executivo possa vetar em parte os projetos

de lei enviados pelo Legislativo, enquanto este último se veja obrigado a aprovar ou rejeitar os projetos de tratado por inteiro, devido a uma interpretação tão ortodoxa quanto desamparada de fundamento constitucional. O argumento de que a Constituição não prevê a possibilidade de emenda pelo Legislativo é inócuo na medida em que ela também não previa, em sua redação original, a possibilidade de que o Congresso pudesse propor emendas às medidas provisórias enviadas pelo Executivo, que também não passam de projetos de lei (ainda hoje, a possibilidade é apenas implícita). Em suma: enquanto que, no processo legislativo ordinário, o Legislativo pode derrubar o veto parcial presidencial, o Executivo também pode “derrubar” as modificações feitas pelo Congresso, pela simples negativa de dar seguimento ao processo de ratificação.

Essa é a única interpretação que se concilia com a lógica sistêmica da estrutura constitucional.

O argumento se torna ainda mais persuasivo quando recorremos a uma interpretação histórica. Até 1925 não havia possibilidade de veto parcial, pelo Executivo, dos projetos de lei enviados pelo Legislativo. Por décadas o tema foi debatido, já que o entendimento formalista e ortodoxo do positivismo então dominante enunciava que, na falta de previsão constitucional expressa, o chefe de Estado não poderia exercer o veto parcial. Era o caso de João Barbalho (1902) que, negando ao Congresso a rejeição parcial do projeto de tratado, coerentemente sustentava que, somente na íntegra, o Presidente podia vetar os projetos de lei. Ou seja, assim como o Legislativo não poderia alterar em parte os projetos de tratados, o Executivo não poderia alterar em parte os projetos de lei: “A lei deve ser, em sua contextura, um todo sistemático, coeso, harmônico; a eliminação, ao arbítrio do governo, de alguns artigos, a desconcertaria e a desfiguraria” (CAVALCANTI, 1902, p. 146). Do outro lado, um defensor da possi-

bilidade de emenda de projeto de tratado, pelo Legislativo – Aurelino Leal (1925) –, lamentava, também coerentemente, a falta de previsão constitucional para o veto parcial pelo Executivo: “Não o conhece a nossa Constituição, o que é para lastimar. Um projeto de lei pode conter disposições boas e más, e não era demais que o Executivo exercesse o seu contraste somente quanto a medidas que lhe parecessem atentatórias da lei magna, ou más para a sociedade” (LEAL, 1925, p. 850). O dilema foi resolvido, afinal, pela revisão constitucional de 1926 que, por intermédio da emenda n. 30, alterou o art. 37 pp. 1º da Constituição de 1891 para permitir expressamente o veto parcial dos projetos de lei pelo Executivo.

Por todos esses motivos, é no mínimo de espantar que, hoje, em plena vigência da hermenêutica jurídica pós-positivista, os defensores do Governo neguem ao Congresso Nacional aquilo de que se viram privados por tanto tempo – o direito de veto parcial de projetos de lei.

9. Doutrina constitucional favorável à possibilidade de emenda legislativa aos projetos de tratados remetidos pelo Executivo

Não por acaso, a melhor doutrina brasileira favorece a tese de que o Congresso tem o direito de modificar o conteúdo dos acordos negociados pelo Executivo com Estados estrangeiros.

Nos seus *Comentários à Constituição Brasileira*, o ex-ministro da Justiça e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Maximiliano entende que, a rigor, o Congresso não poderia emendar a convenção internacional; entretanto, em vez de rejeitá-la, pura e simplesmente, não haveria qualquer óbice a que ele sugerisse ao Governo modificações que, levadas por este “ao plenipotenciário estrangeiro e por ele aceitas, determinariam sua aprovação definitiva”. Essa seria a prática de países como os Estados Unidos, a França e a Bél-

gica, lembrando Maximiliano que caberia ao chefe de Estado o direito de “não aceitar os alvitres, não reatando as negociações” (SANTOS, 1918, p. 360).

Pontes de Miranda (1953, p. 292), nos seus *Comentários à Constituição de 1946*, expôs posição parecida: embora reconhecesse que, em regra, deveria o Congresso limitar-se a aprovar ou não o tratado, reconhecia igualmente que, na prática, o Legislativo sugeria alterações; nesse caso, o Presidente da República deveria entender que “o tratado não conseguiu aprovação, e entabulará, ou não, a seu juízo, as negociações”. Isso, sem falar nas reservas.

Por sua vez, recorda Aurelino Leal (1925, p. 626) que a Carta vincula a eficácia do tratado ao referendo congressual. Embora concorde que o Congresso não pode examinar o tratado minuciosamente, como se fosse um projeto de lei, entende o autor de *Teoria e Prática da Constituição Brasileira* que limitar a ação do Congresso ao simples poder de aprovar ou rejeitar os pactos internacionais transformaria o Congresso “numa possível máquina de embaraço à política internacional, porque um tratado pode ser fundamentalmente bom e conter um ou outro detalhe suscetível de modificação”. Para ele, o argumento de que seria preciso celebrar outro acordo não constitui óbice para as eventuais modificações introduzidas pelo Congresso, já que, quando da ratificação, bastaria o governo comunicá-las à outra parte para, assim, ratificarem ambas o acordo. E conclui:

“O poder de emenda dos tratados e convenções internacionais existe necessariamente e não seria possível suprimi-lo. Dependendo a sua aprovação final do Congresso Nacional, este precisa examinar se o tratado viola a Constituição Federal ou as leis da República. Neste segundo caso, ele é o órgão competente para abrir exceções às leis já votadas, quando os tratados e convenções as tiverem alterado; e o Congresso

não poderá desempenhar uma tal atribuição jungido à alternativa de aprová-los ou rejeitá-los, até porque muito poderá convir aos interesses públicos a aprovação de um pacto internacional, uma vez expurgado desta ou daquela irregularidade” (LEAL, 1925, p. 628).

10. *Das convenções e doutrina internacionais favoráveis à possibilidade de emenda legislativa aos projetos de tratados remetidos pelo Executivo*

No âmbito estrito do direito internacional, não encontra amparo na própria Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969, a doutrina a que fizemos alusão, no começo deste parecer, segundo a qual as emendas (ali chamadas *reservas*) somente seriam possíveis nos tratados multilaterais; do mesmo modo, a convenção não ampara a tese de que a expressão *reserva* seria mais restrita do que a de *emenda*. A definição de reserva, constante do art. 2º, “d”, é propositadamente genérica, de molde a compreender, por esse termo, toda e qualquer mudança no texto do tratado, seja supressiva, aditiva, seja modificativa¹. Da mesma forma, o art. 19 da Convenção de Viena não restringiu a possibilidade de formulação de reservas aos contratos multilaterais; ao contrário, parece referir-se tanto à possibilidade de formulá-las nos bilaterais como nos multilaterais. É o que se depreende da redação do *caput*: “Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva”. Assim, a formulação de reservas ou emendas é perfeitamente legítima em todos os tratados, desde que a possibilidade de modificação não esteja proibida pelo tratado ou que seja

¹ “Art. 2º, d’. Reserva significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em aplicação a esse Estado”.

incompatível com a finalidade do tratado, conforme constante dos itens “a”, “b” e “c” do mesmo artigo. Ainda que assim não fosse, poderia ser legitimamente objetado que o Brasil não se encontra vinculado às limitações constantes da convenção, vez que até hoje não a ratificou, jazendo o projeto de decreto legislativo nas gavetas do Congresso Nacional há mais de quinze anos.

Vários são também os doutrinadores, na área de direito internacional, que reconhecem o direito que efetivamente tem o Congresso de modificar os dispositivos do projeto de tratado enviado pelo Executivo para referenda. Num parecer publicado no primeiro número da *Revista de Informação Legislativa*, o próprio Itamaraty reconheceu que, exercendo sua competência exclusiva de “resolver definitivamente” sobre os acordos, o Congresso Nacional poderia aprová-los “com emendas ou reservas”². Na época, ainda depois do golpe de 1964, reconheceu esse direito ao Congresso Nacional o Ministro das Relações Exteriores do Governo Castello Branco, Vasco Leitão da Cunha: “Entendo que grande número de tratadistas, em muitos países, concorda que o Congresso, ao ratificar um acordo, pode introduzir uma reserva (...). O Congresso, na sua sabedoria, poderá fazê-lo e evidentemente será acatado pelo Poder Executivo” (MEDEIROS, 1995, p. 445). O ex-Consultor Jurídico do Itamaraty Vicente Marotta Rangel (1991) embora distinguindo entre reserva e emenda – distinção que a Convenção de Viena não faz –, reconheceu também o direito que tem o Legislativo de emendar os textos dos projetos de tratados. Emendado pelo Congresso e aceito pelo Executivo, o acordo bilateral haveria de ser submetido à outra parte signatária, incorporando-se ao tratado desde que dela obtido o assentimento. Por fim, podemos mencionar a opinião igualmente favorável de Haroldo Valadão (1962), emitida ao

² *Revista de Informação Legislativa*, ano 1, n. 1, mar. 1964.

discorrer sobre o significado da expressão “resolver definitivamente”:

“Em verdade, *resolver*, literalmente, seria até ‘separar, desagregar’ (Aulette, Cândido de Figueiredo, etc.), e, no sentido translato, corrente nos meios jurídicos, ‘decidir’, ‘deliberar’. Se ao Congresso compete, assim, deliberar, decidir, sobre aqueles atos internacionais, não há como limitar sua deliberação, restringir sua decisão a pontos extremos, aprovação total ou rejeição total, pois a aprovação com emendas é, claramente, também, uma forma de resolver, decidir, deliberar”.

Assim, se a decisão do Congresso Nacional se originava de um projeto de decreto legislativo, não se poderia negar, à luz da Constituição e dos Regimentos Internos de suas duas câmaras, o direito de emendá-lo.

“Nada existe, assim, na Constituição, que vede ao Congresso Nacional (...) emendar um tratado ou convenção. Representam tais emendas ‘reservas’ que poderão ser levadas ao conhecimento da outra parte contratante quando da ratificação, e se por ela aceitas integrarão o tratado, definitivamente, que entrará, pois, em vigor sem necessidade de nova apreciação pelo Poder Legislativo do Brasil” (VALADÃO, 1962).

Refletindo a realidade dos fatos, Francisco Rezek (2002, p. 89), ex-ministro da Justiça, ex-ministro do Supremo Tribunal e ex-juiz da Corte Internacional da Haia, ensina como deve o Presidente da República se portar diante da apresentação de emendas por aquela Assembleia:

“No Brasil a aprovação da emenda pelo Congresso Nacional toma forma, também ela, em decreto legislativo. Publicado este, está o Presidente da República autorizado a consentir no plano internacional, fazendo chegar ao depositário do pacto a carta ou instrumento que exprime a aceitação da emenda pelo país. Supondo, então,

que a dita emenda entre em vigor – o que poderia deixar de ocorrer, à falta de assentimentos em número suficiente –, o chefe do governo promulgará a emenda mediante decreto; em tudo observado, pois, o roteiro pertinente ao tratado original”.

11. Da interpretação constitucional do próprio Poder Legislativo, favorável à sua competência para modificar o teor dos tratados

Longe da época em que o Executivo reconhecia e respeitava as atribuições do Poder Legislativo – a época da Terceira República (1946-1967) –, desde a promulgação da Constituição de 1988 trava-se entre os dois poderes uma batalha em torno da possibilidade ou não de o Congresso alterar os textos dos projetos de tratado enviados ao segundo para referenda; batalha na qual o Governo insiste em reduzir ao mínimo possível o círculo de autonomia do Congresso em matéria internacional. Desde então, alguns projetos de lei têm sido formulados no intuito de explicitar esse poder do Congresso, como a PEC n. 402 de 2001, do deputado Neiva Moreira, que, julgada admissível pela CCJ, encontra-se aguardando inclusão na pauta. Todos os outros quatro projetos foram arquivados por pressão do governo.

Essa recusa do Executivo em reconhecer formalmente os poderes do Legislativo, todavia, não o tem impedido de exercê-los na prática. Com efeito, o que se percebe é que, a despeito das pressões do Executivo, o Congresso tem exercido o seu poder implícito na Constituição, inclusive em tratados bilaterais. São exemplos disso o Acordo de Garantia de Investimentos, entre o Brasil e os EUA (1965), cujas reservas foram sugeridas por ninguém menos que o próprio Afonso Arinos de Melo Franco³;

³ Revista Brasileira de Política Internacional. Rio de Janeiro, n. 34, p. 40-46, mar/jun. 1966.

a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1972); a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural; o Convênio Ibero-Americano de Seguridade Social (1980). Na vigência da atual ordem constitucional, o Congresso aprovou apenas parcialmente a Convenção n. 160 da Organização Internacional do Trabalho, bem como a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (2003). Nesse caso, a pedido do governo, o Senador Heráclito Fortes recomendou pelo menos declarações interpretativas. A própria Convenção sobre Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil sob reservas.

Do ponto de vista jurídico, o Congresso Nacional tem exercido sua competência modificativa das cláusulas dos tratados, multilaterais ou bilaterais, lastrado em interpretação própria, oficial, que lhe permite a autonomia prevista na Constituição. Isso aconteceu em sede de consulta formulada pela Presidência da Câmara dos Deputados acerca das reservas sugeridas por duas comissões daquela casa aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Na Consulta n. 7 de 31 de agosto de 1994, por unanimidade, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou parecer do deputado José Thomaz Nonô favorável à “possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente”. Na ocasião, entendeu o relator que, “se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, *in toto*, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-lo com restrições”. Trata-se da aplicação do velho brocardo jurídico para o qual quem pode mais, pode menos: se o Congresso poderia rejeitar o projeto de tratado integralmente, poderia também rejeitá-lo em parte. O relator sustentava, na ocasião, que, em se tratando de projeto de tratado mul-

tilateral, o Congresso deveria apresentar as emendas na forma de reservas; caso se tratasse de tratado bilateral, o Executivo deveria apresentá-las à consideração da outra parte do acordo, para que sobre elas se manifestasse:

“Sob nossa ótica e com base nos fundamentos jurídicos e nos antecedentes legislativos (...), julgamos que o Congresso Nacional, no exercício do seu poder-dever expresso no art. 49, inciso I, da Constituição Federal, poderá aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar”.

A despeito das resistências ao poder de emenda do Legislativo, desde 2000 o Executivo passou a incluir os dispositivos legais acrescidos pelo Congresso no decreto de promulgação do decreto legislativo – e isso, em virtude de um parecer da Consultoria do Itamaraty assinado pelo próprio Cachapuz de Medeiros (2000). Por outro lado, conforme Cristina Vieira Machado Alexandre (2006), parece ter-se firmado um entendimento tácito de que, em vez de apresentarem suas propostas de mudança como emendas, forçando o governo brasileiro a retomar as renegociações com os países estrangeiros, os parlamentares devem apresentar suas propostas como “declarações interpretativas”, poupando-o da renovação das *démarches*. Isso teria ocorrido a partir de 2003, quando dos debates referentes à aprovação do Acordo entre Brasil e EUA para o uso do Centro de Lançamento de Alcântara, do Tratado de Não-Proliferação Nuclear e do Acordo sobre Salvaguardas Tecnológicas entre o Brasil e a Ucrânia, em 2003.

Conclusão

Tendo em vista as ponderações acima, parece-me inegável o direito que, à luz do ordenamento constitucional brasileiro, tem

o Poder Legislativo de alterar o projeto de tratado enviado pelo Poder Executivo. Nesse caso, esse direito pode ser exercido conforme duas versões, uma mais restrita ou moderada, e outra, mais ampla ou forte. A versão mais moderada ou restrita obedece à lógica do princípio da equipotência e faculta ao Poder Legislativo o direito de alterar o projeto de tratado por meio de reservas ou supressões parciais, de forma análoga ao veto parcial que tem o Poder Executivo a respeito dos projetos de lei que lhe são enviados à sanção. A versão mais ampla ou forte, baseada na prática, facultaria ao Poder Legislativo alterar o conteúdo dos projetos de tratados num sentido não apenas negativo, mas também positivo, seja pelo eufemismo das “declarações interpretativas”, seja alterando substantivamente o conteúdo das cláusulas. Nesses casos, como nos anteriores, o Poder Executivo fica livre para decidir se leva adiante o processo de ratificação. Seja numa versão, seja em outra, todavia, o que parece inegável é o direito que tem o Poder Legislativo de proceder a alterações parciais nos conteúdos dos projetos de tratados para além do mero poder de vetá-los na sua integridade. Esse me parece um entendimento que se deverá difundir à medida que se intensifique o movimento da globalização e de integração do Brasil no circuito internacional.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- ACCIOLY, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ALEXANDRE, Cristina Vieira Machado (2006). *O Congresso brasileiro e a política externa (1985-2005)*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da PUC. Rio de Janeiro, PUC, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CAVALCANTI, João Barbalho. *Constituição federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-tipográfica, 1902.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1925.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público - parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM, 1983.
- _____. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- _____. Parecer n. 31 da consultoria jurídica do Ministério das Relações Exteriores. 5 abr. 2000.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 2 ed. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. v. 1. São Paulo: Editora Abril, 1997.
- MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RANGEL, Vicente Marotta (1991). *Emenda dos tratados internacionais*. Parecer CJ-029 do Consultor Jurídico o Ministério das Relações Exteriores, de 24 de setembro de 1991.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Acordos internacionais: as atribuições distintas de negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo*. Parecer CJ-114 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, de 12 de agosto de 1988.
- VALADÃO, Haroldo. *Conceito moderno de ratificação de tratados e convenções*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Rio de Janeiro, 1962.

As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais

Fábio Martins de Andrade

Sumário

1. Introdução. 2. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: apontamentos iniciais. 3. O que são os direitos fundamentais? 4. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: extensão da proteção. 4.1. Doutrina. 4.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. A cláusula pétrea como limite material de reforma do Poder Constituinte Derivado. 6. As cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras. 7. Conclusão.

1. Introdução

O tema da teoria dos direitos fundamentais tem sido crescentemente explorado pela doutrina. Significativo sinal desse aumento do interesse acadêmico e doutrinário é a tentativa recorrente no sentido de criar uma teoria *geral* dos direitos fundamentais. O assunto é complexo e de inegável interesse prático, especialmente se considerada a Constituição de 1988 que representou um marco no caminho da redemocratização que experimentava o País naquele relevante momento histórico.

Não obstante, questão que remanesce espinhosa é a delimitação do alcance da expressão “direitos fundamentais”, isto é, que direitos, liberdades e garantias encontram-se ali albergados. No meio-termo entre as visões mais estritas e amplas, encontra-se uma variedade de óticas distintas.

Embora as cláusulas pétreas possam ser conceituadas de maneira relativamente

Fábio Martins de Andrade é Advogado, Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre pela Universidade Candido Mendes em Ciências Penais, Pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilha-La Mancha, Espanha, Pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca, Espanha, Pós-graduado em Control Judicial de Constitucionalidad na Universidad de Buenos Aires, Especialização e Aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na UERJ.

simples, a questão assume relevo ainda maior quando se trata de vinculá-las à proteção dos “direitos fundamentais”, tal como expresso no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República. Daí surge a indagação acerca de qual a extensão da proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas.

É que à condição de cláusula pétrea vem agregada uma série de relevantes restrições materiais à liberdade de conformação do legislador ordinário e ao poder de reforma do Poder Constituinte Derivado. Além disso, acresça-se a complexa questão sobre a relação das cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras, isto é, como compatibilizar o enunciado aparentemente estático do texto constitucional com a dinâmica da realidade subjacente em distintos momentos históricos.

Este breve estudo propõe-se a explicitar essas e outras questões relevantes sobre a relação entre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais, especialmente como instrumentos de sua proteção. Para este fim, são trazidos aportes tanto da doutrina como também da jurisprudência nacionais.

Nos atuais tempos, em que se cogitam absurdamente sobre a eventual promulgação de nova Constituição da República, temas como a relação entre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais assumem relevo ainda maior para a reflexão profissional e pessoal de tantos quanto militam no foro ou são estudiosos desse apaixonante assunto. O País parece ainda não ter a maturidade institucional e cívica suficiente para que se cogite de uma concepção teórica que, de qualquer maneira, limite o alcance das cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

2. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: apontamentos iniciais

No ordenamento constitucional vigente, o art. 60 prevê o processo legislativo de emenda à Constituição e o seu parágrafo

4º dispõe que: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:* I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os *direitos e garantias individuais*”.

Verifica-se, preliminarmente, que a noção de direitos fundamentais não se confunde com o conceito de cláusulas pétreas. Na realidade, estas constituem gênero da qual aqueles são espécies. Embora o conceito de cláusulas pétreas seja mais abrangente do que o de direitos fundamentais, eles poderiam identificar-se na hipótese única em que coincidissem, isto é, seriam cláusulas pétreas só os direitos fundamentais. Não é o que ocorre na Constituição vigente.

Registre-se que a enumeração explícita das cláusulas pétreas é escolha do Poder Constituinte Originário que, em função do compromisso assumido em certo momento histórico, se perpetua através do tempo e não precisa necessária e explicitamente contemplar no seu rol os direitos fundamentais. Nas Constituições pretéritas, por exemplo, os direitos fundamentais sempre existiram como “Declaração de Direitos” de maneira semelhante ao elenco que temos hoje; contudo, nunca foram contemplados como cláusulas pétreas expressas.

De fato, na Constituição de 1967, o § 1º do art. 49 estabelecia como cláusula pétrea apenas a Federação e a República. Com a modificação que sofreu pela Emenda Constitucional nº 1/1969, o dispositivo passou a ser o § 1º do art. 47.

A Constituição de 1946 continha a mesma previsão no § 6º do art. 217 (contido nas Disposições Gerais). Nos dispositivos da Constituição de 1937 não constou qualquer cláusula pétrea.

A Constituição de 1934 contemplava como cláusula pétrea apenas “a forma republicana federativa”, consoante dispôs o § 5º do art. 178 (também das Disposições Gerais). Essa Constituição continha curioso dispositivo no *caput* do art. 178: “A Constituição poderá ser emendada, quando as

alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (capítulos II, III e IV, do Título I; o capítulo V, do Título I, o Título II, o Título III; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário”.

A Constituição de 1891 previu no § 4º do art. 90, como cláusulas pétreas, “a forma republicana federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”.

A Constituição de 1824 não previu qualquer cláusula pétrea,¹ mas prescreveu enorme rigidez para a época na modificação do texto quando versasse sobre os limites e atribuições dos Poderes Políticos, dos direitos políticos e individuais dos cidadãos, que foram considerados temas constitucionais, consoante dispôs o art. 178. Em contraposição, previu-se que: “Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. Trata-se da conhecida forma semi-rígida ou semiflexível adotada pela Constituição que, a um só tempo, exigia enorme rigidez para o processo de modificação constitucional (nas hipóteses apontadas) e era bastante flexível quando se cuidasse do processo legislativo ordinário, mesmo que modificativo do texto constitucional.

Registre-se a curiosidade de que, ao contrário das Constituições pretéritas, a atual não elevou a forma republicana de governo ao patamar de cláusula pétrea. Isso ocorreu porque, no dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definiria, por meio de plebiscito, a forma (republicana ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no País, consoante estabelecera o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988 (com a redação da Emenda Constitucional nº 2/1992).²

¹ No mesmo sentido: PEDRA, 2006, p. 138.

² Para aprofundar o exame sobre esta questão e se depois da consulta popular passaram a integrar as cláusulas pétreas, relacionada também com a possi-

Na ordem constitucional em vigor, verifica-se, por conseguinte, que os direitos fundamentais são todos cláusulas pétreas. Estas, por seu turno, abrangem outros dispositivos constitucionais além daqueles.

Um breve parêntese se impõe. Com a dicção da Emenda Constitucional nº 45/2004, verificamos que, pela primeira vez desde a promulgação da Constituição de 1988, o art. 5º, considerado nuclear ao texto constitucional, foi modificado. Trata-se da modificação perpetrada no sentido de criar – em realidade, explicitar – mais um direito fundamental, por meio da inclusão do inciso LXXVIII.^{3,4} Essa modificação afigura-se perfeitamente constitucional.⁵

Se a situação fosse inversa, sabe-se que não seria possível proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais individuais, vez que é cláusula pétrea, consoante determina o art. 60, § 4º, inciso IV, como vimos.

E as situações intermediárias, que se posicionam aparentemente no meio do caminho entre estes dois extremos? Em outras palavras, até que medida é possível modificar o art. 5º e até onde chega o alcance da limitação material do poder de reforma contido no § 4º do art. 60? Ou ainda: qual é o alcance da expressão “tendente a abolir”, contida nesse dispositivo constitucional? (PEDRA, 2006, p. 138)

Para explicitar ainda mais o enunciado existente ou ampliar o alcance ou abrangên-

bilidade de reconhecimento de limitações materiais implícitas ao poder de reforma constitucional, como foram, por exemplo, os direitos fundamentais nas Constituições pretéritas, e hoje são outras, confira: SARLET, 2003, p. 373 e ss.

³ Este dispositivo introduziu no ordenamento jurídico nacional o direito à “razoável duração do processo”, estabelecido nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴ Para aprofundamento do exame deste novel dispositivo constitucional, consultar: ANDRADE, 2007, p. 178-181.

⁵ No mesmo sentido, ver: TAVARES, 2005, p. 30-31.

cia de qualquer direito fundamental – como ocorreu com a inclusão do inciso LXXVIII –, a resposta impõe-se categoricamente afirmativa. Tratar-se-ia, por conseguinte, de uma inclusão legítima. No entanto, sabe-se que, quando obstaculizar os direitos e garantias ali previstas, a resposta impõe-se veementemente negativa.

Outro problema seria quanto à proposta que meramente dificultasse ou reduzisse o alcance ou abrangência de qualquer enunciado previsto no art. 5º, eis que não necessariamente seria “tendente a abolir”. Nesse caso, a expressão abrange obrigatoriamente tais hipóteses e a resposta conduz necessariamente ao repúdio de tais propostas.

Esse é o real sentido de se posicionar os direitos fundamentais consagrados como cláusulas pétreas, portanto, imutável para pior em qualquer hipótese. O entendimento em sentido contrário certamente ignoraria a sistemática constitucional engendrada para a proteção dos direitos fundamentais e tampouco levaria em consideração a circunstância histórica de que esses direitos foram, pela primeira vez na história constitucional brasileira, elevados à categoria de cláusulas pétreas explícitas por opção do Poder Constituinte Originário.

3. O que são os direitos fundamentais?

A questão não é fácil. A Professora Jane Reis explica que: “Quando se fala em *direito fundamental*, aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques”.⁶

Dada a multiplicidade de conceitos possíveis acerca dos direitos fundamentais,

⁶ De fato, os enfoques doutrinários da teoria geral dos direitos fundamentais podem contemplar a sua noção como: em sentido formal, em sentido material, do ponto de vista funcional (planos subjetivo e objetivo), ou ainda, sob o viés estrutural (distinção entre regras e princípios). A Professora discorre que: “(...) há certa tendência em utilizar a referida expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional” (PEREIRA, 2006, p. 75-78).

busca-se trazer pontualmente uma ligeira definição pinçada exemplificativamente da doutrina.

Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 499 e ss.) define da seguinte maneira: “Os direitos fundamentais são conceituados como *direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade*”.⁷

Cuidando da classificação dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet distingue as seguintes categorias:

1. Direitos fundamentais como direitos de defesa⁸
2. Direitos fundamentais como direitos a prestações⁹
 - a. Direitos a prestações em sentido amplo¹⁰
 - i. Direitos à proteção¹¹

⁷ Em seguida, o autor explica cada uma das características que envolvem o conceito.

⁸ Dirigem-se a “uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições” (SARLET, 2003, p. 176).

⁹ Relacionam-se com os direitos de defesa, assegurando os meios necessários àquela proteção: “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (SARLET, 2003, p. 195).

¹⁰ O autor coloca nesta categoria “todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa” e atribui-lhe natureza residual, vez que abrange “todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas” (SARLET, 2003, p. 201).

¹¹ Compreendidos, a partir de Alexy, como “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja

ii. Direitos à participação na organização e procedimento¹²

b. Direitos a prestações em sentido estrito¹³.

4. *Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: extensão da proteção*

4.1. *Doutrina*

Inicialmente, impende notar que o tema da extensão da proteção aos direitos fundamentais conferida pelas cláusulas pétreas tem como pano de fundo uma complexa, e até mesmo paradoxal, tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Tal tensão verifica-se nos sistemas jurídicos dos principais países ocidentais do mundo contemporâneo e consiste na perquirição sobre como conciliar compromissos colidentes: “o ideal de um governo limitado pelo direito (constitucionalismo em sentido estrito) e o de um governo do povo (democracia)”¹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 363-364) coloca outras perquirições igualmente complexas na compreensão da extensão da proteção aos direitos fundamentais assegurada como cláusulas pétreas, *verbis*:

“Dentre os diversos aspectos a serem destacados, assume relevo, por exemplo, a própria terminologia empregada pelo Constituinte no art.

contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais” (SARLET, 2003, p. 201).

¹² Aqui, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais” (SARLET, 2003, p. 203).

¹³ Esta categoria pode ser identificada com “os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional” (SARLET, 2003, p. 208).

¹⁴ Rodrigo Brandão (2007, p. 6), em artigo doutrinário que contém as principais idéias desenvolvidas na sua dissertação de mestrado sobre o tema, expõe que: “Assim, poder-se-ia dizer que, embora ambos os conceitos se vinculem à exigência de legitimidade no exercício do poder político, o ideário constitucionalista se atém à extensão deste poder (até que ponto podem os governos dispor sobre a vida dos cidadãos?), e o

60, § 4º, inc. IV, suscitando dúvidas até mesmo no que diz com a abrangência da proteção outorgada. Assim, indaga-se, por exemplo, se além dos direitos e garantias individuais (art. 5º da CF) também os demais direitos fundamentais (coletivos, políticos e sociais) podem ser considerados ‘cláusula pétrea’. Para além disso, controverte-se a respeito do alcance da proteção, já que discutível se esta apenas objetiva inviabilizar uma erosão dos direitos fundamentais, ou se os torna imunes contra qualquer tipo de restrição, resultando numa virtual intangibilidade. Também não há como desconsiderar a necessidade de traçar uma distinção entre os direitos fundamentais enunciados em normas de eficácia plena e limitada, assim como a diversidade das funções precípua exercidas pelos direitos fundamentais (direitos de defesa ou direitos a prestações)”.

Grosso modo, pode-se dizer que: “As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição”. Nesse sentido, as cláusulas pétreas definem-se como “um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da perma-

democrático à sua fonte (quem deve estabelecer tais normas?), de maneira que, enquanto o primeiro se volta à limitação do poder político, o segundo redundará no seu fortalecimento”. Adiante, o autor assinala ainda que: “Ocorre que a efetiva retirada dos direitos individuais do alcance das majorias políticas ocasionais, especialmente do Poder Legislativo, somente se tornou factível com a universalização das noções de rigidez constitucional e de controle de constitucionalidade, algo que se verificou apenas na segunda metade do século passado”.

nência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais”.¹⁵

Mais especificamente, pode-se dizer que as cláusulas pétreas (ou “superconstitucionais”, como sugere Oscar Vilhena Vieira) prestam-se a proteger “a estrutura central do poder contra uma total ruptura”, “buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição” e “também servem como princípios que auxiliam a interpretação constitucional”.¹⁶

Entre esses relevantes papéis desempenhados pelas cláusulas pétreas na ordem constitucional, impende afirmar a mais sutil e, por isso mesmo, preocupante. Trata-se de sua função protetiva dos princípios e valores constitucionais básicos, em oposição à sua erosão pelos mecanismos permissivos de modificações consideradas “normais” no texto, que geralmente ocorrem por meio da edição de emendas à Constituição.

¹⁵ Em contraposição entre a rigidez e a evolução constitucional, releva notar que: “Mas a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade”. Em síntese: “Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, essa rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição”. Adiante o autor ressalta que “várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social” (PEDRA, 2006, p. 135-137).

¹⁶ Em outras palavras, elas voltam-se “à proteção das instituições básicas da Constituição, entre as quais seus princípios substantivos e procedimentais de justiça”; bem como “podem funcionar como princípios fundamentais de interpretação constitucional”, buscando com isso superar o quadro de fragmentação, ambigüidade e assistemática da Constituição (VIEIRA, 1999, p. 24, 29 e 139-140).

Oscar Vilhena Vieira (1999) sustenta que há uma hierarquia entre os princípios e normas constitucionais, já que o caráter de superconstitucionalidade mencionado atribui maior rigidez e proteção em relação aos demais princípios e normas constitucionais, modificáveis de maneira relativamente simples pelo Poder Constituinte Derivado.¹⁷

Quais os “direitos fundamentais” que são protegidos como cláusulas pétreas na Constituição? Uma primeira interpretação literal ou gramatical do inciso IV do § 4º do art. 60 levaria à absurda conclusão de que apenas aqueles inseridos na “Declaração de Direitos” constante no art. 5º estariam abrangidos pela referida proteção. Essa interpretação não deve prevalecer, já que coloca categorias equivalentes de direitos fundamentais em patamares distintos de proteção.

Por outro lado, a partir de uma interpretação sistemática, é perfeitamente possível atribuir maior alcance à proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas, que devem necessariamente abranger também os direitos políticos, sociais e dos contribuintes, entre outros.¹⁸

¹⁷ Nas suas palavras: “Portanto, mais do que o estabelecimento de cláusulas pétreas ou, mesmo, de um pequeno núcleo constitucional irreformável, o constituinte concedeu caráter de superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição, ou seja, um conjunto de princípios e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição. Superconstitucionalidade, e não supraconstitucionalidade, pois, embora superiores, esses dispositivos ainda se encontram dentro da órbita da Constituição: direito positivo, e não transcendente” (VIEIRA, 1999, p. 135).

¹⁸ Em perfunctório exame da Constituição, verifica-se que: “Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente do nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I a III, e art. 3º, incs. I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social,

Ingo Wolfgang Sarlet entende que a proteção assegurada pelas cláusulas pétreas não se dirige de maneira absoluta ao dispositivo constitucional próprio, mas ao chamado “núcleo essencial do princípio em questão”, isto é, a “essência do princípio ou direito” que delinea o seu conteúdo e estrutura, pouco importando os seus elementos circunstanciais.¹⁹

Parte da doutrina distingue entre direitos formal e materialmente fundamentais para, ao final, (i) incluir tanto os direitos formalmente fundamentais explícitos e os direitos materialmente fundamentais, mesmo que implícitos, no rol de proteção pelas cláusulas pétreas; ou (ii) excluir os direitos formalmente fundamentais explícitos e manter, no âmbito de proteção pelas cláusulas pétreas, apenas os direitos

bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional”. O autor defende, adiante, que: “Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)” (SARLET, 2003, p. 385 e 386). Em sentido semelhante: VIEIRA, 1999, p. 245.

¹⁹ Consoante explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 381-382): “No âmbito da doutrina pátria, revelando uma nítida tendência de adesão à doutrina alemã, já há quem sustente que uma emenda constitucional apenas tende a abolir um bem protegido pelas ‘cláusulas pétreas’ na hipótese de vir a ser atingido o núcleo essencial do princípio em questão, não ficando obstaculizada a sua regulamentação, alteração ou mesmo a sua restrição (desde que não afetado o núcleo essencial). O núcleo do bem constitucional protegido é, de acordo com este ponto de vista, constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, neste sentido, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura. Neste contexto, afirmou-se acertadamente que a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão”.

materialmente fundamentais, explícitos ou implícitos.²⁰

Oscar Vilhena Vieira entende que, por meio da “textura aberta” dos preceitos constitucionais e da justificativa racionalmente fundamentada, é possível encontrar o ponto de equilíbrio legítimo na tensão dialética entre a perenidade da Constituição e sua necessidade de compatibilização à realidade social subjacente, no concernente às cláusulas pétreas.²¹

Reconhece, no entanto, como cláusulas superconstitucionais as seguintes pre-determinações que buscam preservar a dignidade humana e a igualdade de cada indivíduo em relação aos demais: a) “dos direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo (...) bem como as garan-

²⁰ De qualquer maneira, é importante não ampliar demasiadamente o rol de direitos fundamentais protegidos pelas cláusulas pétreas. Nesse sentido, Rodrigo Brandão explica que: “Da vinculação dos direitos fundamentais a bens jurídicos primários e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) é possível concluir que nem todo direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, previsto constitucionalmente, tem a natureza de direito fundamental. Ora, se a atribuição da condição de cláusula pétrea a preceito normativo está condicionada à demonstração de que o mesmo se reconduz a direito materialmente fundamental, ou, então, que se consubstancia em garantia fundamental à sua preservação, faz-se mister esboçar uma proposta de balizamento da atividade judicial de identificação e tutela destes direitos” (BRANDÃO, 2007, p. 25-30).

²¹ Nas palavras do autor: “Após as críticas ao utilitarismo, à idéia meramente procedimental de democracia e ao positivismo jurídico e sociológico, que reduziam a normatividade ou a legitimidade do direito à sua própria força, não mais é possível pensar a Constituição – e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis – sem levar em conta suas qualidades intrínsecas, seu valor ético. Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias Constituições é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior, ou de se compatibilizarem com um conjunto predeterminado de direitos, não é suficiente para garantir sua legitimidade”. Adiante, o autor explicita ainda mais seu ponto de vista: “Assim, ao buscar dar a melhor interpretação possível aos dispositivos especialmente protegidos, como cláusulas superconstitucionais, subsidiado por um processo

tias necessárias para que essas liberdades sejam preservadas”; b) “da instituição do Estado de Direito, que garanta o princípio da legalidade (...). Isso certamente exige um Estado organizado com base no princípio da separação de Poderes (...)”; c) “de um rol de direitos essenciais para que a igualdade e a dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, sejam mantidas. Esse rol é composto pelos direitos de participação na tomada de decisões públicas (...)”; d) “por fim, os direitos sociais básicos não devem ficar vulneráveis simplesmente por serem instrumentais à realização dos direitos civis e políticos, mas pelo seu próprio *status* de direitos morais, como os direitos civis e políticos básicos. (...). Assim, os direitos básicos à alimentação, moradia, educação e saúde também compõem o rol de direitos essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos”.²²

O autor discorre ainda sobre os momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça na compreensão da idéia da Constituição como “reserva de justiça”:

“Caso se aceite a idéia da Constituição como ‘reserva de justiça’, como ponto de encontro entre a moralidade política e o direito positivo, então seus intérpretes e aplicadores

de argumentação racional em que os componentes da Corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas superconstitucionais, de maneira mais legítima. Isto não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habitam a perpetuação do processo político democrático, a Corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia” (VIEIRA, 1999, p. 224-225 e 239).

²² Sob a ótica do autor: “Protegidas essas cláusulas, que constituem uma verdadeira reserva constitucional de Justiça, as Constituições podem ser reformadas sem colocar em risco os elementos essenciais à perpetuação de um sistema que garanta autonomia privada e política, numa esfera de igualdade e dignidade” (VIEIRA, 1999, p. 230-232).

serão obrigados a utilizar métodos jurídicos e argumentativos de interpretação toda vez que se virem frente a um caso regido por princípios não plenamente densificados pelo processo de positivação constituinte, toda vez que tiverem que decidir se uma determinada reforma favorece ou desfavorece a realização do princípio da separação dos Poderes ou dos direitos fundamentais. Assim, após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição”.²³

²³ Melhor explicando estes momentos, o autor discorre que: “Têm-se, assim, quatro momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça. À sociedade civil e à filosofia ou teoria política cumpre formular princípios como paradigmas que possam auxiliar na construção de uma ordem justa. Trata-se, porém, de instâncias racionalizadoras, e não decisórias. Ao legislador constitucional, por sua vez, cabe a função de decidir politicamente, por intermédio do procedimento democrático, a positivação dos princípios de justiça que julgar adequados – ou seja, transformar princípios morais em preceitos jurídicos vinculantes. Esta positivação, no entanto, não reduz por completo a abstração e abertura desses princípios, para que possam ser imediatamente aplicados. Cabe à doutrina e à dogmática jurídica agir argumentativamente, racionalizando e reduzindo a abertura desses princípios, no sentido de viabilizar sua aplicação concreta. Tem-se novamente uma atividade argumentativa, e não decisória, porém mais limitada do que a do filósofo e do teórico político, pois o jurista age sob os parâmetros estabelecidos pelo legislador. A dogmática estabelece, assim, num campo de batalha ideologicamente impregnado, distintas consequências do Direito, posto que limitam ainda mais a possibilidade de escolha do magistrado. Finalmente, ao magistrado cabe decidir, numa situação concreta, a aplicação desses princípios, positivados pelo legislador e racionalizados pela doutrina. Porém, por mais que tenham existido essas etapas de redução de complexi-

O autor conclui no sentido de que “não se deve aderir a uma fórmula mecânica a respeito dos direitos que devem constituir o núcleo intangível da Constituição, sob o risco de se incluir direitos absolutamente secundários e deixar sem proteção superconstitucional direitos cruciais à democracia e à preservação da dignidade humana”. (VIEIRA, 1999, p. 246)

Rodrigo Brandão (2007, p. 10 e ss.) assinala o papel das cláusulas pétreas na relação necessária entre o controle de constitucionalidade e o constitucionalismo. Nesse sentido, destaca duas correntes de pensamento antagônicas. Pela primeira, a revisão judicial “redundaria em lesão à democracia, de maneira que, na prática, as cláusulas pétreas veiculariam limites meramente políticos, isto é, despidos de eficácia jurídica efetiva, na medida em que dirigidos exclusivamente ao constituinte-reformador, mas não ao Judiciário”. Por meio da segunda, ao contrário, as cláusulas pétreas teriam a natureza de “limites jurídicos efetivos ao poder de reforma constitucional, de modo que, verificando-se a incompatibilidade entre emenda constitucional e cláusula pétrea, seria dever do Judiciário, em sistemas dotados de *judicial review*, a declaração da inconstitucionalidade de emenda constitucional”.

Sob a ótica do autor, dado o caráter contramajoritário do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, incumbe ao Supremo Tribunal Federal promover o ideal de autogoverno do povo, por meio de sua limitação “aos pressupostos da continuidade da jornada democrática” no exame da invalidação de emendas constitucionais violadoras ao art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República.²⁴

dade, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais continuam a possuir caráter muito abstrato e aberto à argumentação moral, à qual o magistrado responsável por decidir casos constitucionais difíceis não pode fugir” (VIEIRA, 1999, p. 237-239).

²⁴ Em explicação, o autor disserta que: “A aplicação da noção de razão pública ao objeto da presente dissertação redundaria em uma proposta de interpretação

Em conclusão, o autor assinala que:

“À vista do exposto, pode-se concluir que uma tal concepção não incide no reducionismo a que está fadado um procedimentalismo puro como o de Ely, vez que não restringe as condições da democracia aos direitos e liberdades que cumpram uma função imediata no processo democrático. Ao revés, na esteira do que se depreende da leitura sistemática do texto constitucional, abrange também todas as condições fundamentais para a garantia de que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, como agentes morais livres e iguais, independentemente da posição ou da função que desempenham

do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, que restrinja a atuação do Judiciário à hipótese de emenda que atente contra as condições da democracia, promovendo, via de consequência, a elevação do nível deliberativo dos processos políticos (em cujo cerne será colocada a discussão sobre os melhores meios para a implementação dos elementos constitucionais essenciais), e a desobstrução dos canais de deliberação democrática, visto que caberá ao Judiciário impedir que elites se utilizem de sua posição privilegiada para a obtenção de benesses, i.e., do entricheiramento constitucional de privilégios. Este ‘ativismo’ restrito à tutela das condições da democracia permitirá que a atribuição de força jurídica efetiva à cláusula superconstitucional dos ‘direitos e garantias individuais’ não implique excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados pelo Judiciário”. Em seguida, ele aduz duas questões: “o reconhecimento da competência e da legitimidade democrática de o Judiciário invalidar emenda constitucional por violação às condições da continuidade da jornada democrática não significa que tais elementos hajam sido retirados do debate público e ‘delegados’ aos juízes que, encastelados em torres de marfim, definiriam o seu teor”; e “uma definição mais concreta das alvitadas condições da democracia”, como “os princípios fundamentais que estruturam o Estado (prerrogativas dos ‘poderes’ e alcance da regra da maioria), os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos), a um mínimo existencial e as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito à informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão)” (BRANDÃO, 2007, p. 39-41).

na sociedade. Consideram-se, nesta perspectiva, inseridos, no âmbito de proteção superconstitucional do art. 60, p. 4, IV, da CF/88, as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e nacionalidades, e os direitos difusos e coletivos”.²⁵

Assim, o autor explicita sua orientação no sentido de que o Supremo Tribunal Federal privilegie, nos seus julgados, o respeito pela manutenção dos pressupostos da continuidade da jornada democrática e, por conseguinte, promova por meio da jurisdição constitucional sobre emendas constitucionais o ideal de autogoverno do povo.

4.2. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível colher algumas indicações claras sobre a extensão

²⁵ Logo antes de chegar à conclusão transcrita, o autor justificava que: “Assim, preconiza-se no presente trabalho que um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, em consonância a uma leitura sistemática do texto constitucional. Isto porque, por um lado, logra-se obter modelo em que o Judiciário preserva elementos constitucionais essenciais de pretensões supressivas do constituinte derivado, visto que a noção de que os indivíduos, independentemente de sua função social, são um fim em si mesmo, cujos direitos fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas, coíbe, por exemplo, desvios autoritários a que estaria sujeita uma visão totalizante do Estado de Bem-Estar Social”. “Por outro lado, a ênfase de sua dimensão igualitária permite que se veja a premissa fundamental do tratamento dos indivíduos pelo Estado com ‘igual consideração e respeito’ segundo uma perspectiva mais apropriada a sociedades em vias de desenvolvimento, que escapa das insuficiências inerentes à restrição dos direitos fundamentais aos direitos de defesa. A referida proposta, conforme salientado, parece-se amoldar a uma interpretação sistêmica da Carta de 1988, pois se cuida de Constituição que, nitidamente, se preocupou em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, contudo, descuido do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo” (BRANDÃO, 2007, p. 42-43).

de quais direitos fundamentais são considerados como cláusulas pétreas.

Tratando-se, inicialmente, da teoria geral dos direitos fundamentais, importa destacar relevante precedente jurisprudencial do Tribunal que reconheceu expressamente a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias em razão de suposta hierarquia entre elas.

Pela clareza didática da decisão, permite-se trazer a transcrição da ementa pertinente, que constitui verdadeira lição sobre o papel do Tribunal como guardião da Constituição:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1. e 2. do art. 45 da Constituição Federal. – *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.* – Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que *essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.* – Por outro lado, *as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam*

consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. *Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido*” (grifos nossos).²⁶

Situação diversa é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional, oriunda, portanto, do Poder Constituinte Derivado, hipótese já expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária no caso do IPMF.

Inicialmente, a criação desse novo tributo foi questionada por meio do Mandado de Segurança nº 21.648-4/DF, impetrado pelo Deputado Federal José Maria Eymael em face do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e do Presidente da Mesa do Senado Federal, quando ainda tramitava o Projeto de Emenda Constitucional-PEC correspondente à criação daquele imposto.

Embora o referido *writ* pleiteasse a incompatibilidade da PEC, no particular aspecto da criação do IPMF, com o princípio da anualidade da lei tributária (cláusula pétrea), em decorrência de certo lapso temporal entre a sua impetração e a decisão da Suprema Corte, ele perdeu objeto em razão da conversão da referida PEC na Emenda Constitucional nº 3/1993:

“Mandado de Segurança. Projeto de Emenda Constitucional nº 48/91, que autoriza a União a instituir novo imposto (IPMF) para ser exigido no mesmo exercício de sua criação. Pretensão de Deputado Federal a que lhe seja reconhecido o direito de não ter de manifestar-se sobre o referido projeto, que considera violador do princípio da anualidade tributária. Perda da legitimidade do Impetrante, por modificação da situação jurídica no curso do processo, decorrente da superveniente aprovação do projeto, que já se acha em vigor. Hipótese em que o mandado de segurança, que tinha caráter preventivo,

não se pode voltar contra a emenda já promulgada, o que equivaleria a emprestar-se-lhe efeito, de todo descabido, de ação direta de inconstitucionalidade, para a qual, ademais, não está o Impetrante legitimado”.²⁷

Posteriormente, o IPMF foi considerado inconstitucional para o ano de 1993, em razão da violação aos princípios da anterioridade tributária (considerada cláusula pétrea como garantia individual dos contribuintes) e da imunidade tributária recíproca (considerada cláusula pétrea como garantia da Federação), bem como aquele previsto no inciso III do art. 150, *verbis*:

“Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF Artigos 5, par. 2., 60, par. 4, incisos I e IV, 150, incisos III, ‘b’, e VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, ‘a’, da CF). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2 desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica ‘o art. 150, III, ‘b’ e VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5, par. 2, art. 60, par. 4, inciso IV e art. 150, III, ‘b’ da Constituição); 2. – o princípio da

²⁶ ADI n. 815 – STF – Pleno – Rel. Min. Moreira Alves – j. 28.03.1996 – DJU 10.05.1996.

²⁷ MS nº 21.648-4/DF – STF – Pleno – Rel. p/ ac. Min. Ilmar Galvão – j. 05.05.1993 – DJU 19.09.1997.

imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4, inciso I, e art. 150, VI, 'a', da C.F.); 3 - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: (...). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993" (grifos nossos).²⁸

Ainda cuidando-se da seara tributária, o princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições sociais, previsto no § 6º do art. 195 da Constituição, foi reconhecido expressamente como cláusula pétrea pela Suprema Corte em verdadeiro *obiter dictum* na solução de controvérsia que cuidava da prorrogação da CPMF.²⁹ Eis o teor do trecho da ementa que interessa destacar:

"(...) 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal no tocante à supressão, no

²⁸ ADI n. 939/DF - STF - Pleno - Rel. Min. Sydney Sanches - j. 15.12.1993 - DJU 18.03.1994. Para uma síntese comparativa entre as principais dificuldades enfrentadas pela jurisprudência brasileira, norte-americana e alemã no trato de casos que envolveram a apreciação da constitucionalidade de emendas aos seus respectivos textos constitucionais, confira: VIEIRA, 1999, p. 178-183.

²⁹ Note que, neste caso, a ação foi julgada improcedente porque cuidou da mera aplicação ou não do princípio da anterioridade nonagesimal ao caso concreto (prorrogação da CPMF), isto é, não tratou da tentativa de abolir o referido princípio, hipótese em que, aí sim, estaria configurada a violação à cláusula pétrea.

Senado Federal, da expressão 'observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal', que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. 3 - *Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente"* (grifos nossos).³⁰

No campo previdenciário, a instituição de bases de cálculo diferenciadas para a contribuição previdenciária incidente sobre vencimentos e pensões de servidores e pensionistas da União de um lado, e de servidores e pensionistas dos Estados, do DF e dos

³⁰ ADI nº 2.666 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 03.10.2002 - DJU 06.12.2002.

Municípios de outro, foi reconhecida como arbitrária e inconstitucional pela Suprema Corte, dado o tratamento discriminatório que afronta os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, este conjugado com o art. 5º, *caput* e § 1º, todos considerados cláusulas pétreas.

A ementa desse caso contempla ainda outras duas situações que foram decididas como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, na terceira situação foi reconhecida a inconstitucionalidade, *verbis*:

“(…) 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. *Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade.* Ação julgada procedente para declarar inconstitucionalidade das expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n. 41/2003. *Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. (...)*”³¹

Na seara eleitoral, o art. 16 da Constituição já foi reconhecido como “garantia individual do cidadão-eleitor” e, como tal, oponível “até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado”, cuja

burla afrontaria os “direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)”. Eis o trecho da ementa que melhor esclarece a questão posta naqueles autos:

“(…) 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. *Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte* (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), *o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e ‘a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral’* (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma *garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica* (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu con-

³¹ ADI nº 3.105 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ ac. Cezar Peluso - j. 18.08.2004 - DJU 18.02.2005. No mesmo sentido: ADI nº 3.128 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ ac. Cezar Peluso - j. 18.08.2004 - DJU 18.02.2005.

teúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação do art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência”.³²

Como fecho desse tópico, traz-se interessante questão em torno da relação dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas e dos “preceitos fundamentais” da ADPF, estabelecida no § 1º do art. 102 da Constituição e regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

Qual é precisamente a definição sobre o que sejam os chamados “preceitos fundamentais”? Seriam eles somente os princípios fundamentais contidos no Título I da Constituição da República?³³ Ou seriam os direitos e garantias fundamentais (em

³² ADI nº 3.685/DF – STF – Pleno – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 22.03.2006 – DJU 10.08.2006.

³³ Paulo Napoleão Nogueira da Silva, já em 1992, sustentou que: “em primeiro lugar, cumpre dizer que, por preceito fundamental, não parece adequado entender-se todo o rol de direitos individuais contidos no art. 5º, e menos ainda o dos direitos sociais contidos no art. 7º”, sustentando que, para tais hipóteses, a própria Constituição previu remédios e vias processuais adequadas. E lançou a seguinte definição: “(...) parece adequado identificar como preceitos fundamentais todos aqueles assim definidos pelo próprio constituinte, mas por inteiro no Título I, e não somente os que se incluem no art. 1º do atual texto constitucional; e, quanto às denominadas ‘cláusulas pétreas’ na sede de que ora se trata, identificá-las como uma espécie de garantia material, implementadora de integridade mesma dos preceitos contidos no Título I, à exceção do próprio regime republicano, por não incluído entre elas. Mais precisamente, os princípios insculpidos nos incisos I a IV do § 4º do art. 60 atuam como os instrumentos materiais que têm por finalidade implementar os princípios fundamentais contidos no Título I; e, a vedação contida no *caput* do § 4º, como garantia dessa instrumentalidade material”. Naquela oportunidade, o autor ainda escreveu que: “será necessário que venham classificadas e delimitadas as hipóteses em que será possível identificar concretamente o descumprimento argüível de preceito fundamental” (SILVA, 1992, p. 117).

acepção mais abrangente do que o Título I);³⁴ ou outra noção ainda mais ampla?³⁵

Em uma breve amostragem doutrinária acerca do conceito do que sejam os preceitos fundamentais passíveis de serem argüídos perante o Supremo Tribunal Federal nesta novel ação, impõe-se reconhecer que: 1) tais hipóteses não foram previstas em lei; 2) caso sejam preceituadas em legislação ainda a ser publicada, então caberá apreciá-la e verificar se está dentro dos limites impostos pela sistemática contida na Constituição; 3) diante dessa omissão, conclui-se que vem cabendo ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de afirmar em quais hipóteses será possível o ajuizamento da ação.

Atualmente, a jurisprudência da Suprema Corte começa a oferecer certa “massa crítica” para que se alcancem os principais contornos dessa definição. Por extrapolar o objeto de pesquisa neste estudo, opta-se em pinçar apenas uma decisão que relaciona de maneira interessante os temas ora estudados e os tais “preceitos fundamentais”.

Trata-se de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33-MC, j. 29.10.03, DJU 06.08.04, cujo teor é o seguinte:

“É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Não há dúvida de que *alguns desses precei-*

³⁴ No entender de José Afonso da Silva (1995, p. 530): “Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a este e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*”.

³⁵ Celso Ribeiro Bastos (2000) afirma que: “não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”.

tos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um ‘engessamento’ da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas ‘garantias de eternidade’, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que *eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por elas protegidos*. Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que *o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e então, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana*” (grifos nossos).

No trecho pertinente ao presente estudo, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que a

efetividade das “garantias de eternidade” será obtida mediante a hermenêutica, que será capaz de revelar os princípios constitucionais que guardam estreita vinculação com os princípios protegidos pelas cláusulas pétreas, ainda que não expressamente contemplados por elas.³⁶

5. A cláusula pétrea como limite material de reforma do Poder Constituinte Derivado

Inicialmente, impõe-se esclarecer uma breve distinção terminológica, na qual endossamos a conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, reputamos como correta a posição que, à luz de nosso direito constitucional positivo, considera que o Constituinte distinguiu as ‘emendas à Constituição’ e a ‘revisão’ como duas modalidades específicas de reforma constitucional”, tida como gênero daquelas.³⁷

³⁶ No mesmo sentido: “A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ assume, desde logo, uma dúplici função, já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia, assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios naqueles conteúdos. Com efeito, de acordo com a lição da doutrina majoritária, as ‘cláusulas pétreas’ de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional. Neste sentido, é possível sustentar que as ‘cláusulas pétreas’ contêm, em verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais. Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido” (SARLET, 2003, p. 380).

³⁷ Tratando-se da realidade brasileira, o autor promove a distinção daquelas duas espécies pelo aspecto prático: “Mesmo não havendo limitação quanto ao número de emendas à Constituição, não nos parece que estas possam ser utilizadas como sucedâneo de uma revisão de caráter mais abrangente do texto constitucional. A revisão, modalidade excepcional

A liberdade de conformação da Constituição pelo legislador reformador é restrita, já que se submete às limitações que o impede de modificar a identidade da Constituição (núcleo essencial) e o obriga a mantê-la com a supremacia que lhe cabe na ordem jurídica nacional.³⁸ De fato, grosso modo, pode-se dizer que os limites ao poder de reforma constitucional são de três categorias: temporais (como aqueles previstos nos §§ 1º e 5º do art. 61 da Constituição), formais (exemplificados no art. 60, incisos I a III, §§ 2º e 3º) e materiais (previstos no § 4º do art. 60).³⁹

Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 134) coloca com precisão o desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma no contexto constitucional brasileiro:

“O grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma inter-

de alteração da Constituição, esgotou-se e pertence ao nosso passado, remanescendo tão-somente as emendas como instrumento de reformas da nossa Constituição formal” (SARLET, 2003, p. 365-367).

³⁸ Em outras palavras, convém ressaltar que: “Importa ter sempre presente a noção de que também no direito constitucional pátrio o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional” (SARLET, 2003, p. 368).

³⁹ São precisamente os limites materiais explícitos que nos interessam neste momento: “A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que, por detrás da previsão destes limites materiais, se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”. Em síntese: “Verifica-se, portanto, que o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição” (SARLET, 2003, p. 368 e ss.).

pretação das cláusulas superconstitucionais [pétreas] capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia”.

A esse respeito, o autor identifica e distingue duas orientações “bastante antagônicas”: “Uma primeira neoliberalizante, e uma segunda que busca assegurar os avanços sociais reconhecidos pela Constituição”.⁴⁰

Vários outros preceitos constitucionais poderiam ser considerados como limitações materiais implícitas ao poder de reforma, como, por exemplo, destaca Adriano Sant’Anna Pedra (2006, p. 139-140): as normas que contêm os próprios limites explícitos ao poder de reforma constitucional, ou seja, o próprio § 4º do art. 60; a diminuição da competência dos Estados-membros, por violar o princípio federativo; a eventual permissão da perpetuidade de mandatos; as normas concernentes ao titular do poder constituinte, do poder reformador e as relativas ao processo da própria emenda; os fundamentos do Estado Democrático de Direito; o povo como fonte do poder; os objetivos fundamentais da nação; os princí-

⁴⁰ Em explicação, discorre que: “Por um lado, vê-se a necessidade de amplas reformas como uma maneira de permitir o ingresso do Brasil numa economia globalizada e altamente competitiva. Para esses setores há diversos aspectos referentes aos direitos sociais, previdenciários e ao papel do Estado, assegurados pela Constituição de 1988, que criam obstáculos à liberalização e ao conseqüente desenvolvimento econômico do País. Para esses reformistas os limites traçados pelas cláusulas superconstitucionais devem ser interpretados de maneira bastante restrita, principalmente no que se refere à admissibilidade de limitação de direitos trabalhistas e previdenciários”. Em distinção, ressalta que: “Por outro lado, uma interpretação extensiva da superconstitucionalidade é defendida como forma de bloquear reformas capazes de suprimir o cerne social-democrata da Constituição” (VIEIRA, 1999, p. 137-138).

pios das relações internacionais; os direitos sociais; a definição da nacionalidade brasileira; a autonomia dos Estados Federados e Municípios; a organização bicameral do Poder Congresso Nacional; a inviolabilidade dos parlamentares; as garantias dos juízes; a permanência institucional do Ministério Público; as limitações do poder de tributar; e os princípios da ordem econômica.

Em sentido aparentemente oposto, há quem sustente uma maior flexibilização das cláusulas pétreas, em razão da permanente tensão com o regime democrático, das rápidas transformações da Economia no cenário mundial atual, ou ainda, pela vinculação das gerações futuras, *verbis*:

“Não é difícil ver como o potencial de eficácia das Constituições extensas e programáticas, como a constituição brasileira de 1988, vem diminuindo, à luz da intensificação dos fluxos econômicos transnacionais e da desterritorialização das novas formas de produção. Ao exigir formas e procedimentos jurídicos mais flexíveis, a integração dos mercados e a formação de blocos comerciais reduziram o alcance dos poderes legislativo, administrativo e judicial, antes considerados exclusivos dos Estados, e diluíram a soberania nacional numa rede de foros internacionais e organismos multilaterais. Com isso, as regras daí advindas passaram a coexistir com as normas constitucionais, competindo entre si em diferentes âmbitos de validade material, espacial e temporal e obrigando os governos a rever seus ordenamentos jurídicos, para harmonizá-las”.⁴¹

⁴¹ Registre-se, ademais, que: “A globalização, com conseqüente internacionalização da oferta de crédito e aumento da volatilidade dos capitais, levou os mercados a substituírem a política como instância de regulação social. Assim, a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado foi posta em xeque, as margens de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais foram reduzidas e as políticas monetárias independentes foram esvaziadas. Em princípio, qualquer governo

Apesar de aparentemente opor-se aos trechos anteriormente destacados, verifica-se, pela conclusão da articulista, que ela pugna apenas por uma mudança na compreensão da própria noção de cláusula pétrea exatamente como destacamos no curso deste trabalho. Nesse sentido, ela pugna que “as cláusulas serão pétreas por integrarem o núcleo essencial e imodificável da Constituição, e não por uma disposição formal” (NOGUEIRA, 2005, p. 92).

É importante observar que eventual decisão do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, proferida no sentido da inconstitucionalidade de determinado dispositivo, pode ser superada pelo Congresso Nacional, “desde que a decisão do STF se baseie em norma constitucional que não ostente o *status* de cláusula pétrea”. Nesse caso, a decisão há de prevalecer justamente por se fundamentar na limitação material ao poder de reforma desrespeitado pelo Poder Constituinte Derivado.⁴²

poderia recusar-se a vincular suas decisões aos imperativos dos mercados globalizados, para preservar a independência na definição de sua agenda política. Porém, isso levaria a um isolamento financeiro, tecnológico e comercial, em face da crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades de acesso a fontes de crédito” (NOGUEIRA, 2005, p. 87-88).

⁴² Nas palavras do autor: “Note-se que, se o art. 60 da CF/88 confere, claramente, ao Congresso Nacional, o poder de alterar as normas constitucionais (poder constituinte derivado), compete-lhe atualizar a Constituição, dispondo sobre a melhor configuração do direito constitucional positivo em dado momento histórico. Assim, não há óbice a que o Congresso aprove emenda constitucional que, através da alteração da norma constitucional que fundamentou decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei, disponha de modo contrário à jurisprudência deste Excelso Tribunal, desde que a decisão do STF se baseie em norma constitucional que não ostente *status* de cláusula pétrea. A possibilidade de o Congresso Nacional superar jurisprudência constitucional do STF não se verifica, todavia, quando o Supremo vislumbra a incompatibilidade de emenda constitucional com o teor de cláusula pétrea. Isto porque, nesta hipótese, sendo o fundamento normativo da decisão judicial limite material imposto pelo constituinte originário ao derivado, restará aos insubmissos tão-somente a aprovação de

6. As cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras

Interessante questão jurídica que se coloca em torno dessa temática relaciona-se à vinculação (geralmente tida por ilegítima) de gerações futuras aos preceitos eleitos como imutáveis (ou petrificados) pelas cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

A questão que se coloca é saber até que ponto pode a orientação adotada por determinados cidadãos, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte – e, portanto, no exercício do Poder Constituinte Originário –, influenciados por certo momento histórico que vivenciaram, vincular o elevado poder de autogoverno do povo pelas gerações futuras.

A premissa básica desse questionamento surge com a verificação de que a realidade dinâmica subjacente ao texto constitucional pode modificar-se através dos tempos e, como decorrência disso, incumbe à Constituição adequar-se a essas evoluções sociais, culturais e políticas.

Rodrigo Brandão explica que “as cláusulas pétreas consistem apenas em um dos fatores que aumentam o grau de rigidez constitucional de um sistema, não se revelando, necessariamente, incompatíveis com a democracia”. De fato, variados outros fatores atuam nessa equação, como o autor demonstra.⁴³

nova Constituição, restando vedada a via da emenda constitucional” (BRANDÃO, 2007, p. 8-9).

⁴³ Ele critica a visão reducionista de entender a previsão de cláusulas pétreas como o governo dos mortos sobre os vivos: “Por fim, convém ressaltar o caráter reducionista de afirmar-se que o só-fato da previsão de cláusulas pétreas implicaria um governo dos mortos sobre os vivos. Com efeito, a aferição do grau de rigidez de um sistema constitucional concreto depende da análise conjunta de um amplo espectro de fatores, dentre os quais (i) a extensão e o detalhamento do texto constitucional, (ii) o grau de dificuldade do processo de reforma, (iii) a concepção de hermenêutica constitucional prevalecente na Suprema Corte, e (iv) a amplitude, a forma de descrição (regras e princípios) e a carga axiológica do rol de cláusulas pétreas, já que quanto (i) mais extenso e detalhado for o texto constitucional, (ii) mais difícil o processo

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 378) coloca o problema da necessária tensão entre a permanência da Constituição e sua adaptabilidade à realidade nos seguintes termos:

“De concreto, resta, contudo, a pertinente preocupação com a petrificação da ordem constitucional, justificando a elaboração de propostas de cunho conciliatório, sustentando que as ‘cláusulas pétreas’ não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma da Constituição, já que é necessário alcançar-se certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade, não sendo exigível que as gerações futuras fiquem eternamente vinculadas a determinados princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico, o que, em outras palavras, significaria cancelar os temores de T. Jefferson no sentido de que os mortos pudessem, de certa forma, impor sua vontade aos vivos”.⁴⁴

Sob outra perspectiva, Oscar Vilhena Vieira destaca que: “Através das limitações constitucionais, as gerações futuras terão

de reforma, (iii) mais ativista for a jurisprudência constitucional da Suprema Corte, e (iv) mais abrangente, específico, e ‘amoral’ for o elenco de cláusulas pétreas, mais amplamente a vontade da geração atual estará vinculada às deliberações dos constituintes, e, via de consequência, mais se restringe a democracia” (BRANDÃO, 2007, p. 18)

⁴⁴ O autor prossegue ainda asseverando que: “Neste contexto, houve quem se posicionasse a favor da revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que fosse viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do Poder Constituinte, neste processo, outorgando às reformas certo grau de legitimação. Todavia, cremos que também esta alternativa seja questionável, isto sem falar na ausência de previsão expressa a respeito na nossa Constituição, a despeito das sugestões formuladas por ocasião da discussão da revisão constitucional” (SARLET, 2003, p. 378). No mesmo sentido, embora mais bem explicado: VIEIRA, 1999, p. 66-68. Confira ainda: BRANDÃO, 2007, p. 7.

resguardados os seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor idéias absolutas que vinculem o futuro”.⁴⁵

Concluindo sua obra sobre o tema, o autor discorre que:

“Intepretadas adequadamente, as cláusulas superconstitucionais não constituirão obstáculo à democracia, mas servirão como mecanismos que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras”. (VIEIRA, 1999, p. 247)

A escolha do próprio destino de cada geração deve ser precedida pela necessária vinculação à permissão da continuidade e ao aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático nos eventuais momentos de reformulação da ordem constitucional. Nesse sentido, a interpretação adequada das cláusulas pétreas conduz ao aprimoramento do sistema democrático, e não à sua limitação ou restrição.

7. Conclusão

Ao longo deste breve trabalho, logramos destacar a complexidade do tema relacionado à abrangência dos chamados “direitos fundamentais” e sua imbricada correlação com as cláusulas pétreas que os protegem.

Por meio de lições doutrinárias e consagrados precedentes jurisprudenciais, destacaram-se relevantes aspectos acerca desses

⁴⁵ Em seguida, o autor complementa que: “O absolutismo das cláusulas superconstitucionais somente se justifica se for um absolutismo em torno das condições essenciais à autonomia presente e futura. Nesse sentido, devem ser habilitadoras das gerações futuras, favorecendo a perpétua possibilidade de escolha da melhor forma de organização constitucional” (VIEIRA, 1999, p. 226).

dois palpitantes temas jurídicos. Embora essas questões remanesçam controvertidas tanto na doutrina como também na jurisprudência, releva notar como o seu cerne posiciona-se principalmente no campo da definição dos direitos fundamentais.

Com efeito, a noção de cláusula pétreia é relativamente simples, se comparada ao conceito variável de “direito fundamental”. É precisamente aqui, nesta compreensão, que reside a controvérsia maior em torno da extensão e alcance da proteção dos direitos e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

Acresça-se a toda essa controvérsia a realidade cultural, política e social atualmente experimentada pelo País, que remanesce prisioneiro de interesses minoritários e opressivos. É verdade que, no longo percurso de civilização do País, importantes passos foram conquistados desde o advento da promulgação da Constituição “Cidadã”. Todavia, beirando os vinte anos de idade, esses mesmos compromissos assumidos naquela ocasião foram, em grande parte, flexibilizados e reconfigurados pelas (quase) sessenta emendas constitucionais que lhe modificaram o texto.

Diante do exposto, sustenta-se aqui a posição de que as cláusulas pétreas referidas no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal deve abranger todos os possíveis e imagináveis “direitos fundamentais” assegurados na Lei Maior. Possivelmente esse maior grau de rigidez tenha sido responsável pela manutenção do conteúdo essencial do texto constitucional. De fato, apesar do elevado número de modificações que sofreu, a Constituição permanece com o mesmo espírito dirigente, garantista e programático, no tocante às principais questões de relevo nacional, de quando foi promulgada. Nesse sentido, o cerne mantém-se preservado.

Expandir o âmbito de proteção das cláusulas pétreas – pela elasticidade da noção de “direitos fundamentais” –, longe de criar embaraços ao desenvolvimento,

à adaptação da Constituição a realidade subjacente e petrificar o autogoverno das gerações futuras, garante que a Lei Maior tenha realmente a centralidade merecida no ordenamento nacional, seja respeitada pelos demais ramos políticos e tenha os frequentes excessos e arbítrios restringidos pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Com efeito, enquanto o restante do caminho civilizatório não for percorrido e o funcionamento das instituições nacionais não for regido pela efetiva preocupação com a *res publica*, impõe-se que, em contrapartida, as limitações constitucionais ao Poder Público sejam cada vez mais observadas e respeitadas.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. Ensaio sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. *Revista de Processo*. ano 32, n. 147, p. 175-198. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória. *Revista Jurídica Virtual*. ano 1, n. 8. Brasília, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: fev. 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista*

Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 10. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, abr./maio/jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: abr. 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*. ano 42, n. 166, p. 79-93. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Dois temas importantes

Biografias “não-autorizadas” e limites de citações de livros

Alaor Barbosa

Sumário

Registro propedêutico. Uma observação preliminar: a necessidade de interpretar. A questão das biografias “não-autorizadas”. O Direito: a Constituição Federal e Declarações Internacionais de Direitos. Legislação infraconstitucional: Código Civil, Art. 20. Da jurisprudência sobre essa matéria. O Projeto Antônio Palocci. A questão das citações: uma observação preliminar sobre citações em textos jurídicos e judiciários. Citações em obras literárias. Conclusão.

Registro propedêutico

Dois temas jurídicos muito importantes que não têm sido conveniente e adequadamente tratados, no Brasil, não só pela produção doutrinal, mas também pela jurisprudência, que ainda se não constituiu sobre tais matérias nem mesmo no nível de primeira instância: o das biografias “não autorizadas” e o das citações, em livros, de textos de obras alheias, do ponto de vista dos seus limites quantitativos.

Relativamente ao primeiro desses temas, nota-se que, em consequência de descuidadas tresleituras e de errôneas interpretações das normas constitucionais e legais pertinentes, têm ocorrido erros da parte de juízes em primeira instância ao conduzirem e julgarem processos de ações ajuizadas perante eles com base em pretensões de direitos fundadas em tais normas. Erros que, espera o mundo jurídico mais atento e sensível à

Alaor Barbosa é Consultor Legislativo do Senado Federal, aposentado. Advogado em Brasília.

necessidade de vigilante e correta aplicação da lei e de precisa justiça, terminarão sendo corrigidos oportunamente nas sedes recursais adequadas e, a partir dessas correções, feliz e seguramente evitados, com o positivo efeito de se promover a necessária segurança jurídica, ainda em primeira instância.

Quanto ao segundo tema, o do limite quantitativo das citações, em livros, de textos de obras alheias, observa-se igualmente, a respeito, uma marcante carência de construção doutrinária e jurisprudencial.

Com este presente estudo, esperamos trazer uma útil contribuição, de ordem científica, ao melhor conhecimento desses dois assuntos.

*Uma observação preliminar:
a necessidade de interpretar*

Preliminarmente, invoquemos algumas lições sobre uma tarefa intelectual primária, fundamental, indispensável: a de interpretar.

Muito bem observa Richard Palmer (1986, p. 20): “Na verdade, desde que acordamos de manhã até que adormecemos, estamos a ‘interpretar’. Ao acordar, olhamos para o despertador e interpretamos o seu significado: lembramos em que dia estamos e ao compreender o significado desse dia estamos já a lembrar do modo como nos situamos no mundo e dos planos de futuro que temos; levantamo-nos e temos que interpretar as palavras e os gestos das pessoas que contactamos na nossa vida diária. A interpretação é, portanto, talvez o ato essencial do pensamento humano; na verdade, o próprio fato de existir pode ser considerado como um processo constante de interpretação”.

Na importante tarefa da aplicação da lei, sobreleva o dever de interpretá-la. Esse dever é, por quase todos os juristas, ressaltado, e sempre com a necessária ênfase. Quem lida com o Direito – e lidamos com o Direito a todo momento – o que mais faz é resolver o problema de interpretá-lo.

Em Direito – e em tudo mais em matéria de expressão humana –, é necessário interpretar.

No seu *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, o jurista português Manuel A. Domingues de Andrade (1978, p. 9), professor da Faculdade de Direito de Coimbra, afirma: “Dispensável se torna encarecer a importância decisiva que em todo o âmbito do jurídico reveste a doutrina da interpretação das leis. Pode afirmar-se que nenhum problema tem mais interesse, nem tanto, para os cultores do direito positivo. Porque, verdadeiramente, na base de todos os outros, está o problema da interpretação das leis: todos os outros postulam a solução deste. Interpretar as leis constitui, por certo, a primeira tarefa do jurista, do teórico como do prático”.

Apesar da afirmação do jurista português de ser dispensável o encarecimento da “importância decisiva” da tarefa de interpretar a lei, vamos encarecê-lo, e não perfunctoriamente, dada, repita-se, a sua importância.

Começemos invocando lições de Francesco Ferrara. Como se sabe, Ferrara foi um dos mais autorizados autores que escreveram sobre o tema hermenêutica jurídica. No seu lúcido ensaio *Interpretação e aplicação das leis*, traduzido para o português pelo mesmo Manuel A. Domingues de Andrade, Ferrara (1978, p. 111-112) leciona:

“O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a viva *vox iuris*.”

O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito.

Esta atividade desdobra-se em três operações:

I) Averiguar o estado de fato que é objeto da controvérsia.

II) Determinar a norma jurídica aplicável.

III) Pronunciar o resultado jurídico que deriva da subsunção do estado de fato aos princípios jurídicos.”

Arremata adiante Francesco Ferrara (1978, p. 113) essa introdução do seu ensaio resumindo:

“A tarefa central a que o juiz se dedica é, porém, a determinação do direito que há-de valer no caso concreto. Para este fim deve levar a cabo três indagações:

1^a) Apurar que o direito existe.

2^a) Determinar o sentido desta norma jurídica.

3^a) Decidir se esta norma se aplica ao caso concreto.

A aplicação das leis envolve, por consequência, uma tríplice investigação: sobre a existência da norma; sobre o seu significado e valor; e sobre a sua aplicabilidade”.

Deixando de lado, por óbvio, o que diz Francesco Ferrara sobre a tarefa – elementar – do juiz de verificar a existência da norma jurídica (tarefa em que contará, evidentemente, com a colaboração forçosa dos advogados das partes), vejamos o que ensina ele no item do seu ensaio intitulado “Determinação do sentido das normas jurídicas: interpretação”. “Mas a atividade central que se desenvolve na aplicação da norma de direito é a que tem por objeto a interpretação” (FERRARA, 1978, p. 127). Adiante, assevera com mais ênfase e força: “A atividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tato, senso apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação”. (Idem, p. 129).

Um pouco antes, explica Ferrara (1978, p. 127-128):

“O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que

servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual.

A lei, porém, não se identifica com a letra da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadoras de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a letra da lei era decisiva, sendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa. Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora deduzida através das palavras do legislador.

Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (17, Dig.. 1,3).

A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz Windscheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo.

Só assim a lei realiza toda a sua força de expansão e representa na vida social uma verdadeira força normativa.”

No Brasil, a importância da hermenêutica jurídica tem sido vigorosa e enfaticamente proclamada por quantos escritores têm-se ocupado de pensar a respeito da ciência do Direito. A sede em que preferencialmente se situam as abordagens desse instigantíssimo tema são os trabalhos de introdução ao Direito ou de Filosofia do Direito. Um

bom número deles se salientam. Devem ser citados: Benjamim de Oliveira Filho (1967) Hermes Lima (1972); Miguel Reale (1981, 1978); André Franco Montoro (2000); A. L. Machado Neto (1988, p. 216). Este, que foi professor na Universidade da Bahia e na Universidade de Brasília (nos seus memoráveis tempos inaugurais), ministra esta lição sobre interpretação: “Tradicionalmente, tem-se entendido a interpretação jurídica como um desentranhar o sentido que guarda a lei sob suas palavras. Interpretação será, assim, o conjunto de operações lógicas que, seguindo os princípios gerais da hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas”.

Repare-se em que Machado Neto fala em “conjunto de operações lógicas”, o que concorda com o pensamento de Ferrara que afirma ser a interpretação jurídica uma operação unitária, não repartida em espécies, sendo, pois, estas (a gramatical, a histórica, a lógica, a teleológica, etc.) elementos constitutivos de uma só ação intelectual.

Feitas essas observações preliminares sobre a necessidade imperativa de interpretação das leis, passemos à abordagem dos temas deste pequeno estudo.

A questão das biografias “não-autorizadas”

O Direito: a Constituição Federal e Declarações Internacionais de Direitos

Sobre a questão das biografias “não-autorizadas”, que tem originado no Brasil, de algum tempo para hoje, determinadas controvérsias no âmbito do noticiário jornalístico (pois no campo científico do Direito o tema permanece quase intacto), vale transcrever as principais normas que atualmente lhe pertinem.

Começemos da Constituição Federal. É no Título II, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que se

situam as normas fundamentais relativas a essa questão.

“Art. 5º.

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Direito fundamental. “Cláusula pétrea”. Insusceptível de transgressão, de modificação e, muito menos, de supressão. Direito sagrado da pessoa humana. Conquista da Civilização. Expressão de um direito universalmente consagrado. Representa a inserção, na Carta Magna do Brasil, de um princípio fundamental declarado em diversos documentos e declarações de direitos internacionais, que menos não são do que conquistas essenciais e irrenunciáveis da Humanidade. Citem-se os principais, que vieram na esteira da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, lembrando-se a indispensável observação do que dispõe o § 3º do Art. 5º da mesma Constituição Brasileira de 1988: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

A norma do Art. 5º da Constituição Federal é reafirmada – e com forte ênfase – na mesma Constituição, mais adiante, no Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo V, “Da Comunicação Social”:

“Art. 220. – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV.”

Vejam agora algumas declarações internacionais de direitos.

“Declaração Universal dos Direitos Humanos

(...)

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

(...)

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

Artigo IV – Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.”

Convenção Americana sobre Direitos Humanos

(...)

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

Relatoria para a Liberdade de Expressão da OEA

Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão

PREÂMBULO

REAFIRMANDO a necessidade de assegurar, no Hemisfério, o respeito e a plena vigência das liberdades individuais e dos direitos fundamentais dos seres humanos através de um Estado de Direito;

CONSCIENTES de que a consolidação e o desenvolvimento da democracia dependem da existência de liberdade de expressão;

PERSUADIDOS de que o direito à liberdade de expressão é essencial para o avanço do conhecimento e do entendimento entre os povos, que conduzirá a uma verdadeira compreensão e cooperação entre as nações do Hemisfério;

CONVENCIDOS de que, ao se obstaculizar o livre debate de idéias e opiniões, limita-se a liberdade de expressão e o efetivo desenvolvimento do processo democrático;

CONVENCIDOS de que, garantindo o direito de acesso à informação em poder do Estado, conseguir-se-á maior transparência nos atos do governo, fortalecendo as instituições democráticas;

RECORDANDO que a liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Resolução 59(I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, na Resolução 104 adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e em outros instrumentos internacionais e constituições nacionais;

RECONHECENDO que os princípios do Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos representam o marco legal a que estão sujeitos

os Estados membros da Organização dos Estados Americanos;

REAFIRMANDO o Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece que o direito à liberdade de expressão inclui a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e idéias, sem consideração de fronteiras e por qualquer meio de transmissão;

CONSIDERANDO a importância da liberdade de expressão para o desenvolvimento e a proteção dos direitos humanos, o papel fundamental que lhe é atribuído pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o pleno apoio estendido à Relatoria para a Liberdade de Expressão como instrumento fundamental para a proteção desse direito no Hemisfério, na Cúpula das Américas realizada em Santiago, Chile;

RECONHECENDO que a liberdade de imprensa é essencial para a realização do pleno e efetivo exercício da liberdade de expressão e instrumento indispensável para o funcionamento da democracia representativa, mediante a qual os cidadãos exercem seu direito de receber, divulgar e procurar informação;

REAFIRMANDO que tanto os princípios da Declaração de Chapultepec como os da Carta para uma Imprensa Livre constituem documentos básicos que contemplam as garantias e a defesa da liberdade de expressão e independência da imprensa e o direito a informação;

CONSIDERANDO que a liberdade de expressão não é uma concessão dos Estados, e sim, um direito fundamental; e

RECONHECENDO a necessidade de proteger efetivamente a liberdade de expressão nas Américas, adota, em apoio à Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, a seguinte Declaração de Princípios:

PRINCÍPIOS

1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.

2. Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

(...)

5. A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação por meio de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de idéias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão.

6. Toda pessoa tem o direito de externar suas opiniões por qualquer meio e forma. A associação obrigatória ou a exigência de títulos para o exercício da atividade jornalística constituem uma restrição ilegítima à liberdade de expressão. A atividade jornalística deve reger-se por condutas éticas, as quais, em nenhum caso, podem ser impostas pelos Estados.

(...)

10. As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e

a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.

(...)

Os meios de comunicação social têm o direito de realizar seu trabalho de forma independente. Pressões diretas ou indiretas para silenciar a atividade informativa dos comunicadores sociais são incompatíveis com a liberdade de expressão.”

Verifica-se, assim, que o direito e liberdade de manifestação do pensamento e de criação intelectual e artística constitui uma das bases do sistema jurídico brasileiro integrado ao sistema jurídico internacional. E as normas que o consagram devem ser interpretadas de acordo com o que ensina o grande hermeneuta brasileiro que foi Carlos Maximiliano, um dos pioneiros do pensamento jurídico nacional sobre a matéria interpretação jurídica. Ronald A. Sharp Júnior (1998, p. 24) perfilha-lhe a lição, ao citá-lo no seu livro *Dano moral*: “As normas constitucionais devem ser interpretadas extraindo-se o máximo de alcance, não podendo o legislador ordinário nem o Juiz restringir-lhe o âmbito de incidência ou impor-lhes condicionamentos não autorizados explícita ou implicitamente no próprio contexto”.

Não se queira ou intente opor ou restringir o direito afirmado no inciso IX do Art. 5º da Constituição com a invocação do inciso

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Dentro de uma constituição, não pode haver contradição entre normas. Os incisos IX e X da nossa Constituição de 1988 se harmonizam, mormente na medida em que, postos em confronto, prepondera aquele que mais se harmonize com o espírito da Constituição, com a unidade do seu conteúdo teleológico e com seus fundamentos, e que possua, portanto, conteúdo libertário: pois a Constituição de 1988 é libertária. E a consequência lógica da boa interpretação do inciso X é que ele remete à necessidade e dever de indenizar o dano material ou moral decorrente da eventual violação dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, e nele não se contém, de modo algum, a proibição, *a posteriori*, do veículo – o livro, por exemplo – da violação. Isso porque, ao teor do inciso IX, *é proibido proibir livros*.

*Legislação infraconstitucional:
Código Civil. Art. 20*

Analisemos agora o sistema legal infraconstitucional, que tem sido a principal sede e vítima de errôneas interpretações, com consequentes erros na aplicação judiciária. Consiste tal sistema no Art. 20 do Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003:

Tentemos uma científica, e, pois, sadia interpretação da norma contida nesse Art. 20.

Diz ele:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Que é, pois, que o Código Civil, no Art. 20, proíbe? Proíbe que se divulguem escritos ou transmita-se a palavra de alguém, ou publique-se, exponha-se ou se utilize a imagem de alguém, sob as condições de lesão da sua honra, da sua boa fama ou da sua respeitabilidade, ou de que tais atos persigam fins comerciais.

Não aparece, no texto do Art. 20, a palavra *biografia*. Nenhum esforço de interpretação lograria incluir, na locução “divulgação de escritos”, o conceito e fenômeno *biografia*. Biografia, como diz a etimologia do vocábulo, é narração da vida de alguém. Só. Mais nada. Pode conter trechos de escritos da pessoa biografada. Mas, se os contiver, em forma de citações feitas de acordo com a lei, não conterà nenhuma apropriação de texto pertencente ao biografado.

Assim, a biografia que não contenha, além do relato propriamente biográfico, “divulgação de escritos” do biografado, não terá transgredido o Art. 20 do Código Civil. E poderá ser editada livremente. Independentemente de autorização prévia ou posterior de quem quer que seja, de acordo com a Constituição Federal e o próprio Art. 20 do Código Civil. Esse ponto é muito importante e deve ser enfatizado com a afirmação – nos termos mais claros possíveis – de que o direito do autor da biografia de editá-la não decorre apenas de não ser o gênero biografia omitido no Art. 20 do Código Civil, mas do direito fundamental consagrado no inciso IX do Art. 5º da Constituição. A clareza desse direito se mostra ainda mais luminosa se se atenta para o fato, impostergável, de que, caso o Art. 20 falasse também em biografias com o fito de proibi-las, ele seria inconstitucional, por afrontar o inciso IX do Art. 5º da Constituição. Repita-se: caso o texto do Art. 20 do Código Civil autorizasse a

interpretação proibitória que algumas pessoas intentam-lhe dar, *seria flagrantemente inconstitucional, e, por conseguinte, SUSCEPTÍVEL DE TER SUA INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR JUIZ DE QUALQUER INSTÂNCIA, EM VIRTUDE DO INSTITUTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DIFUSA*, segundo o preceito jurídico de que *NE-NHUM JUIZ É OBRIGADO A APLICAR NORMA INCONSTITUCIONAL*. Deveria ser, em consequência, o texto do Art. 20 do Código Civil em tal caso extirpado do direito positivo nacional mediante ato do Senado Federal, nos termos do Art. 52, X, da Constituição da República.

De tais premissas jurídico-constitucionais, extrai-se, repitamo-lo, este importantíssimo e curial corolário: *Biografia não depende de autorização prévia, nem para ser escrita, nem para ser publicada*.

Da jurisprudência sobre essa matéria

Ainda não se constituiu no Brasil um conjunto de decisões configurador de uma jurisprudência assentada e firme sobre essa matéria. Nossa jurisprudência, nesse ponto, é incipiente. Com certeza por causa de ser matéria nova. O Código Civil entrou em vigor há seis anos. Ainda não houve nem tempo nem número de causas judiciais suficientes, e com decisões definitivas, para se ter do novo Código um conjunto de soluções jurisprudenciais eliminador de dúvidas e perplexidades. No plano da jurisprudência, a Súmula 279, do Conselho de Justiça Federal, que citamos há pouco, constitui um início, ainda tateante, de avanço hermenêutico.

O Projeto Antônio Palocci

Provavelmente por causa da ocorrência de casos que, embora ainda não definitivamente julgados, suscitaram viva resistência e oposição de boas consciências jurídicas em nosso País; e também devido à notória incipiência da nossa jurisprudência a respeito dessa matéria, foi que o Deputado Federal

Antônio Palocci houve por bem apresentar, em maio de 2008, o Projeto de Lei nº 3.378 na Câmara dos Deputados, alterando o Art. 20 do Código Civil. Espera-se que, do seu aperfeiçoamento, resulte lei dirimidora das dúvidas atuais – dúvidas, repita-se, que, a rigor, a sadia interpretação do Art. 20 do Código Civil afasta com presteza, à simples leitura do respectivo texto. O Projeto é de nº 3.378 – “dispõe sobre alteração do art. 20 da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002” (Código Civil), “visando garantir a liberdade de expressão e informação”. Eis o novo texto sugerido pelo Deputado Palocci para o Art. 20 do Código Civil:

“Art. 20. Salvo se autorizada ou se necessária à manutenção da ordem pública, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

PARÁGRAFO ÚNICO. É livre a divulgação da imagem e de informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública ou cuja trajetória pessoal ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimento de interesse da coletividade”.

Como se verifica da leitura do Projeto Palocci, o texto nele proposto retira do *caput* do Art. 20 as palavras “divulgação de escritos”, “a transmissão da palavra” e “a publicação” (da imagem de uma pessoa); e no parágrafo único, além de suprimir a extensão da faculdade conferida no *caput* ao cônjuge, aos ascendentes e aos descendentes do morto ou do ausente, afirma e estatui, de forma claríssima, a liberdade de divulgação da imagem e de informações biográficas sobre pessoas “de notoriedade pública ou cuja trajetória pessoal ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimento de interesse da coletividade.

Por conseguinte, o Projeto Palocci, dando nova redação ao *caput* do Art. 20 do

Código Civil e substituindo-lhe o parágrafo único, pretende tornar explícito no direito positivo nacional aquilo que atualmente se impõe, por implicitude e omissão vocabular, como efeito de correta interpretação. A rigor, a referência, no parágrafo único sugerido, a “informações biográficas” é, à luz da referida correta interpretação, desnecessária, sendo, no entanto, útil.

O Projeto Palocci está tendo rápida tramitação. A emenda substitutiva que lhe fez o Relator, a meu ver, não o melhora; antes o prejudica um pouco. Mas provavelmente, espera-se, os legisladores haverão de achar o texto mais adequado à boa regulação da matéria.

Repita-se, à saciedade: ainda é pobre e escassa a jurisprudência sobre esse tema. Opiniões exaradas em votos nos tribunais não constituem jurisprudência, que consiste em sentenças e acórdãos. Ora, sentenças e acórdãos ainda não foram proferidos sobre essa matéria em quantidade bastante a configurar uma jurisprudência assentada.

A questão das citações: uma observação preliminar sobre citações em textos jurídicos e judiciais

O segundo tema objeto deste breve estudo é o das citações, em livros, de textos de livros alheios.

Preliminarmente, ressaltemos que as pessoas que labutam profissionalmente com a ciência do Direito possuem uma vivência digamos privilegiada dessa matéria, pois estão muito afeitas e familiarizadas com o fenômeno, o hábito, a necessidade das citações de textos alheios em estudos de qualquer ordem e volume a respeito de assuntos jurídicos. Não há advogado ou juiz ou membro do Ministério Público, ou assessor jurídico, que, ao elaborar um trabalho de pensamento jurídico, não cite, com variável abundância, outros autores. O Direito é uma ciência fundada e desenvolvida na sucessão e acumulação de experiências intelectuais. Estas consistem

em pensamentos doutrinários, decisões jurisprudenciais, reflexões feitas com motivações e fins numerosos e diversos. A não ser em trabalhos inaugurais a respeito de textos legais recém-produzidos, ninguém comenta uma lei, a fim de a interpretar, sem se socorrer de experiências intelectuais anteriores. Assim, o trabalho de interpretar leis a fim de obviar a sua aplicação correta consiste muito na tarefa de citar.

Mas não é só no âmbito do Direito que cabe fazer esta observação: ela se aplica a todos os ramos do pensamento humano. Em Filosofia (de Parmênides a Sartre, de Aristóteles a Bertrand Russel, de Pitágoras e Heráclito a Hegel e a Karl Marx...). Em qualquer ciência (como poderia Newton escrever sobre Física sem citar Kepler ou Einstein sem se socorrer de Newton?, ou Fernando de Azevedo sem se socorrer de Émile Durkheim?). Em Crítica Literária (para fundamentar ou para retificar juízos).

Citações extraídas de livros alheios devem ser feitas, obviamente, de acordo com a lei e em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

No Brasil, a regular a questão de direitos de autor, vige atualmente a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Diz ela:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.”

Pode-se invocar também, da mesma lei e do mesmo art. 46, o inciso

“VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique

a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

Como se vê, a lei não determina em que medida se pode citar. Ela não fixa limites quantitativos às citações de textos alheios: ela deixa a quantidade e o limite de linhas a cargo do prudente arbítrio de quem efetua as citações.

Citações com fins de estudo (no sentido lato dessa palavra, evidentemente) não podem ser acoimadas de ilegais.

No campo do Direito, em que os casos exemplares são praticamente todos os livros que se elaboram a respeito de qualquer tema ou problema, vamos citar apenas dois exemplos: o livro *Filosofia do direito*, de Miguel Reale (8 ed., São Paulo: Saraiva, 1978), cita 447 autores; um dos quais, Emanuel Kant, 102 vezes; e um outro, Rudolf Stammler, 57 vezes; Hans Kelsen é citado 54 vezes. O número de autores citados na obra *Tratado de direito privado*, de Pontes de Miranda, em 60 volumes, alcança um número de citações cuja contagem demandaria muito tempo, pois é de milhares de trechos.

Citações em obras literárias

Saindo-se do campo estritamente das ciências, principalmente a do Direito, e passando-se ao campo das produções literárias *lato sensu*, encontramos farta messe de exemplos de obras com imensa e significativa exabundância de citações de livros alheios. Impossível citar todas. Seria por demais extensa uma relação mesmo das mais conhecidas. Não custa nada, contudo, citar, para exemplos, a biografia *Monteiro Lobato: vida e obra*, de Edgard Cavalheiro (2 ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956), livro clássico e paradigmático no gênero, e o longo estudo *História da inteligência brasileira*, de Wilson Martins (São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 1974), – também definitivamente clássico –, nos quais as citações ocorrem não às centenas, mas aos milhares. O ensaio *A cultura popular em grande sertão: veredas*, de

Leonardo Arroyo (Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1984), livro também já clássico no gênero, com texto (incluindo as notas explicativas) de 284 páginas, que contém 693 (*seiscentas e noventa e três*) citações de textos de João Guimarães Rosa, mais de 90% (noventa por cento, com certeza) extraídas do livro *Grande sertão: veredas*. Mencione-se, também, o livro *JGR: metafísica do grande sertão*, de Francis Uteza (Editora da Universidade de São Paulo, 1994): existem nele, com certeza mais de 1.000 citações de textos de João Guimarães Rosa, na grande maioria do livro *Grande sertão: veredas*. Esse número se refere às citações feitas em destaque: não incluem, pois, aquelas, também numerosas, disseminadas e integradas no texto. Refira-se também o livro *O roteiro de Deus* (São Paulo: Editora Mandarim, 1996), de Heloísa Vilhena de Araújo, em que ocorrem mais de 700 (*setecentas*) citações – o volume consta de 554 páginas –, *afora as citações disseminadas ou integradas no texto*, cujo número é também enorme.

Existe um outro volume publicado sobre a obra literária de Guimarães Rosa, intitulado *Veredas de Rosa*, com textos de numerosos autores, editado em Belo Horizonte pela PUC de Minas Gerais. Há textos, em que, em menos de três páginas, aparecem nove citações de trechos de *Grande sertão: veredas*, alguns bem longos. É o caso do texto “Veredas do grande sertão: Às margens da alegria/ À (s) margem (ns) das palavras”, de Adriano Bitarães Netto. O texto “Nada e a nossa contribuição”, de José Alcibíades Rezende Frota, de dez páginas, é todo ele citações literais de Rosa. No texto “Uma leitura de Grande Sertão: Veredas”, de oito páginas, ocorrem 50 (cinquenta) transcrições de textos de João Guimarães Rosa.

No volume *A astúcia das palavras*, organizado por Lauro Belchior Mendes e Luiz Cláudio Vieira de Oliveira, e editado pela Universidade Federal de Minas Gerais, pode ser citado o texto “O tema da mãe terrível em João Guimarães Rosa”, de Ana

Maria de Almeida. São 11 páginas, com 12 citações, uma das quais com 58 linhas. Atenção: 58 (cinquenta e oito) linhas numa citação contínua.

O livro *Guimarães Rosa*, de Assis Brasil, editado pela Organização Simões em 1969, além de numerosas, incontáveis citações de textos de João Guimarães Rosa, contém uma Antologia, da página 121 à página 147, de textos de Rosa.

Essas referências são feitas, repita-se, apenas exemplificativamente.

Instrutivo verificar o aspecto do tamanho (o número de linhas) de cada citação. No livro de Heloísa Vilhena de Araújo referido, uma das citações, a da página 335, tem 36 linhas. Um bom número de citações contém mais de 20 linhas. Em duas páginas (não as únicas com esse tipo de ocorrência), de 164 a 165, aparecem 15 (quinze) citações de trechos de livros de Guimarães Rosa, o que dá uma média de sete citações e meia por página. Na página 51, aparecem duas citações, uma com seis linhas, a outra com 25 (vinte e cinco). Mais: nas páginas 68 e 69, em uma página e meia, ocorrem 14 (catorze) citações. E são citações, na imensa maioria, de um livro só – *Grande sertão: veredas*. Somente no ensaio final, aparecem citações de outro livro de Rosa, *Corpo de baile*. Da vasta e numerosa bibliografia já existente sobre a obra de João Guimarães Rosa, constam, também – e deve ser aqui lembrado como verdadeiro documento –, o livro *Sagarana emotiva*, de Paulo Dantas (Livraria Duas Cidades, São Paulo, 1975), que contém todas as cartas que lhe escreveu e remeteu João Guimarães Rosa. Saliente-se: nem são citações de partes de textos de Rosa, mas textos completos de cartas particulares escritas por ele.

Conclusão

Os números das citações de textos de livros aqui mencionados falam por si mesmos para demonstrar que, em matéria de citações de livros alheios, inexistem limites quantitativos definidos.

Esperamos, com essas observações, ter contribuído para o melhor entendimento atual e futuro dessas duas delicadas questões.

Referências

- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3 ed. Coimbra, Portugal: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1978.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Portugal: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1978.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 22 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1972.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. n. 374 e 375. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à ciência do direito*. 4 ed. Rio de Janeiro: Konfuno Editor, 1967.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1986.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- _____. *Filosofia do direito*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 1978.
- SHARP JÚNIOR, Ronald A. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998.

Apontamentos sobre a tutela patentária de medicamentos no Brasil

Marcelo da Fonseca Guerreiro

Sumário

1. Introdução. 2. A saga evolutiva do direito patentário e as patentes de medicamentos. 3. O Acordo TRIPS e a patenteabilidade dos medicamentos. 4. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo central apresentar um breve panorama sobre a evolução temporal do direito de propriedade industrial e a forma como se dá a tutela de patentes de medicamentos no Brasil.

2. A saga evolutiva do direito patentário e as patentes de medicamentos

A propriedade industrial protege os inventores, pois esses criam uma técnica, ou seja, dão soluções a um problema técnico e, conseqüentemente, devem ter o direito exclusivo de utilizar a técnica desenvolvida.

As patentes, cumpre dizer, são o direito de exploração comercial de uma invenção, com exclusividade e por tempo determinado.

A tutela da propriedade intelectual foi fundamentada na ideia de que quem usa seu talento para produzir progresso e desenvolvimento coletivo merece ser premiado, de forma a encontrar estímulo para continuar trabalhando. Por outro lado, compreende-se que, se não existe o prêmio,

Marcelo da Fonseca Guerreiro é mestre em Direito. Juiz Federal Titular do 7º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro.

o criador não tem motivação para executar ou divulgar o seu invento, trazendo prejuízos à sociedade. Como forma de premiação, foi reconhecido, juridicamente, o direito à propriedade.

O preâmbulo da lei de patentes aprovada pela Assembleia Constitucional Francesa em 1791 e pela Conferência Internacional de Paris em 1878 considera a propriedade intelectual como o mais sagrado dos direitos de propriedade; assim, era impossível distingui-la da propriedade material, embora, no século XIX, surgissem grandes debates sinalizando que, para que uma coisa se sujeitasse ao direito de propriedade, deveria ser capaz de ser possuída com exclusividade por seu dono e que, uma vez que um homem compartilhe suas ideias, já não pode controlá-las, transformando-se em propriedade comum, sendo impossível restituí-las ao dono original.

Hodiernamente, há quem vislumbre que a proteção das criações intelectuais não seja restringida ao instituto da propriedade privada, vez que, mesmo implicando direitos individuais, restritos ao direito privado, na sua proteção e em seu exercício incorporam-se aspectos apontados como de direito público. As criações imateriais, mesmo pertencendo aos seus titulares, têm como destinatário final a coletividade. Daí por que se protege a ideia exteriorizada, e não a ideia em si, enquanto restrita ao domínio interno do intelecto de quem a gesta e concebe.

O direito de propriedade industrial é recente, pois, na Antiguidade, uma solução técnica criada por alguém era considerada bem comum. Os romanos, *v.g.* nada mais faziam que identificar o direito com o objeto material, o produto acabado, o invento. Assim, protegiam apenas a invenção ou obra de arte como objeto tangível, não tutelando a ideia inventiva e criadora que lhe dera origem.

Na Idade Média, era a igreja que determinava e julgava com exclusividade a validade do conhecimento e controlava sua

produção e difusão alicerçada com base em verdades absolutas.

Por sua vez, na Idade Moderna, o homem passa a procurar novas referências, não se submetendo mais à verdade absoluta imposta pela Igreja, indo em busca de sua própria verdade.

Em nosso País, a proteção patentária adveio a partir do Alvará de D. João VI, editado em 28 de janeiro de 1809, sendo que somente com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808 é que a preocupação com o desenvolvimento tanto comercial quanto industrial se tornou relevante. Nesse momento, foram desbloqueados todos os portos brasileiros para que pudessem comerciar com as “nações amigas”.

Na perspectiva de João Gama Cerqueira, o Brasil foi o quarto país do mundo a estabelecer a proteção dos direitos do inventor. O primeiro país a reconhecer teria sido à Inglaterra, pelo *Statute of Monopolies*, de 1623. Depois os Estados Unidos, com a Constituição de 1787, atribui competência ao Congresso para legislar sobre a proteção das invenções, sendo promulgada a primeira lei em 1790. Na França, a Assembleia Nacional, em 7 de janeiro de 1791, votou a primeira lei sobre privilégios de invenção. A esses países seguiu-se o nosso. Contudo, para o autor Vander Haeghen, o Brasil aparece em décimo-terceiro lugar, a partir da primeira lei promulgada de 1830, depois da independência do Brasil (BENETTI, 2006).

Somente em 1945, pelo Decreto-lei nº 7.903, estabeleceu-se, no Brasil, a primeira Codificação de Propriedade Industrial e a mais complexa concernente à matéria. Foi garantida a proteção ao inventor referente às patentes de invenção, de aperfeiçoamento, de processos, de modelo de utilidade, de desenhos e modelos industriais e de variedades novas de plantas. Houve restrições quanto a esses processos, não conferindo direitos, àqueles que fossem contrários às leis, à moral, à saúde, à segurança pública;

os que tivessem por objeto substâncias ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero; os que tivessem por objeto matérias ou substâncias obtidas por meio de processos químicos; as concepções puramente teóricas. O Decreto-lei permitia, contudo, a patente para os processos novos destinados à fabricação de substâncias, produtos ou matérias mencionados e às ligas metálicas e misturas com qualidades intrínsecas específicas, perfeitamente caracterizadas pela sua composição.

O Decreto-lei em questão tratou ainda: a) de fixar as normas que deveriam ser obrigatórias para os contratos de licença e para licença obrigatória; b) de deixar claro os casos em que poderia haver desapropriação da patente tendo em vista o interesse nacional e c) de arrolar os crimes contra a propriedade industrial e os de concorrência desleal, até então previstos no Código Penal de 1940.

No contexto da ditadura militar brasileira, foram editados o Decreto-lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967, que restringiu os direitos, não mais protegendo a patente como modelo de utilidade, e o Decreto-lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969, que manteve o entendimento do decreto anterior.

Posteriormente, a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, veio a restabelecer o sistema anterior, conferindo a patente de invenção, de aperfeiçoamento, de processo, de modelo de utilidade, de desenho e modelo industrial. Restringindo expressamente, além dos casos já previstos pelo Código de 1945, as patentes para os produtos químicos, farmacêuticos, alimentícios e os respectivos processos de fabricação. Nesses setores se considerava área de domínio público.

O Código de Propriedade Industrial de 1971 não concedia privilégios às invenções relativas aos medicamentos e seus insumos:

“Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

b) as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos

químicos, ressalvando-se, porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação;

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;”.

Somente no final do século XX, foi promulgada no Brasil a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que disciplina os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial, conferindo a patente de invenção, o modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e o certificado de adição, bem como a proteção às patentes dos produtos farmacêuticos e dos processos de fabricação. Após a Medida Provisória 2.006/99, foi introduzido um acréscimo ao art. 229, da Lei nº 9.270/96, denominado “229- C”, em relação à dependência da anuência da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para concessão de patentes aos produtos e processos farmacêuticos. Essa medida provisória se converteu na Lei 10.196/01.

Ainda foi editado o Decreto nº 3.201/99, que reza sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei nº 9.279, e, a partir do Decreto nº 4.830/03, pode-se dar licença compulsória para epidemias como Malária, Tuberculose e SIDA, de acordo com o resultado do *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*, assinado em Doha, no Catar, sendo considerado o acordo mais uma das rodadas de negociações realizadas no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, que reconhece os graves problemas de saúde pública enfrentados pelos países subdesenvolvidos.

Pela Declaração de Doha, as políticas de saúde pública devem ter preponderância em relação aos interesses comerciais. O Acordo TRIPS é considerado um importan-

te instrumento de proteção à saúde pública e ao acesso universal aos medicamentos. Sendo assim, em caso de epidemia, qualquer Estado em desenvolvimento poderá, por meio de licença compulsória, permitir que seus laboratórios nacionais produzam o produto patenteado, desde que retribua o valor dos *royalties* do produto produzido e que se verifique situação de emergência nacional ou interesse público.

Pelo texto constitucional brasileiro vigente, a propriedade industrial será assegurada por lei aos inventores industriais, Lei 9.279/96; entretanto, sua proteção deve almejar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País. O interesse no sistema de patentes passa a ser constitucionalizado, pois o Estado tem interesse em socializar a invenção, já que o fundamento das patentes liga-se à ideia de um contrato entre inventor e sociedade de forma que o inventor compromete-se em tornar pública sua criação e recebe em troca a exclusividade por um determinado período.

Essa foi a forma legal concebida para proteger efetivamente os bens produzidos intelectualmente, transformando-os em bens apropriáveis (propriedade), equiparando-os a mercadorias que fazem parte do comércio global. A propriedade intelectual (direitos autorais e propriedade industrial) é tratada pelo Estado como objeto da propriedade privada, igual a qualquer outro tipo de bem.

Aponte-se, por oportuno, que o artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal, dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Nota-se que o legislador introduziu o dispositivo no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. Mesmo assim, tal fato não significa que a propriedade do

inventor industrial seja um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não há um reconhecimento expresso de um direito fundamental do titular de DPI, pois a norma indica que “a lei assegurará”, ou seja, a lei infraconstitucional deverá assegurar proteção jurídica aos inventores, já que as marcas e invenções trazem benefícios, desenvolvimento tecnológico e econômico à sociedade. Por outro lado, o direito à propriedade, de forma geral, expresso no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, é um dos direitos fundamentais da pessoa.

O fato é que os DPI estão garantidos pela Constituição Federal, que também prevê a exclusividade temporária em sua exploração, exclusividade essa que poderia ser confundida com o monopólio e com a dominação de mercados, entrando em choque com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Tal confusão é incorreta e imprópria, como demonstramos a seguir.

O artigo 170 da Lei Maior dispõe sobre a Ordem Econômica e garante o princípio da livre concorrência. Por sua vez, o artigo 173, § 4º, estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário nos lucros”. Dessa forma, a Constituição visa resguardar a livre concorrência de possíveis excessos resultantes da própria liberdade de iniciativa.

Ocorre que, num primeiro momento, poder-se-ia deduzir que os direitos de exclusividade conferidos pelos DPI, que ensejam uma espécie de monopólio legal, estariam contrários ao princípio da livre concorrência garantido pela Constituição. No entanto, não se pode olvidar que as criações intelectuais e as invenções trazem benefícios para a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e tecnológico. A proteção conferida aos DPI é um estímulo para novos investimentos em P&D, para a criação de novas invenções, contribuindo, cada vez mais, para o

desenvolvimento. Por outro lado, a não-proteção dos DPI desestimularia novos investimentos em P&D, prejudicando, conseqüentemente, o surgimento de novas invenções.

É exatamente esse fator estimulador dos investimentos em P&D para a criação de novas invenções, consubstanciado na exclusividade temporária garantida ao titular de DPI, que favorece a concorrência, o desenvolvimento e a tecnologia. Assim, as empresas procurarão investir cada vez mais em pesquisa para a criação de novas invenções, competindo entre si pelas vantagens conferidas pelo direito de exclusividade. Dessa forma, quem ganha com essa competição é a própria sociedade, que poderá valer-se de novos produtos colocados à sua disposição no mercado, o que garante maior desenvolvimento econômico e tecnológico.

Cumpra dizer, por importante, que a patente de medicamentos deve ser compreendida como um instituto paradoxal, pois, ao mesmo tempo em que protege um direito de propriedade, também assegura a continuidade da pesquisa científica (produção de novos e mais eficazes medicamentos).

O setor farmacêutico, destaque-se, caracteriza-se pelo elevado grau de desenvolvimento tecnológico, sendo movido por uma constante busca pela inovação, o que poderá garantir vantagens competitivas no mercado (CAPP, 2003). Assim, o setor depende muito da proteção das patentes, garantida por uma legislação sólida de propriedade industrial a coibir a cópia desautorizada, a fim de recuperar os elevados investimentos em P&D para a criação de novos medicamentos.

Estudos econômicos indicam que a importância das patentes para a indústria farmacêutica pelas próprias características do processo de P&D para a criação de novos medicamentos. Em geral, é necessário aproximadamente mais de US\$ 100 milhões de dólares para descobrir, desenvolver e obter aprovação de órgãos sanitários para um

novo medicamento. A ausência de proteção patentária, ou alguma barreira equivalente, permitiria a empresas imitadoras aproveitar o medicamento aprovado pelos órgãos sanitários às custas do inventor, duplicando os componentes do produto a custos extremamente inferiores aos custos originários despendidos pela empresa inventora. Em geral, os custos de imitação de produtos farmacêuticos são muito baixos se comparados aos custos de inovação para descobrir e desenvolver novos componentes.

Demais disso, vale alinhar que, em âmbito internacional, a criação de um sistema de proteção da propriedade industrial se deu a partir da Convenção da União de Paris, firmada em 1883, em que se reconheceu internacionalmente os subsistemas: das patentes, das marcas e do desenho industrial. Em relação às patentes, existem inúmeros tratados internacionais, regionais e bilaterais, versando sobre diversas matérias (alimentos, microorganismos, etc).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, o direito internacional e, conseqüentemente, os direitos de propriedade intelectual sofreram transformações. Os regimes da União de Paris e de Berna foram importantes, embora novos sistemas devessem ser criados para atender às necessidades de proteção da propriedade intelectual. Em 1960, o Conselho Econômico e Social da ONU empenhou-se em promover o desenvolvimento econômico dos seus Estados Membros, incluindo os direitos de propriedade intelectual.

Por iniciativa brasileira, a Assembleia Geral da ONU adotou, em 1962, uma resolução sobre a propriedade industrial, reconhecendo as patentes como importantes para o desenvolvimento econômico e social. Com o surgimento da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento - CNUCED/UNCTAD (1964) e da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial - ONU-DI (1966), soluções do passado tornaram-se ultrapassadas, era preciso criar uma orga-

nização que se ocupasse, especificamente, da propriedade intelectual. A resposta veio com a “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967, que criou a “Organização Mundial da Propriedade Intelectual” – OMPI/WIPO, com sede em Genebra, que adquiriu o *status* de Organismo Especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1974.

Foi criada, então, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI após sucessivos processos de revisão da Convenção da União de Paris, derivando na Conferência de Estocolmo. Em 2002, numa Conferência sobre o Sistema Internacional de Patentes, realizada em Genebra, na sede da OMPI, destacou-se a necessidade fundamental da evolução de um sistema internacional de patentes para o benefício da sociedade global.

A OMPI, como organismo internacional, rompeu com a velha tradição de a propriedade intelectual ser tratada, internacionalmente, de forma distinta por duas Convenções (Paris – Inventores e Berna – autores). Sua estrutura compõe-se de quatro órgãos principais: Assembleia Geral, Conferência, Comissão de Coordenação e Secretaria Internacional.

A questão se desenvolveu em torno dos aspectos comerciais, inclusive para a propriedade intelectual, mas a OMPI não tinha condições de amparar os conflitos comerciais. Assim, em 20 de setembro de 1986, em *Punta del Este*, durante uma sessão especial dos Ministros do GATT – Acordo Geral de Tarifas Alfandegárias e Comércio, foi iniciada uma nova e importante rodada de negociações multilaterais, conhecida como *Uruguay Round*, que se encerrou em 1994, com a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio. Uma das temáticas debatidas na *Uruguay Round* estava relacionada aos Aspectos Relativos ao Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual – TRIPS.

A inclusão dos aspectos relativos ao comércio dos direitos de propriedade intelectual no GATT caracteriza a importância

dos direitos de propriedade intelectual para o comércio internacional.

Contudo, não se pretendeu desconsiderar as ações da OMPI, mas, sim, somar-se a ela “na tarefa de melhor proteger os direitos de propriedade intelectual, elevando o tema a outro foro, o GATT, isto é, vinculando-se ao comércio internacional”. As relações entre propriedade intelectual e comércio internacional, antes dessa inclusão no GATT, eram imprecisas e indeterminadas, “nem se percebiam as conseqüências que poderiam advir, no mercado internacional, de um sistema mais eficaz de proteção, que poderia trazer maior desenvolvimento tecnológico, mais investimentos diretos do exterior e mais comércio”.

O Acordo TRIPS inclui, pela primeira vez num instrumento internacional, padrões detalhados sobre a proteção de patentes. Claro que não é comparável ao contexto amplo e flexível estabelecido pela Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. O Acordo não pretendeu harmonizar a lei de patentes, deixando espaço aos Estados-membros definirem suas legislações nacionais. O Acordo, entretanto, projetou uma definição razoável do que é uma invenção e de quais são os critérios de patenteabilidade. Para isso, os Estados-membros podem, a partir do Acordo, delimitar uma linha divisória entre “invenção” e “descoberta” e determinar o quanto podem ser rigorosos ou não os requisitos da patenteabilidade.

Consideram-se duas razões fundamentais que justificam a inclusão do Acordo TRIPS no GATT: “o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI e, a segunda, a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional”.

O sistema jurídico brasileiro, depois de sofrer um longo período de exclusão da proteção patentária na área dos produtos farmacêuticos e de alimentos, reintroduziu em sua legislação essa proteção.

O fato é que a antiga lei de patentes, Lei nº 5.772/71, foi estabelecida dentro dos critérios das convenções internacionais. Assim, não era permitida a concessão patentária nas indústrias do setor farmacêutico, químico e alimentício, sendo essas áreas de domínio público.

Entretanto, os resultados da proibição da proteção patentária em relação aos produtos farmacêuticos, no Brasil, tiveram um desfecho diferente do esperado, ou seja, não houve um real crescimento das empresas brasileiras em relação à participação no mercado farmacêutico. Os inventores de novos medicamentos foram discriminados durante muitos anos no Brasil e não geraram nenhum benefício para a sociedade brasileira. Conforme afirma o professor Adelman (1996), especialista internacional em patentes, “as limitações artificialmente impostas na recuperação de investimentos em pesquisas de fármacos não trazem benefício para os consumidores [...] pondo em risco o desenvolvimento de novos remédios para a população”.

A partir da abertura comercial, as indústrias farmacêuticas nacionais e estrangeiras passaram a ter proteção patentária em relação às suas pesquisas. Entretanto, contemporaneamente desenvolve-se o fenômeno da transnacionalização da farmacologia, pois a produção de medicamentos mundiais concentra-se em Estados mais industrializados, formando muitas vezes oligopólios. A sociedade moderna se globaliza em pesquisa e tecnologia, mas não se globaliza na propagação das novas técnicas criadas, por exemplo, em medicamentos para o tratamento da AIDS ou, ainda, na investigação de medicamentos novos para tradicionais enfermidades como tuberculose e malária. Esse é um paradoxo do sistema moderno. A origem do problema do não-compartilhamento da pesquisa científica com outras instituições de pesquisa, inclusive as instituições estatais, está centrada na concepção *normativa* das patentes como direito de propriedade privada.

3. O Acordo TRIPS e a patenteabilidade dos medicamentos

O Acordo TRIPS, firmado em 1994 durante a Rodada Uruguai, determinou que todos os signatários concordam em estabelecer um padrão mínimo de proteção à propriedade intelectual. Diversos temas foram regulados pelo TRIPS, como direitos do autor, marcas, patentes, informações confidenciais e desenhos industriais. A aplicação de tais regras foi assegurada pelo sistema de solução de controvérsias da OMC, que aperfeiçoou o mecanismo de resolução de disputas existente no GATT.

O TRIPS previu a patenteabilidade dos produtos e processos que representem inovação e sejam suscetíveis de aplicação industrial. A proteção à inovação era, nesse sentido, o principal objetivo a ser atingido. Fortaleceu-se, com isso, o vínculo entre a propriedade intelectual e o comércio internacional de tal sorte que a repressão à pirataria deveria estimular os fluxos econômicos entre os membros da OMC.

Os países desenvolvidos consideram o TRIPS um meio de reforçar a disciplina internacional relativa à propriedade intelectual e proteger os investimentos efetuados em P&D. A obrigação de se outorgar patente às invenções em todos os campos da tecnologia teve enorme impacto nos países em desenvolvimento. A patente cria incentivos para a inovação e para a revelação das invenções, remunerando o inventor pelos investimentos que realiza. É necessário observar, contudo, que o sistema de patentes acarreta um custo representado pela possibilidade de abuso do poder de monopólio do titular. A patente pode, também, ser utilizada para bloquear a atividade inventiva de terceiros, com evidente prejuízo para a sociedade. Importa notar que, na maior parte dos casos, são elevadas as despesas governamentais para a gestão do sistema de patentes.

Várias razões costumam ser apresentadas para justificar a necessidade de se conceder patentes aos produtos farmacêuticos.

Em primeiro lugar, a descoberta de novo medicamento requer longo período de tempo e expressivo volume de investimentos. Em segundo lugar, os produtos farmacêuticos podem ser copiados e introduzidos no mercado de forma irregular.

Durante muitos anos, não eram concedidas patentes aos produtos farmacêuticos. Entre os países desenvolvidos, o Japão aprovou, somente em 1976, uma legislação para o setor, ao passo que a Suíça adotou providência similar em 1977. Espanha, Portugal, Grécia e Noruega criaram sistemas de patentes para produtos farmacêuticos em 1992. Até o final dos anos 80, aproximadamente 40 países em desenvolvimento, inclusive os mais populosos, não possuíam sistemas de patente para os medicamentos em geral. Essa atitude se baseava na relevância social dos medicamentos e na crença de que a patente levaria ao abuso do poder de monopólio.

A patenteabilidade dos produtos farmacêuticos acordada durante a Rodada Uruguai elevou o preço dos medicamentos, afetando parcela considerável da população. Em consequência, o direito à saúde ficou gravemente prejudicado, já que diversos grupos sociais não logram obter acesso aos medicamentos de que necessitam.

O Acordo TRIPS não contempla apenas regras sobre a proteção da propriedade intelectual que interessam às nações desenvolvidas. Os Membros da OMC houveram por bem prever exceções à disciplina geral com o propósito de permitir a adoção de políticas públicas em situações expressamente determinadas. O artigo 7 indica que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia capazes de conduzir ao bem estar econômico e social. Procurou-se obter o equilíbrio entre a garantia dos direitos de propriedade intelectual, decisivo para o crescimento do comércio, e a proteção de valores considerados fundamentais. O artigo 8 declara que os Estados podem adotar as medidas necessárias para proteger a

saúde pública e a nutrição, bem como para promover o interesse público em setores vitais para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico. As medidas adotadas devem, todavia, ser compatíveis com o Acordo TRIPS.

Algumas exceções foram consagradas pelo TRIPS à obrigação geral de conceder patentes. O artigo 27 autoriza os membros a restringirem a concessão de patentes se as invenções causarem risco à vida humana ou à saúde. O artigo 30, por sua vez, permite que os Estados limitem os privilégios exclusivos que as patentes conferem. Para que isso aconteça, alguns requisitos devem estar presentes. As exceções serão limitadas aos direitos de monopólio, não poderão impedir a exploração da patente ou prejudicar, de modo não razoável, o interesse legítimo do seu detentor.

Apesar dos esforços empreendidos durante a Rodada Uruguai, não se logrou definir a expressão *exceções limitadas*, constante do artigo 30 do Acordo TRIPS. Há, entretanto, estreita relação entre o artigo 7 e o artigo 30, cuja leitura conjunta leva à conclusão de que os Estados devem compatibilizar a proteção dos direitos do detentor da patente e a necessidade de se considerar o interesse legítimo de terceiros. É possível sustentar que, no caso de doenças como a AIDS, os países em desenvolvimento podem estabelecer restrições aos direitos dos detentores das patentes para reduzir o custo dos produtos farmacêuticos e possibilitar maior acesso aos medicamentos por parte da população mais pobre. Os países dispõem da faculdade de regular o exercício dos direitos que a patente confere para alcançar a realização do interesse público. A licença compulsória surge, nesse contexto, como importante instrumento para aumentar a oferta de medicamentos a preços reduzidos.

4. Conclusão

Essas são as linhas gerais da tutela patentária de medicamentos no Brasil.

As patentes de produtos farmacêuticos constituem um direito exclusivo para produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar com esses propósitos o medicamento. A exclusividade confere ao titular da patente um monopólio legal que pode ou não ser usado de forma abusiva para limitar a concorrência ou abusar do poder econômico.

É por essa razão que muitos países em desenvolvimento, liderados pelo Brasil, vêm tentando demonstrar à comunidade internacional que, apesar da importância dos DPI para estimular investimentos em inovação e desenvolvimento de novas tecnologias, tais direitos devem sofrer certas limitações para que seja possível a repressão a práticas abusivas provocadas por seus titulares, que podem prejudicar o acesso a medicamentos essenciais a preços razoáveis pela população dos países em desenvolvimento.

Cumprido esclarecer, por final, que o Brasil, como país em desenvolvimento, deveria utilizar-se mais das alternativas oferecidas pelo Acordo TRIPS e elaborar instrumentos legais e políticas públicas que se destinem a explorar as potencialidades oferecidas pela licença compulsória para assegurar maior equidade social no acesso aos medicamentos. Nesse contexto, a manutenção da flexibilidade instituída pelo Acordo TRIPS é indispensável para que isso aconteça. A pressão para que a licença compulsória não seja concedida e as frequentes tentativas de se interpretar o Acordo TRIPS de forma restritiva são profundamente nocivas aos interesses do País, retirando-lhe a perspectiva de executar políticas públicas que evitem a morte e melhorem as condições de saúde de parte considerável da população.

Referências

ALDEMAN, Martin J.; BALDIA, Sonia. *Prospects and limits of the patent provisions in the TRIPS Agreement*. Vand. J. Transnat'l L. v. 29:391, 1996.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRITO, Maria Carmem de Souza et al. *Legislação sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAPP, Débora Andrade. A função social da propriedade intelectual. In: FONSECA, Antônio (Org.). *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo, Cultrix, 1982.

BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. *A tutela de medicamentos na sociedade globalizada*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa comunidade global*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

CORREA, Carlos M. *Acordo TRIPS: quanta flexibilidade há para implementar os direitos de patente?*. DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria. (Org.). In: *Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Unijuí, 2003.

GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual - da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MEDICOS SEM FRONTEIRAS. *Lançando apelo internacional por novos tratamentos para doenças negligenciadas*. Disponível em: <<http://msf.org.br>>. Acesso em: 30 jun. 2005.

PENROSE, Edith. *La economía del sistema internacional de patentes*. México: Siglo Veintiuno editores, 1974.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Trad. Antônio de P. Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

SILVA, Ana Paula Jucá da Silveira e; VALLINI, Juliana Vieira Borges. *Propriedade intelectual e saúde pública*. In: Consulex, ano VII, n. 163, 2003.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da propriedade industrial: patentes e seus sucedâneos*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998.

UNITED NATIONS. *A more secure world: our shared responsibility*. Report of the highlevel panel on threats, challenges and change, 2004, doc. A/59/565.

Controle externo brasileiro

Poder Legislativo e Tribunal de Contas

Wremyr Scliar

Sumário

1. Introdução. 2. O controle moderno – Revolução Francesa. 3. Sistema de controle externo brasileiro. 4. O controle externo na Constituição de 1988. 5. O controle interno na Constituição de 1988. 6. O Tribunal de Contas. 6.1. Tribunal de Contas (1988): natureza – evolução. 6.2. Organização do Tribunal de Contas. O modelo da União. 6.3. Os auditores do Tribunal e o Ministério Público. 6.4. Remuneração. 6.5. Quadro próprio de pessoal. 7. Similaridade dos Tribunais de Contas com Tribunais Judiciais. 8. Área de ação controladora do Tribunal de Contas da União. 9. Posição constitucional do Tribunal de Contas da União. 10. O Poder Legislativo como sede política do controle externo. 11. Conclusões.

1. Introdução

A compreensão do sistema de controle externo brasileiro adotado pela Constituição de 1988, a saber, o controle incidente sobre a administração pública em suas esferas federal, estaduais, municipais e distrital, exige a análise das relações políticas, institucionais e jurídicas entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas.

O modelo republicano e democrático adotado na Constituição de 1988 inspira-se, com as suas peculiaridades próprias, no modelo francês.

Wremyr Scliar é Mestre em Direito do Estado. Professor especialista de Direito Administrativo, Faculdade de Direito, PUC-RS. Auditor Substituto de Conselheiro, aposentado e Diretor da Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena do Tribunal de Contas – RS.

2. O controle moderno – Revolução Francesa¹

Com efeito, na Revolução de 1789, um dos valores adotados na Declaração era a afirmação de que todas as pessoas têm direito de conhecer a respeito dos fatos da administração pública e exigir prestação de contas dos administradores.

Na Declaração de 1789, estatui-se, pela primeira vez na História, o controle da administração pública financeira e tributária, como direito político universal, tanto na determinação da contribuição pública como a cobrança, fiscalização da arrecadação e exigência da prestação de contas dos administradores.

São os direitos inscritos nos artigos 14 e 15 da Declaração:

“Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente, ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe a alíquota, base de cálculo, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir, a todo agente público, que preste contas de sua administração.”

A conquista da burguesia modificaria a História.

Nessas duas cláusulas declaratórias, comprova-se:

No art. 14, o valor igualdade, erigido em princípio declarado quando afirma a todos os cidadãos (certamente os cidadãos ativos, para os quais a generalidade igualitária é

uma das bandeiras da Revolução Francesa) e lhes atribui um determinado direito, que é o de verificar a necessidade da contribuição pública.

Impressiona como os revolucionários, lembrando a Carta Magna, também impuseram aos governantes a limitação do poder de tributar, exigindo que a cobrança dos tributos fosse aquela apenas necessária ao Estado.

A cada cidadão (democracia direta e assembleísta – a razão do Iluminismo – não colocada acima dos sentimentos e da subjetividade) é atribuído o direito de consentir e fiscalizar. Verificar (direito individual) é consequência desses direitos; logo, também é racional.

O direito também se exercia por meio de representantes (a democracia indireta, por delegação). Os escrúpulos e restrições sobre os quais Rousseau havia teorizado estão presentes nas alternativas de democracia direta ou delegada.

Igualdade, democracia, necessidade e, ainda, consentimento para a contribuição pública são direitos liberais, individuais do homem e do cidadão.

Soma-se ao valor igualdade o mais antigo anseio da humanidade – a liberdade, mediante o livre consentimento para a cobrança da contribuição pública.

A cláusula décima quarta também contém outro valor, surpreendente para a época: fiscalizar o seu emprego (das contribuições). Como na igualdade e liberdade, em relação ao consentimento das contribuições públicas, o direito é atribuído aos cidadãos pessoalmente ou por meio de seus representantes.

O controle externo do Poder Executivo estava finalmente erigido em valor-princípio inscrito na cláusula declarada e que serviria de preâmbulo à primeira Constituição republicana francesa.

Normas de qualidade e acuidade técnicas surpreendentes e com natureza funcional completam a Declaração: todos os cidadãos, em igualdade e livremente, têm o direito de fiscalizar o emprego e

¹ A leitura sobre a Revolução Francesa aproveitada para este trabalho: BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2006. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. LISSAGARAY, Hippolyte Prosper Olivier. *História da comuna de 1871*. Tradução de Sieni Maria Campos. São Paulo: Ensaio, 1991. MARX, Karl. *A guerra civil na França*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Vitória, 1961. HOBSBAWN, Eric. *Ecoss da Marselhesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e a duração da contribuição pública. São normas que se dirigem diretamente à eficiência e eficácia controlada, determinando-lhes o objeto no mais recôndito âmago da atividade financeira e tributária do Estado.

O artigo 14 é um real paradigma de efetivação da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da observância do cumprimento do interesse coletivo público, no sentido financeiro e administrativo².

É paradigmamente uma norma de direito administrativo e financeiro, com a clareza e funcionalidade jamais alcançados até então. Somente se pode deduzir a sua precisão como produto e consciência política burguesa como conhecedora de meios técnicos aprimorados para impor aos governantes, além dos valores referidos, o princípio da estrita legalidade financeira e tributária.

O artigo 15, seguinte, é consequência do direito de consentimento (a soberania do cidadão) e do direito de fiscalização da contribuição pública.

Ele atribui à sociedade o direito de pedir, a todo agente público, que *preste contas* de sua administração. Qualquer agente público da mais alta dignidade ao mais modesto estão iguados na obediência à sociedade.

A cláusula também apresenta a real concreção da liberdade (direito de pedir) e da igualdade (a todo agente público), situando a administração pública como serviente e existencial à sociedade. Quando o texto do artigo 15 usa o termo sociedade (e não cidadão) como no antecedente artigo 14, está-se dirigindo ao homem como ser social.

Prestar contas é exercício de democracia, inspirada na *Ágora* e no direito romano (censores).

Fundem-se nos artigos 14 e 15 todos os valores históricos apropriados pela burguesia no 14 de julho.

² O controle é meio e sua eficiência e eficácia são constantemente aperfeiçoados. A Revolução o introduz na era moderna.

Resumidamente, os artigos 14 e 15 declaram aos cidadãos os seguintes valores notáveis históricos e revolucionários, embora carecedores de Tributos de direitos subjetivos, principalmente pela ainda ausência de um órgão estatal de controle concretizador desses mesmos valores:

- direito de verificar;
- pessoalmente ou por seus representantes;
- a necessidade da contribuição pública;
- consenti-la livremente;
- fiscalizar o seu emprego;
- determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e sua duração;
- a sociedade tem direito de pedir;
- a todos os agentes públicos prestar contas da sua administração.

A Revolução Francesa cria o direito administrativo e financeiro como normatizador de atividade financeira do Estado, tendo por fundamento a igualdade, a liberdade, a democracia e a legalidade. Institui também o valor financeiro relativo à prestação de contas, etapa última e indispensável de atividade financeira estatal³.

Apesar da relevância histórica, especialmente para os tempos contemporâneos, a experiência francesa não foi a primeira sob o ponto de vista da cronologia histórica.

A história do controle é mais antiga.

Os hebreus tiveram uma espécie de controle ético, baseado em uma democracia religiosa, na qual, perante a lei divinizada, todos eram iguais.

³ Prosper Weil e Jean Rivero, autores administrativistas franceses, salientam a criação do direito administrativo; acresce-se o direito financeiro. São “produtos de exportação” da Revolução Francesa. O Direito Financeiro tem uma norma histórica fundamentada na Inglaterra, imposta pelos barões do Rei Jaime em 1293: “No taxation without authorization”. Um século após, impunham outra condição ao Rei: não apenas cobrar tributo autorizados (pela representação), mas também somente gastar no que lhe for permitido. São os primeiros valores que evoluíram para os modernos princípios orçamentários e que constam das constituições democráticas.

Em Atenas, os gregos possuíam a figura do auditor a quem incumbia a exigência de prestação de contas dos administradores, assim como em Roma o cargo de censor, embora desprovido de alguns atributos próprios da magistratura, era exercido com rigor e assim respeitado.

3. Sistema de controle externo brasileiro

No sistema brasileiro atual, o controle externo é atribuição do Poder Legislativo, a quem incumbe, em primeiro plano, o julgamento político das prestações de contas do Chefe do Poder Executivo (isso ocorre em todas as esferas federativas, simetricamente). O julgamento é precedido pela emissão, independente, de um parecer prévio do Tribunal de Contas e ele é peça político-institucional e jurídica indispensável para o exercício dessa competência a cargo das Casas Legislativas. Daí a expressão “com o auxílio” do Tribunal de Contas é exercido o controle externo pelo Poder Legislativo.

Outras competências, contudo, também indispensáveis ao controle amplo e abrangente da administração pública, estão afetas diretamente ao Tribunal de Contas, que as exerce de forma igualmente independente, em âmbito fiscalizatório absolutamente próprio – *v.g.*, os exames de legalidade dos atos de admissão e de inativação dos servidores públicos.

Esse sistema, complexo e que em seu amplexo é uma característica da democracia e da república moderna, constitui o objeto do presente estudo. A individualidade autônoma dos entes de Estado no exercício dessas competências, assim como a intrincada relação entre eles, uma colaboração republicana à qual o texto constitucional conceitua como auxílio do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo.

4. O controle externo na Constituição de 1988

Dispõe o artigo 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responde, ou que, em nome desta, assume obrigações de natureza pecuniária.”

O dispositivo inicia a Seção IX (e última) do Capítulo I – Do Poder Legislativo (Título IV – Da Organização dos Poderes).

Trata-se da derradeira competência constitucional atribuída ao Poder Legislativo, exercida por ambas as Casas.

Determina o dever-poder de fiscalização exercido pelo Congresso Nacional, mediante controles externos e internos.

Qual o significado de fiscalização, exercida mediante controle?

A fiscalização é um meio de verificação que não possui a amplitude do controle. Controle é o gênero de fiscalização.

A fiscalização sediada no Poder Legislativo, exercida mediante controle externo e, portanto, em bases técnicas, é de natureza política no sentido finalístico. Controle externo ou interno, de outro lado, é eminentemente técnico, ainda que ambos tenham a mesma matriz de dever-poder.

Ao atribuir ao Poder Legislativo o exercício da competência fiscalizatória no elenco que enumera, a Constituição, na primeira parte do artigo 70, demonstra-se coerente com o princípio do Estado Democrático de Direito que institui em 5 de outubro de 1988.

Na tradição das Constituições anteriores, ainda que não tenha tão alargada a

competência, o Poder Legislativo – preeminente entre os Poderes e Instituições de Estado harmônicos e independentes, mas colaborativos – é o representante eminente do povo, não apenas na função primeira de elaborar o estatuto do Estado e da Sociedade, mas também na função não menos importante de fiscalizar a administração pública direta e indireta.

São conteúdos fiscalizatórios⁴:

- contábil – não apenas na contabilidade pública, mas também na privada, porque o universo abrangido pela fiscalização contábil insere os entes de direito público (administração direta, autarquias e fundações com natureza pública) e os entes de direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações estatais com natureza privada). A finalidade é a verificação dos registros e sua confiabilidade, bem como servir de base para as demais funções de fiscalização;

- financeira – a atividade financeira, como observado, destina-se a obter recursos que ingressam no Estado sem condição no passivo e serão utilizados para a satisfação das necessidades públicas, coletivas ou individuais;

- orçamentária – trata do planejamento, elaboração, normatização e execução orçamentários. São as peças fundamentais da atividade financeira do Estado – prevendo as receitas e determinando as despesas. São três: Orçamento Anual ou Fiscal, Orçamento Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias;

- operacional – introduzida na Carta de 1988, a fiscalização operacional se dirige essencialmente aos atos e fatos da administração pública e objetiva aquilatar o cumprimento de normas que determinam as ações estatais. Como inovação constitucional, é instrumento de avaliação e aprimoramento de tarefas executivas;

- patrimonial – a mais antiga das ações fiscalizatórias, juntamente com a financeira,

tem por objeto os bens que compõem o patrimônio público – não apenas imobiliário, também dinheiros, títulos e valores. Também se dirige aos bens móveis permanentes e de consumo.

Ao qualificar a fiscalização com o advérbio “quanto” no *caput* do artigo 70, a Constituição impõe três princípios à ação fiscalizatória: legalidade, legitimidade e economicidade, além dos objetivos fiscalizatórios de aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

- legalidade – a fiscalização quanto à legalidade, aliás, incluída no *caput* do artigo 37, que rege a Administração Pública, não se limita a fiscalizar o cumprimento da estrita legalidade, mas da concordância com o espírito da lei, como conformidade aos demais princípios constitucionais e que compõem o interesse público – garantia normativa dos direitos fundamentais;

- legitimidade – é a fiscalização da ação administrativa na sua adequação e conformidade com o sistema jurídico;

- economicidade – relevante objeto de fiscalização, com ênfase na eficiência (como na operacionalidade), atento ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, excede os limites do custo-benefício da economia privada para avaliar os resultados pretendidos e os obtidos segundo os princípios financeiros – dos quais sobressai a satisfação das necessidades públicas.

- aplicação de subvenções é a utilização de dinheiros públicos (que são transferidos sem retorno) com as condições que a legislação lhes impõe. Em resumo, como na renúncia de receitas, trata-se de fiscalizar a administração financeira, sob os mesmos princípios enunciados no artigo 70.

Além dos princípios referidos no artigo 70, impende salientar que a Administração Pública submete-se, conforme o artigo 37, *caput*, aos princípios de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, além dos enunciados princípios incluídos nos incisos do artigo 37 – *v.g.*, licitação, concurso público, responsabilidade

⁴ A classificação e as definições são do autor.

civil, além dos demais princípios aplicáveis (v.g. igualdade, informação) explícitos ou implícitos.

Na fiscalização determinada pelo artigo 70 da Carta Federal, imbrica-se e com ela é conexas a ação integral da administração pública, cujo fim é a realização dos direitos humanos.

Observa-se, por igual, que o disposto no artigo 70 é modelo obrigatório, em razão da simetria federativa adotada em 1988, para as Cartas Estaduais, ou seja, a fiscalização atribuída como dever-poder ao Congresso Nacional é também dever-poder das Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e à Câmara Legislativa do Distrito Federal.

O objeto da fiscalização dos entes federados são, respectivamente, as administrações públicas estadual, municipal e distrital, sob os mesmos princípios referidos e no elenco fiscalizatório determinado pelo artigo 70.

A administração pública, como observado, expande-se nos Poderes, Ministério Público e Tribunal de Contas, nos níveis federativos respectivos.

O parágrafo único do artigo 70 nomina o universo dos que prestam contas: qualquer pessoa física ou entidade pública e as ações das quais é devida a prestação de contas⁵.

Dispõe ele:

“Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde ou gere dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.”

As operações citadas – utilize, arrecade, guarde ou gere – abrangem, propositalmente, a administração pública direta e indireta, inclusive, na última, quando

⁵ Esse elenco daqueles que prestam contas não deixa margem a dúvidas: nele se insere desde o Presidente da República até o mais simples servidor do menor dos municípios brasileiros.

for pessoa de direito privado. É a razão do termo “gerencie”, definição típica da atividade privada. Mas o elenco de operações é meramente enunciativo – não clausulado, porque outras operações financeiras ou ações administrativas – cujo elenco é amplo, também se inserem no rol de atividades fiscalizadas.

Aos entes federados mencionados, também se aplica o parágrafo único do artigo 70, em face da simetria federativa, imposição constitucional cogente em razão de modelo obrigatório adotado na Carta de 1988.

De outro lado, como auxílio ao controle externo, dispõe o artigo 71 da Constituição de 1988: “Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...)”.

Segue-se no texto constitucional o elenco de competências do Tribunal de Contas da União, impositivo para as demais Cortes de Contas, no que couber, em cumprimento ao artigo 75 e seu parágrafo único.

O “auxílio” prestado pelo Tribunal de Contas da União não é a única competência, embora mais relevante; outras competências se elencam para o Tribunal de Contas (adiante analisadas).

5. O controle interno na Constituição de 1988

O controle interno, referido na parte final do artigo 70, e o sistema de controle interno de cada Poder, cumpre ressaltar, são apoiadores do controle externo (inciso IV do artigo 74).

Dispõe o artigo 74, *caput* e incisos:

“Artigo 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos;

- II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV – apoiar o controle externo no exercício da sua missão institucional.”

O parágrafo único estabelece a responsabilidade solidária quando os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, não derem conhecimento ao Tribunal de Contas da União.

O controle interno possui atribuições como as do inciso II, sem prejuízo de idênticas atribuições (as demais) deferidas ao controle externo.

Não se trata de superposição de atribuições, mas de níveis distintos.

O controle interno – geralmente chefiado por contador-geral – é integrado por servidores públicos qualificados e tem a função de apoiar, em primeiro plano, o controle externo.

Atua na própria intimidade da Administração Pública – daí porque é interno – e, embora dotado de autonomia funcional para a execução dos deveres constitucionais, não é dotado de poderes, entre eles, ausente o poder de polícia, atributo indispensável do controle externo.

Exerce suas atribuições em âmbito federal, estadual e distrital mediante um sistema de forma integrada nos Poderes.

Isso implica que as Instituições de Estado, Ministério Público e Tribunal de Contas têm o seu controle interno próprio, excluído do sistema integrado.

Nos Municípios, o controle interno também forma um sistema, mas situado no Poder Executivo (artigo 31).

No Estado do Rio Grande do Sul, a Administração Estadual manteve o antigo

órgão de controle interno, localizado na Secretaria da Fazenda estadual e denominado CAGE – Controladoria e Auditoria Geral do Estado.

Além do sistema integrado previsto no texto constitucional, também exercem o controle interno os recém-instituídos Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional da Justiça Federal e a Controladoria Geral da União, atuantes sobre os órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e unidades administrativas do Poder Executivo da União⁶.

6. O Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas, paradigmaticamente nacionalmente como modelo para o Tribunal de Contas da União, está regido no artigo 71 e seguintes da Carta de 1988. A Constituição não define sua natureza jurídica.

A sua denominação (Tribunal), a localização constitucional no Poder Legislativo e a qualificação de suas competências (como apoio ou colaboração) são questões tormentosas que não encontram pacífica conceituação na doutrina; no Poder Judiciário, as decisões são discrepantes.

Necessário, pois, enfrentar essas questões, salientando-se que, embora o artigo 71 discipline o Tribunal de Contas da União, por força do artigo 75, como já dito anteriormente, é ele modelo obrigatório para os demais Tribunais ou Conselhos de Contas do Brasil, segundo a simetria federativa adotada na Carta de 1988.

A dissertação se concentra, quanto a esse órgão – Tribunal de Contas –, na sua natureza, competência e organização e o referirá no singular, entendido assim que

⁶ Embora o Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 12, relator Ministro Ayres Britto, tenha conceituado, equivocadamente, os novos Conselhos Nacionais da Justiça, como órgãos de controle externo, o próprio Conselho Nacional de Justiça, reiteradamente, autotransforma-se, corretamente, como órgão nacional de controle interno.

a citação singular também é válida para os demais Tribunais ou Conselhos de Conta.

Como resultado da longa evolução histórica acima assinalada, o controle e seu agente Tribunal de Contas são a mais afirmativa criação independente e técnica do Estado.

Nenhuma empresa privada ou ente privado, por mais poderosos que possam ser – e muitos o são – possuem a independência de controle que o Estado se autoconstituiu.

Não mais do que mil empresas privadas (complexo industrial, militar, química, informática, infraestrutura, aeronáutica, bancos, minérios) detêm o mesmo valor do produto nacional público da soma dos Estados do planeta.

Nenhuma delas, contudo, possui o sistema de controle externo, como realização democrática e dos direitos humanos, que qualquer Estado civilizado dispõe, com a independência política e técnica, mesmo comparadas ao Estado mais empobrecido da África ou da América Latina.

As empresas privadas valem-se, para o controle especializado, de empresas de auditoria, cujos relatórios não têm força de poder de polícia (obrigatórios para o sistema financeiros e securitário, como nos países europeus, Estados Unidos ou Brasil – Lei nº 4.595/64).

As últimas falências (para ficar nas mais recentes) nos Estados Unidos ou nas empresas financeiras no Brasil, contavam com pareceres favoráveis de auditoria independente.

Isso permite concluir o grau de aperfeiçoamento e qualificação fruto da independência da qual está dotado, modernamente, o sistema de controle estatal.

Conclui-se: o controle externo da administração pública é instrumento da democracia, realização da cidadania e dos direitos humanos – indisponível e indelegável, fundado no princípio do interesse público⁷.

⁷ O controle externo se integra no Estado Democrático de Direito, indisponível e indelegável. De resto, não há administração pública evoluída sem o dever-controle independente.

6.1. *Tribunal de Contas (1988): natureza – evolução*

A questão principal a respeito do Tribunal de Contas é o exame e conclusão sobre a sua natureza jurídica, que se reflete na sua organização e competências.

Viu-se antes que a iniciativa de criação do Tribunal de Contas coube a Ruy Barbosa, como Ministro da Fazenda, ao alvorecer da República.

Embora não tenha sido implantado, o Tribunal de Contas previsto no Decreto no 966-A, de 7 de novembro de 1890, firmado por Manoel Deodoro da Fonseca e Ruy Barbosa, Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, respectivamente, foi o embrião do Tribunal na Carta de 1891.

A peça legal para a primeira abordagem sobre a sua natureza não é exatamente o texto do decreto, de resto singelo, mas a Exposição de Motivos, longa e minuciosa, obra jurídica e literária de Ruy Barbosa.

Dirigindo-se ao Generalíssimo, que firmaria o Decreto, inicia Ruy Barbosa a Exposição de Motivos com a oração de fé na “democracia”, “Constituição livre”, “como base da democracia” e “o julgamento popular”.

Em seguida, Ruy Barbosa afirma que, para o Governo Provisório coroar as suas obras (a República), faltava-lhe a mais importante providência, exigência que uma “sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes”.

Referia-se o então Ministro da Fazenda e autor do texto do Decreto proposto na Exposição de Motivos do Decreto nº 966-A à:

“necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menos sacrifício dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saíbo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as von-

tades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado.

Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhum há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos⁸.”

Apontando os requisitos de estabilidade de qualquer forma de governo constitucional, dos quais salienta o orçamento, o qual deixa de ser uma “contribuição formal”, preconiza que se revista do “caráter de uma realidade segura, solene, inacessível e transgressões impunes”.

“Acautelar e vencer esses escusos” que atentam contra a lei, inspirados em oposição ao “interesse geral”. Esse foi sempre, diz Ruy Barbosa, o empenho de todas as nações regularmente organizadas desde que os orçamentos deixaram de ser “l'état du roi”.

Para a instrumentação desse “acautelar e vencer”, para superação do “l'état du roi”, para que a lei das leis (orçamento) se transforme na realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes, Ruy Barbosa propõe a instituição do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas será apenas a tarefa política da missão de um governo que proclamou a República, propôs ao país uma Constituição livre para firmar as instituições democráticas em bases sólidas – o Tribunal de Contas é o ente (futuramente constitucional) integrante das instituições democráticas que garantem que as mesmas instituições democráticas se firmam em bases sólidas.

Acresce Ruy Barbosa:

“Cumprir à República mostrar, ainda neste assumpto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regimento constitucional

⁸ O documento original do Decreto nº 966-A e sua Exposição de Motivos encontram-se na Casa de Ruy Barbosa, instituição privada criada pelos Tribunais de Contas. O autor teve acesso a uma cópia reprográfica. Dela são as transcrições seguintes.

em que vamos entrar, o orçamento federal.

Se não conseguirmos este *desideratum*: si não pudermos chegar a uma vida orçamentaria perfeitamente equilibrada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro.

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentaria defeituoso em seu mecanismo e fraco de sua execução.

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós em vão, desde que neste país se inauguraram assembléias parlamentares⁹.”

Melhor sorte teve o projeto de Ruy Barbosa do que os projetos anteriores, ainda que não instalado o Tribunal ali previsto, o que ocorreria com a Carta Republicana de 1891.

Para Ruy Barbosa, não se tratava apenas de criar um Tribunal de Contas. Sua ideia política era essencialmente republicana, democrática, moralizadora, um escudo protetor do Tesouro, com força punitiva em caso de transgressão ao seu objeto principal (e único) – acautelar e vencer os atentados contra a lei das leis – o orçamento.

Diz Ruy Barbosa:

“Mas para a edificação republicana esta reforma deve ser uma das pedras fundamentais.

⁹ BARBOSA, Ruy. *Exposição de motivos ao decreto nº 966-A*. Transcrição do texto grafado no original.

A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentárias da receita e despesa a uma corporação com as atribuições que vimos de expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze constituições, onde se consigna o princípio do Tribunal de Contas¹⁰.”

O Ministro da Fazenda a seguir enumera dois tipos de Tribunal de Contas: um, no modelo originário da França e adotado pela Suécia, Espanha, Grécia, Sérvia, Romênia e Turquia, além dos “dois” grandes Estados centrais da Europa – Alemanha e Império Austro-Húngaro supostamente.

O segundo adotado no modelo da Itália, perfilado pela Holanda, Bélgica, Portugal (há quatro anos), Chile (há dois anos) e recentemente o Japão – considerada a data do projeto.

Ruy Barbosa explicita sobre os sistemas de controle dos Tribunais de Contas: no primeiro grupo, “a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas ou pagas, além das faculdades do orçamento”.

No segundo grupo, “a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal”.

Para Ruy Barbosa, o segundo sistema é o mais adequado, satisfaz a finalidade da instituição.

Explicita:

“Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para

os punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças¹¹.”

Prossegue Ruy Barbosa na Exposição de Motivos historiando a respeito do projeto de 1845 para a criação de um Tribunal de Contas elaborado por Manuel Alves Branco. Transcreve-o integralmente, frustrado, como já se viu, segundo Ruy Barbosa:

“Mas, como não é de estranhar, atente a importância do assumpto, a idéa adormeceu, na Mesa da Câmara, desse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que podiam criar incômodos à liberdade da politicagem eleitoral. E quarenta e cinco anos deixou a monarquia entregue o grande pensamento ao pó protetor dos arquivos parlamentares¹².”

Ruy Barbosa, com suas costumeiras lições, esmiúça o modo operacional do Tribunal belga e do Tribunal italiano, salientando que, neste último, com competências além do orçamento e das finanças, transpôs ele a linha divisória, forçando a natureza da instituição. Ruy Barbosa era severo quanto à rigorosa e estrita obediência à lei orçamentária, pretendendo alheio o novo Tribunal à matéria estranha.

¹⁰ BARBOSA, Ruy. *Op. cit.*

¹¹ BARBOSA, Ruy. *Op. cit.*

¹² *Idem.*

Da Exposição de Motivos, aula magna inaugural do Tribunal de Contas da República, pode-se concluir que o Tribunal nasce sob os seguintes valores (coligidos e transcritos no peculiar estilo de Ruy Barbosa)¹³:

- o Tribunal de Contas é uma instituição democrática;
- resulta de uma Constituição livre destinada a firmar constituições democráticas em bases sólidas;
- providência de uma sociedade política bem constituída, exigida dos seus representantes;
- o Tribunal de Contas é um corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura;
- cercado de garantias, com atribuições de revisão e julgamento;
- exerce funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil;
- os membros do Tribunal de Contas são nomeados pelo Presidente da República, sujeitos à aprovação do Senado;
- gozarão seus membros das mesmas garantias de inamovibilidade dos membros do Supremo Tribunal Federal;
- incumbe-lhe o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República;
- todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos de Ministérios, que sejam suscetíveis de criar despesas ou interessar às finanças da república, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará quando reconheça que não violem disposição de lei nem excedam os créditos votados pelo Poder Legislativo;
- julgará anualmente as contas de todos os responsáveis pelas mesmas, independentemente dos Ministérios a que pertençam, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e, quando não o cumprem, mandando proceder na forma de direito.

¹³ Resumo da Exposição de Motivos de Ruy Barbosa elaborado pelo autor.

Como se verifica, o Tribunal é instituído no movimento político da Proclamação da República, instrumento democrático e autônomo, cercado de garantias, e seus membros predicamentados com a inamovibilidade dos magistrados da Corte Suprema.

Também Instituição constitucional, é corpo de magistratura intermediária¹⁴ entre o Poder Executivo e o Legislativo. Suas atribuições, rigorosas e severas, examinam, revisam e julgam as operações previamente. Sua negativa de registro impede a publicidade e a execução, sempre sob o critério da inviolabilidade da lei.

Em 8 de outubro de 1896, a Lei nº 392, que ainda se denominava como as demais por decreto, atribuiu ao Tribunal de Contas, além da função de fiscal da administração financeira (art. 2º, § 1º, nº I), a sua isonomia de funcionamento “como Tribunal de Justiça com jurisdição contenciosa e graciosa” (art. 2º, § 1º, nº II) mediante processo em estilo judicial (artigos 3º e 4º), no julgamento e revisão das contas a ele devidas.

Nos *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, Ruy Barbosa define-o com precisão (na grafia da língua portuguesa à época de Ruy Barbosa):

“Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*.

(...)

Corpo da magistratura intermediária á administração e á legislatura, que collocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer funções vitais no organismo constitucional (...)

(...) sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa ver-

¹⁴ A definição é de Ruy Barbosa na referida Exposição de Motivos.

dade, de que fala entre nós, em vão, desde que neste paiz se inauguraram assembléias parlamentares¹⁵.”

Nasce com a incumbência de, juntamente com a necessária reorganização financeira para atendimento das necessidades públicas, atuar firmemente no exame e julgamento do fiel cumprimento às leis.

É uma nova Instituição republicana e democrática, que, constitucionalizada em 1891, vai firmar com os Poderes a sólida base institucional, somente interrompida nos intervalos extraconstitucionais.

Republicano e democrático, o Tribunal de Contas no Brasil somente exerceu suas amplas funções vitais enquanto vigente o sistema democrático. Em 1938, logo após a decretação do Estado Novo, o governo colocou em recesso o Tribunal de Contas e os Tribunais de Contas estaduais e Conselhos de Contas municipais. Em 1946 reinstalaram-se as Cortes de Contas, com a redemocratização do país.

O episódio que dá origem ao recesso ditatorial do Tribunal remonta à época do Ministro Thompson Flores, quando, por seu voto, a Corte rejeitou as contas do Presidente da República relativas ao exercício de 1936, na sessão do Pleno de 26 de abril de 1937. Colocado em disponibilidade, o Ministro aposentou-se em 1950. O episódio é revelado pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (2005, p. 351)¹⁶.

Instituição vital ao Estado Democrático de Direito, sem ser poder é-lhe atribuído dever-poder para fiscalizar os Poderes, o Ministério Público e exercer o seu autocontrole.

Sua natureza jurídica, além da histórica e autêntica interpretação extraída de Ruy

¹⁵ Citados por Miguel Seabra Fagundes (1976, p. 393 e ss), em conferência de 12 nov. 1975. Os anais estão arquivados nas bibliotecas do Tribunal de Contas da União e na Casa de Ruy Barbosa, no Rio de Janeiro.

¹⁶ Originado de Conferência proferida na Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena do Tribunal de Contas em 26 out. 2004.

Barbosa, na sua doutrina e na Exposição de Motivos, encontra em Seabra Fagundes e Castro Nunes outras lições, cuja importância merece reprodução.

A respeito da natureza jurídica do Tribunal de Contas, Castro Nunes (apud FAGUNDES, 1976) disse:

“É um instituto *sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles (...).”

Seabra Fagundes, em memorável conferência no VIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, em novembro de 1975, ressalta a projeção das Cortes de Contas em seu papel controlador sobre todos os poderes estatais, participando de atividades legislativas, executivas e judicantes que lhes comunica um certo hibridismo.

Referindo-se ao seu *Controle dos atos administrativos*, clássico do Direito Administrativo, assevera Seabra Fagundes (1976, p. 393 e ss), no VIII Congresso já referido, que o Tribunal possui competência dupla: emite parecer prévio e julga irretratavelmente as contas; aqui sua função é jurisdicional.

Pontes de Miranda (1953, p. 344 e ss), nos *Comentários à Constituição de 1946*, diz caber ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos responsáveis e que:

“As questões decididas pelo Tribunal de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos, não são simples questões prévias; são questões prejudiciais, constituem o ‘*prius*’ lógico-jurídico de um crime, ou pelo menos, de circunstancial material desse.

É elemento indispensável à repressão do crime de peculato, por parte do juiz comum, o julgamento das contas dos responsáveis, e esse julgamento somente pode ser feito pelo Tribunal de Contas.

Quando o juiz comum despreza o julgamento do Tribunal de Contas, infringindo-o, ou modificando-o, ou

tendo-o por desnecessário, usurpa funções do Tribunal de Contas, sem proveito dos acusados, ou contra eles.

(...)

Trata-se de regra de direito civil, que de nenhum modo poderia ter repercussão no direito administrativo, 'a fortiori' quando existe regra de direito constitucional separando as competências.

(...)

Em virtude da Constituição, o juiz comum não julga contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, - só as julga o Tribunal de Contas.

(...)

Nem a lei ordinária, nem a interpretação pode inverter o que decorre de regras de competência, insertas na própria Constituição."

Ruy Cirne Lima (s./d., p. 245 e ss), em *Pareceres: (direito público)*, assina notável peça opinativa de 8 de abril de 1963, parte II, em que afirma:

"Onde se abre campo à ação (em sentido material), aí, entretanto, tem a competência do Tribunal de Contas terminado, RUY BARBOSA, ainda, é quem diz: 'Se o Tribunal de Contas, por uma decisão sua, ou o Congresso Nacional, por um ato fundado no Tribunal de Contas, invadirem usurpatòriamente o terreno inviolável... (das) garantias e direitos (individuais), poderão as vítimas ir buscar o remédio jurídico na autoridade dos Juízes e Tribunais...'

(...)

Tem, portanto, entre nós, o Tribunal de Contas, 'jurisdictio'; falta-lhe, porém, competência para o 'judicium' e, 'a fortiori', competência para dá-lo e cometê-lo a outrem, porque, estranha à sua função, naquêlo ou neste aspecto, a idéia de ação (em sentido material). Certo, são, as decisões do Tribunal de Contas, terminativas,

quando julga, ele, as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (Const. Fed., art. 77, II). Esse julgamento compete-lhe, porém, em função do ato político do Congresso Nacional, que julga as contas do Poder Executivo (Const. Fed., art. 66, VIII). E como a competência do Tribunal de Contas, acerca do julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, sòmente lhe é atribuída em função daquele ato político, as decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não poderiam, por isso mesmo, ficar sujeitas a reexame judiciário. O julgamento político exclui o pronunciamento judiciário ulterior, nos mesmos termos em que o julgado criminal exclui a ação civil. '... não se poderá... questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o autor...' (art. 1.525, Cód. Civ.). De outro lado, o julgamento político tem precedência necessária sobre o pronunciamento judiciário. Em conseqüência, nem antes nem depois das decisões do Tribunal de Contas, enquanto às contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, toca, aos Juízes e Tribunais comuns, pronunciar-se sobre o fato sujeito, ou quem lhe seja o autor. A eficácia exclusiva e terminativa das decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não é mais, no entanto, do que uma aplicação do princípio de independência e harmonia dos poderes políticos (Const. Fed., art. 36). Não é, certamente, expressão do poder de julgar, que ao Tribunal de Contas, entre nós, falece por completo, embora seja, ele, e, também, atentas as linhas estruturais de nosso regime, porque seja, ele, a mais alta jurisdição administrativa da República."

Citado por Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (1992, p. 90), Themistocles Brandão Cavalcanti, autor clássico das décadas de 40 e 50, sobre a Carta de 1946, a respeito

do Tribunal de Contas e competências, dissertava no

“(…) sentido de que ‘as correntes divergentes têm encarado o problema do controle financeiro dos atos da Administração sob prismas muito diversos, ora adotando um critério político de subordinação da Administração a um duplo controle jurisdicional (do Tribunal de Contas) e legislativo (das Câmaras), ora se fixando dentro de teses doutrinárias em que a questão do controle prévio tomou grande destaque, ora, finalmente, reagindo contra esses critérios e conferindo ao Tribunal de Contas posição meramente formal, que levaria, em suas últimas conseqüências, à própria extinção do Tribunal de Contas”.

Também Aliomar Baleeiro (apud GUALAZZI, 1992, p. 90) ressalta o papel político da Corte:

“(…) à primeira vista, o Tribunal de Contas poderá parecer simples órgão administrativo, colegiado, com funções jurisdicionais sobre os ordenadores e pagadores de dinheiros públicos, no interesse da probidade da Administração. Assim é numa primeira aproximação. Mas, se o analisarmos detidamente, por outros aspectos, chegaremos à conclusão de que existe algo de mais importante e profundo nesse órgão ‘imediato’ da Constituição: é a sua função essencialmente política que decorre desses aspectos menos ostensivos.”

José Afonso da Silva (2002, p. 728-729) comenta sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas em seu *Curso de direito constitucional positivo*:

“Tem por objetivo, nos termos da Constituição, a apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, bem como o jul-

gamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. Em suma, verificar da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração direta e indireta da União.

O controle externo é, pois, *função do Poder Legislativo*, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembléias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito federal e das Câmaras Municipais nos Municípios com o *auxílio* dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que assim se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais, como, às vezes, se sustenta, à vista da expressão ‘julgar as contas’ referida à sua atividade (art. 71, I). A mesma expressão é também empregada no art. 49, IX, em que se dá ao Congresso Nacional competência para *julgar anualmente* as contas prestadas pelo Presidente da República, e nem por isso se dirá que ele exerce função judicante.”

A posição de José Afonso da Silva, embora o seu brilhantismo, é restritiva quanto à natureza da Corte. Sem dúvida, *órgão administrativo apenas não é. Que possui atribuições duplas, elenco das competências constitucionais não deixa margem à discussão.*

Seu hibridismo é perceptível, segundo Ruy Barbosa e Ruy Cirne Lima: emite parecer em apoio técnico como instituição política, julga em decisões judicialiformes e ainda tem competências administrativas de controle.

É também o ensino de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, no minucioso *Regime jurídico dos tribunais de contas*, no qual arrola as correntes polêmicas a respeito da natureza do Tribunal de Contas, liderados por José Cretella Júnior, de um lado, como órgão especificamente administrativo, e Castro Nunes, de outro lado, defensor do órgão de jurisdição administrativa.

Gualazzi (1992, p. 187), ao examinar os diferentes conceitos, conclui:

“Assim, pode-se definir *Tribunal de Contas, no Brasil*, como o órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional. Esta definição é cabalmente aplicável ao Direito Brasileiro, mas discrepa da concepção comparatística de Tribunal de Contas.

Em termos de Direito Administrativo Comparado, *Tribunal de Contas* é o órgão de controle externo e jurisdição, judicial e extrajudicial, sobre a execução financeiro-orçamentária, com eventual definitividade jurisdicional. Assim é porque, conforme se verificou nesta tese, nos itens dedicados a Direito Comparado, os Tribunais de Contas de muitos Estados soberanos constituem ramificações especializadas do ‘contencioso administrativo’ ou ‘justiça administrativa’ e, destarte, exercem jurisdição *stricto sensu*, com decisões finais suscetíveis de caracterizarem a coisa julgada, em sentido técnico de Teoria do Processo.”

Ricardo Lobo Torres (1999, p. 178) aponta que o “Tribunal de Contas tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”.

De outro lado, salienta que a Constituição Federal declara expressamente o direito

de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato de, legitimamente, denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º).

A medida, segundo Torres, insere-se na moderna concepção de que o Tribunal de Contas é colaborador (auxiliar, como diz Torres), tanto da Administração e do Legislativo quanto da própria comunidade.

E expressa:

“A democracia hodierna é representativa e participativa, como deixa claro a CF de 1988, assegurando às associações e demais órgãos da comunidade a possibilidade de defesas dos direitos públicos, coletivos e difusos.

O Tribunal de Contas, que está essencialmente ligado aos direitos fundamentais, pela dimensão financeira que estes exibem, aparece na CF 88 como uma das garantias institucionais da liberdade, a que o cidadão tem acesso através das garantias processuais. Pode a comunidade invocar a proteção do Tribunal de Contas para o combate à corrupção, para o controle dos incentivos fiscais, para promover a fiscalização sobre as entidades financeiras privadas que, causando prejuízos a terceiros, possam atingir o Tesouro, para fixar o valor do dano ambiental causado por funcionário público ou terceiros, etc.” (TORRES, 1999, p. 179-180)

Odete Medauar (1990, p. 140-141), no seu *Controle da administração pública*, após excluir as hipóteses de inclusão do Tribunal de Contas no âmbito dos Poderes Executivo, Judiciário ou Legislativo, conclui:

“Resta verificar se a Corte de Contas insere-se no âmbito do Poder Legislativo. Parece-nos que a expressão ‘com o auxílio do Tribunal de Contas’, contida no art. 71 da Constituição Federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subor-

dinado hierarquicamente a tal poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o *auxílio do Tribunal de Contas*; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura *instituição estatal independente*.¹⁷

A autora, com adequada análise, comprova, previamente ao texto transcrito acima, que o “auxílio” ao Poder Legislativo não subordina o Tribunal de Contas, nem o insere no âmbito do Poder Legislativo porque a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário.

Carlos Ayres Britto (apud FIGUEIREDO, NÓBREGA, 2002, p. 96 e ss), a respeito da polêmica natureza jurídica do Tribunal de Contas, expõe¹⁷:

¹⁷ O Ministro Carlos Ayres Britto, antes de assumir seu cargo de Ministro do Supremo Tribunal, foi Procurador no Tribunal de Contas de Sergipe. A relevância do seu entendimento deriva também da experiência profissional.

“Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: ‘O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal’ (grifo à parte). Logo, o parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas. Mas é que os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério esse que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica, isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.

(...)

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não é órgão auxiliando o Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.

(...)

Tudo fica mais claro quando se faz a distinção entre competências e funções. A função de que nos ocupamos é a mesma, pois outra não é senão o controle externo. As competências, no entanto, descoincidem.

(...)

Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TCs julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isso quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impenetrabilidade de *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea d). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas.

(...)

Por outro aspecto, ajunte-se que *nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo* (ao contrário do que se tem afirmado, amiúde). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é *centralmente constitucional*. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano da sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas *pranchetas* da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só *abrir os olhos* sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de n. IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que *somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional*. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata.”

Sepúlveda Pertence (1998, p. 46-47), em conferência para o XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, esclarece:

“Creio ser hora de concluir, renovando escusas pelo desataviado das notas da madrugada, mas permitam-me uma observação final. A competência do Tribunal de Contas, tal como a vem reafirmando essencialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal, ligada ao *status* constitucional, à extensão das garantias e do poder de autogoverno dos órgãos judiciários que se lhe conferiu, possui um relevo que não tem sido suficientemente enfatizado. A meu ver, apesar das competências, como as do artigo 71, II e sua extensão impressionante, quer do ponto de vista objetivo, quer do ponto de vista subjetivo (...). Nesta definição, às vezes este apego não é apenas do jurista; é do legislador mesmo, por vezes – e é este exemplo do constituinte mesmo – quando enfatiza a competência de fiscalização como primordialmente entregue ao Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas e,

posteriormente, lhe dá competências de todo independentes do Legislativo, a começar pelo julgamento das contas do próprio Legislativo.

(...)

Ora, essa caracterização de auxiliar do Poder Legislativo era perfeitamente adequada à Constituição de 81, que se limitara a prever a existência de um Tribunal de Contas com uma única competência: a de emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República e submetê-las ao Congresso Nacional.

(...)

O que me parece é que, não obstante todas as dificuldades de operacionalização deste imenso poder, o Tribunal de Contas se constitui, no perfil que lhe traçou a Constituição de 88, numa magistratura essencial de uma função verdadeiramente irreduzível à tripartição clássica dos Poderes, em que não tem ele monopólio, mas, ao contrário, se soma às tarefas novas do Judiciário, por exemplo, em todo o imenso poder do controle abstrato da constitucionalidade das leis, ou a esse imenso poder de iniciativa que se outorgou à figura sem paralelo no direito comparado que é o Ministério Público no ordenamento constitucional vigente, com a função genérica de controle, do maior relevo na construção de um Estado de Direito democrático que seja adequado ao inevitável gigantismo do Estado contemporâneo – que não me interpretem mal os pregoeiros do fim do Estado, do neoliberalismo.”

Robertônio Santos Pessoa (1993, p. 126 e ss), em seu recente *Curso de direito administrativo moderno*, retoma a polêmica sobre a natureza do Tribunal e apresenta solução adequada ao sistema de 1988:

“Parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, por outro lado, vem sustentando que nem todas as decisões pronunciadas pelas Cortes

de Contas são de natureza administrativa. A jurisdição de contas apresenta-se, para esta corrente, como um juízo constitucional privativo das Cortes de Contas. Somente tais órgãos têm competência para ‘julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos’, nos termos fixados no art. 70, inciso II, do texto constitucional. Ao conferir tais poderes aos Tribunais de Contas, a própria Constituição limitou o controle judicial no que concerne às contas públicas. Abraçam tal corrente no Brasil administrativistas como Seabra Fagundes, Temístocles Brandão Cavalcante e Pinto Ferreira.

Segundo esta última corrente, a que nos filiamos, na sistemática adotada pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário não tem poderes para apreciar ou rever contas públicas, sob o aspecto contábil-financeiro do seu mérito. Tratar-se-ia, aqui, de uma limitação imposta ao princípio do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) pela própria Constituição, e não por lei. O tribunal de contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção, tem essa competência na forma do art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Em suma: as decisões editadas na apreciação dos atos da Administração Pública têm eficácia apenas administrativa. Tais decisões podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, os julgamentos relativos a contas públicas (art. 71, II, da CF) constituem matéria de apreciação privativa dos tribunais de contas, não sendo admitido reexame pelo Poder Judiciário.

Deve-se observar que tal julgamento se impõe ao Poder Judiciário apenas no seu aspecto contábil, no que concer-

ne à regularidade da conta apresentada. Tais 'contas' podem ser anuais ou especiais, estas últimas instauradas na forma da lei. O processamento e julgamento de tais contas devem se dar com plena observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Tal observância conferirá maior legitimidade às decisões destas cortes. Questionamentos pertinentes à violação destas garantias constitucionais poderão ser levados à apreciação do Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF no MS-21644-DF (DJ de 08.11.93, p. 43.204).

Nesta linha, as decisões do tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3º). A execução forçada destes títulos, advindos de decisões do tribunal de contas, deverá ser efetivada junto ao Poder Judiciário, na forma da lei.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a não-apreciação do mérito de julgamentos de contas realizadas pelas cortes de contas no exercício de suas atribuições constitucionais. A revisão judicial somente é possível em caso de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade (STF, MS nº 7.280, publicado em 17.9.1962, p. 460)."

Conclui-se com o conceito próprio da dissertação sobre a natureza do Tribunal de Contas.

É Instituição do Estado Democrático, cujas competências constitucionais são exercidas com independência e autonomia. Tribunal *sui generis*, que exerce dever-poder sem ser Poder e a nenhum deles vinculado. Órgão de colaboração com os Poderes e Ministério Público, republicano, indisponível e indelegável, cercado de garantias que o assimilam ao Tribunal Judicial. Presta auxílio ao Poder Legislativo sem ser seu auxiliar e exerce outras competências terminativas no seu âmbito constitucional.

A jurisdição una, adotada na Carta de 1988, entretanto, não permite admitir rejuízo das decisões do Tribunal de Contas em matéria de parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo nem a decisão em julgamento sobre as contas dos demais responsáveis, exceto no que colidirem com a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, ressalvado, entretanto, o mérito técnico da decisão do Tribunal de Contas. O julgamento se restringe à lesão de direito individual.

Destaca-se, ainda, por ser Instituição de Estado com inscrição constitucional, que as competências enumeradas na Carta Federal atribuem ao parecer prévio, julgamento das contas, apreciação de atos de admissão e inativação, auditorias, fiscalizações, informações, aplicação de sanções, sustação de atos e representações um caráter eminentemente técnico-pericial, insuscetível de reapreciação quanto ao mérito, em qualquer Poder.

6.2. Organização do Tribunal de Contas. O modelo da União

Do exame das competências do Tribunal de Contas da União, destacou-se o auxílio ao Poder Legislativo (artigo 71, *caput*), mediante apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, por meio de parecer prévio (artigo 71, I) e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (artigo 71, II).

Essas duas primeiras e principais competências permitiram conduzir-se à compreensão da natureza dessa Instituição de Estado. Cabe examinar a organização das Cortes de Contas, cuja análise é igualmente importante para a nítida conformação jurídica do Ente.

A organização do Tribunal na Carta Federal de 1988 está contida no artigo 73.

- composição: nove Ministros;
- requisitos: idade – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios

conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados acima;

- escolha: um terço (três) pelo Presidente da República, com aprovação pelo Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores¹⁸ e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; dois terços (seis) pelo Congresso Nacional.

Com isso, fica estabelecido um pluralismo na composição da Corte, sendo que dois membros deverão ser concursados e com formação técnica específica.

Para exercer a escolha, e após nomear Ministros oriundos do quadro próprio, cujo procedimento constitucional inicia com listas tríplexes de auditores e membros do referido Ministério Público, o Presidente da República possui poderes limitados, visto que sua competência está adstrita a uma listagem elaborada pelos Ministros, segundo critérios de antiguidade e merecimento.

Somente um único Ministro é de escolha exclusiva do Presidente da República (e ainda não é o procedimento formal de nomeação, a qual seguirá posteriores etapas).

Isso implica, nessas três vagas de Ministro, que o primeiro – apenas o primeiro – é de escolha exclusiva do Chefe do Poder Executivo, mediante aprovação sabatinada do Senado Federal.

Os restantes seis Ministros são de escolha exclusiva do Congresso Nacional.

As cadeiras do Tribunal têm destinação especificada e serão reocupadas, em caso de vaga, pelos mesmos procedimentos constitucionais.

¹⁸ Auditores é a denominação para os três cargos de agentes cuja função principal é a de substituir os Ministros. Na Constituição estadual, a denominação para os sete agentes é Auditor Substituto de Conselheiro. Melhor seria Ministro-Substituto ou Conselheiro-Substituto, respectivamente.

6.3. Os auditores do Tribunal e o Ministério Público

Na composição, a Carta refere-se, antecipadamente, aos auditores¹⁹ (em número de três no Tribunal de Contas da União) e aos membros²⁰ do Ministério Público. São quadros, o primeiro de cargos isolados e o segundo de cargos de carreira.

Os Auditores (como os Ministros) são assemelhados ou assimilados aos respectivos membros do Poder Judiciário. Isso lhes outorga relevo constitucional, com a dignidade e a responsabilidade de agentes políticos, cuja obediência se dirige só e expressamente à Constituição e ao sistema jurídico. Não são subordinados e nem estão submetidos hierarquicamente – exercem suas competências com independência, emitem parecer, apreciam a legalidade de atos e julgam contas segundo seu livre conhecimento e convicção.

A previsão constitucional para os cargos isolados de auditoria consta do parágrafo quarto do artigo 73 e os cargos do Ministério Público junto ao Tribunal, inconfundível com os ramos do Ministério Público Federal ou Estadual na área eleitoral, trabalho e tribunal militar ou, ainda, nas demais atuações típicas do Ministério Público, estão fixados no artigo 130 da Carta Federal:

“Artigo 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

Os auditores e os membros do Ministério Público ingressam na Corte mediante prévia aprovação em concurso público, realizado segundo os princípios democráticos e republicanos inscritos no artigo 37, II, da Carta Federal.

¹⁹ Na Carta do Estado do Rio Grande do Sul, a idade mínima é de 35 anos e privativo o cargo para bacharel em Direito. São concursados por certame de provas escritas, oral e títulos. No Estado, exercem, também, notoriamente, atividades acadêmicas.

²⁰ No Estado também são empossados mediante prévia aprovação em concurso público.

Os auditores e membros do Ministério Público, embora o estatuto especial de que se revestem, estão na intimidade orgânica e estrutural da Corte de Contas. Suas competências são exercidas com independência, mas os auditores não se constituem em órgão e o Ministério Público se fixa na interioridade do Tribunal de Contas.

Enquanto não for instituído o Ministério Público, as funções são exercidas por membros do Ministério Público Federal designados para atuar no Tribunal de Contas da União.

6.4. Remuneração

Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; a aposentadoria e pensão regem-se pelo artigo 40. Os auditores, quando em substituição a Ministros, têm as mesmas garantias e impedimentos do titular e quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Enquanto aos Ministros a judicatura única é o exercício das competências de controle externo, para os auditores ela é dupla: sua primeira e mais dignificante competência é a de substituição de Ministros e a segunda, as demais atribuições de judicatura.

A organização do Tribunal está sintetizada no artigo 73.

“Artigo 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”

6.5. Quadro próprio de pessoal

O quadro próprio previsto no artigo 73 da Carta Federal, segunda parte do dispositivo, refere-se às atividades-fim e atividades-meio da Corte. É formado por

servidores efetivos e comissionados, ou temporários, todos com titulação técnica. Os comissionados, como sabido, exercem funções de direção, chefia ou assessoramento, segundo a Carta Federal.

Os integrantes do quadro efetivo, privativamente aprovados em concurso público, são técnicos cuja titulação é requisito essencial para a atividade-fim da Corte de Contas, cujas funções compreendem instruir processos de prestação e tomada de contas, de apreciação de legalidade dos atos admissionais ou inativatórios (art. 71, III); inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos atos, inclusive contratos, e fatos da administração pública, em qualquer dos Poderes e outras entidades referidas no inciso II do art. 71.

Explicita-se essa complexa organização de membros e servidores porque, ainda que tenha nome de Tribunal, é uma Corte especializada e seus servidores prestam as funções segundo determinação constitucional (dever-poder) para a Corte cumprir as suas determinações constitucionais.

Tribunal *sui generis*, as funções do corpo técnico decorrem, portanto, de deveres-poderes típicos sobre os atos e fatos determinados pela Carta Federal, contínuos e permanentes, como o parecer sobre as contas do Presidente da República e julgamentos das demais contas e aqueles episódicos – inspeções e auditorias, por iniciativa ou solicitação das Casas Legislativas, ou das suas comissões técnicas ou de inquérito, além das denúncias de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (artigo 74, IV).

7. Similaridade dos Tribunais de Contas com Tribunais Judiciais

O artigo 96 da Carta Federal trata de um elenco de competências exclusivas dos Tribunais. Segundo o artigo 73, o Tribunal de Contas exerce, no que couber, as atribuições fixadas no artigo 96 (inciso I) do Supremo

Tribunal Federal, Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça (inciso II). O inciso III é integralmente inaplicável ao Tribunal de Contas da União, daí a expressão “no que couber” inserida no artigo 73, *caput*²¹.

As competências fixadas no artigo 96 e que também se aplicam ao Tribunal de Contas da União são:

- a) a autonomia administrativa e financeira;
- b) o início do processo legislativo junto ao Poder Legislativo sobre a criação e extinção dos cargos e a respectiva remuneração;
- c) o início do processo legislativo de projetos de lei que tratam da sua lei orgânica e leis ordinárias e quanto à remuneração dos seus membros;
- d) o início do processo legislativo quanto à instituição e organização do Ministério Público junto ao Tribunal, cargos, remuneração e competências;
- e) dispor sobre seu regimento interno;
- f) eleger seus órgãos diretivos;
- g) organizar o Tribunal, dividindo-o em órgãos fracionários, fixando-lhes as competências;
- h) organizar seus quadros técnicos e auxiliares.

8. Área de ação controladora do Tribunal de Contas da União

As competências do Tribunal de Contas da União são intimamente relacionadas e funcionalmente harmônicas com a sua organização.

Em razão da organização, inclusive com unidades administrativas distribuídas geograficamente, a competência do Tribu-

²¹ A assimilação, termo do autor, com os tribunais judiciais nasce com o Decreto nº 966-A. A Constituição de 1988 é explícita quanto à organização assimilada e a qualificação de agentes políticos dos membros da Corte de Contas, também assimilados nos magistrados. Nos Estados, o parâmetro se dá com desembargadores estaduais.

nal de Contas da União se exerce sobre as ações administrativas, em todo o território nacional, exteriorizadas, na Administração Pública Federal, direta e indireta, no Poder Legislativo, Poder Judiciário, Poder Executivo e Ministério Público. Compreende-se que o Tribunal de Contas não controla as atividades-fins do Poder Legislativo, do Judiciário ou do Ministério Público ou a atividade política do Poder Executivo. Exerce seu controle sobre os atos e fatos tipicamente administrativos – contas dos administradores, admissões, aposentadorias e demais atos elencados na Carta Federal²².

Isso se explica: quando o Presidente do corpo legislativo ou do tribunal pratica ações de administração (autoriza concurso público ou licitação) está no cometimento tipicamente administrativo; despe-se da dignidade do cargo de agente político e atua na competência de administrador. Assim também em relação ao Ministério Público e ao próprio Tribunal de Contas.

Em relação ao Poder Executivo – sede da administração por excelência –, poder de administrar, a administração executa também suas competências nas ações relativas às políticas públicas. Nesse sentido, o Tribunal de Contas avalia a economicidade, operacionalidade, além da legitimidade e vai controlar a própria ação político-administrativa, para a qual um dos objetivos – o primeiro deles – é a concretização dos direitos humanos na realização do Estado Democrático de Direito.

Os serviços públicos, afirma Ruy Cirne Lima, são existenciais à sociedade. As finanças públicas lastreiam toda a atividade estatal, dão o suporte aos serviços públicos – desnecessário enumerá-los, recordando-se alguns: educação, saúde pública, segurança externa e interna.

²² Ao elenco somam-se a gestão fiscal (Lei Complementar nº 1) e os planos, programas e projetos governamentais. A mais recente aquisição ao elenco controlador, no Estado, é a política de meio ambiente e as políticas de pessoal. O Tribunal estadual age por planos de ação anuais.

A existencialidade do serviço público e a racionalidade da administração pública dependem das finanças públicas cujo objetivo no Estado Democrático de Direito é a satisfação das necessidades públicas.

No seu conjunto, o controle externo é garantia do Estado Democrático de Direito e da sua constante adequação valorativa ao princípio do interesse público e legitimado na Constituição que assegura a liberdade, igualdade e solidariedade.

Os valores, conquistas históricas, são funcionais à dignidade humana.

Para Ricardo Lobo Torres (1993), a legitimidade democrática tem o papel eficiente de controlador no Tribunal de Contas.

Os direitos fundamentais – ou direitos de liberdade, ou direitos humanos, segundo Ricardo Lobo Torres –, têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integridade e defesa, de atividade financeira do Estado.

O Tribunal de Contas, afirma aquele autor, é um dos instrumentos das garantias institucionais do cidadão no Estado Liberal, em face da sua singular posição no Estado.

Afirma Ricardo Lobo Torres (1993, p. 44)

“É necessário e urgente que se compatibilize a dimensão objetiva do Tribunal de Contas, que, juntamente com o Poder Judiciário, o Banco Central, a Universidade, etc., é uma das garantias institucionais da liberdade com os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais, que carecem de maiores garantias processuais para o acesso dos cidadãos ao controle externo dos aspectos da legalidade, economicidade e legitimidade das atividades da Administração.

A legitimidade do Estado Democrático depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o

preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública. O controle, como garantia da liberdade individual e dos princípios jurídicos, na exata observação de K. Vogel, não sofre limitações constitucionais, mas estímulos para a sua plena realização.”

A concretização da dignidade do homem, como realização da proposta constitucional de 1988, tem, na atividade financeira do Estado, o seu suporte financeiro e econômico.

Como se demonstrou, uma das etapas ou fases da atividade financeira (a sua quarta etapa) é o controle, aí incluído o controle externo para o qual o interno é auxílio indispensável.

A dignidade humana (não os seus efeitos meramente morais ou éticos, ou ainda emblemáticos, como a autoestima e a gratificação patriótica ou nacional), no período histórico presente, é a satisfação de determinadas necessidades coletivas e públicas, como segurança, saúde, educação, habitação, urbanismo, meio ambiente e assim por diante.

Não há possibilidade de, em países emergentes, essas condições serem conquistadas sem a condução de políticas públicas pelo Estado e pela administração pública.

O controle externo, a cargo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas, é instrumento essencial da democracia, inclusive nos seus qualificativos de transparência e deliberação.

A prestação institucional do serviço público de controle externo é importante instrumento, entre outros, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a ação popular e, suprema instituição, a rotatividade democrática dos governantes mediante processo de representatividade, para a concretização dos objetivos constitucionais de dignidade do homem.

A instituição do controle externo é conquista democrática e as suas funções constitucionais (como as do Ministério Público e dos Poderes republicanos) têm por finalidade contemporânea a concretização da dignidade do homem.

Enfim, partilha-se com Ricardo Lobo Torres a ideia de que a legitimidade (e o aprimoramento do Estado democrático) depende, também, do controle da sua legitimidade.

Por essa razão, repisa-se, o Tribunal de Contas, que exerce o controle externo, nasce com a República e se aprimora e solidifica com a democracia.

9. Posição constitucional do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União está inscrito na Seção IX, aquela que encerra o Capítulo I – Poder Legislativo, do Título IV – Da Organização dos Poderes²³.

Essa posição espacial na Carta Federal tem gerado polêmica. Interpretação apressada situa o Tribunal de Contas da União como órgão do Poder Legislativo, e, para isso, afirmam aqueles que assim entendem, a começar por Cretella Júnior, sua competência é de órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Não é auxiliar o ente que tem, entre suas competências, a ação controladora sobre o Poder Legislativo ou qualquer dos outros dois Poderes. Também não é auxiliar, e nem a Constituição assim o caracteriza, mas presta auxílio.

Quando auxilia – aliás, todos os Poderes devem-se auxílio ou cooperação recíprocos, em cumprimento à harmonia sem perda da sua independência –, o Tribunal de Contas mostra-se ente de Estado indispensável e indisponível.

²³ Vide averbações das transcrições de Carlos Ayres Britto, Sepúlveda Pertence e Odete Medauar. De Ruy Barbosa permanece indelével a lição da Exposição de Motivos ao Decreto nº 966-A, anteriormente referida.

Melhor afirmar-se: o apoio concretiza-se na colaboração pelo Tribunal de Contas, dotado de outras competências, além da independente e especificamente colaborativa, que é o parecer prévio às contas anuais do Presidente da República. Essas outras competências, repise-se, incluem o controle independente sobre a ação administrativa do próprio Poder Legislativo e demais Poderes exercida em nome da soberania popular, como afirmação do Estado Democrático de Direito na concretização dos direitos humanos²⁴.

Seus membros têm a dignidade da magistratura e sua subordinação não é outra senão que à Constituição. Não é auxiliar quem detém prerrogativa de magistrado.

O controle externo do Tribunal de Contas tem sua primeira (e relevante) incumbência em manifestar-se tecnicamente sobre as contas a ele devidas pelo Presidente da República. Ela é exercida com independência e o julgamento posterior pelo Poder Legislativo é a instância político-institucional que não se realiza sem a colaboração constitucional – conquista democrática e republicana, evoluída progressivamente desde os hebreus, as assembleias da Ágora, a censura romana, os conselhos medievais e estatuída universalmente na Declaração de 1789.

A sua finalidade, como Instituição de Estado, serviente à sociedade e ao homem, é cumprir a efetividade dos valores afetos à administração pública, inscritos no estatuto político, dos quais o preeminente é realização da dignidade do homem, mediante a satisfação das suas necessidades.

Por essa razão, apoiar o Poder Legislativo não implica subordinação; antes, colaboração institucional, no exercício do dever-poder controlador constitucional.

As demais competências, inclusive o controle da administração do Poder Legis-

²⁴ Ricardo Lobo Torres salienta que a atividade financeira do Estado, na qual se insere o controle, tem por finalidade a dignidade humana em um Estado Democrático de Direito. Remissão às averbações acima.

lativo, demonstram que não é subordinado; controlar o poder preeminente, competência que cumpre não como apoio, mas como controlador com independência, dá-lhe relevo constitucional em face do poder preeminente (Legislativo).

Sua inserção constitucional (já esteve nas Disposições Transitórias de 1891 ou entre os órgãos de colaboração, em 1934) revela apenas a confluência de funções controladoras com o poder preeminente, o Poder Legislativo.

10. O Poder Legislativo como sede política do controle externo

Esclarece-se que o controle referido é atinente, exclusivamente, à administração pública. Isso porque outros controles também são exercidos pelo Poder Legislativo, notadamente com natureza política, não apenas em relação ao próprio Poder Legislativo, mas aos demais Poderes e Instituições de Estado – o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Reside no Poder Legislativo o poder preeminente da República. Quando se afirma que os Poderes são independentes e harmônicos entre si, valor inscrito na Carta de 1988, o texto magno não esgota a valoração tripartida, aliás, máxima adotada por Montesquieu: em realidade os Poderes não se contêm em igualdade entre si; ao Poder Legislativo incumbe, em nome do povo, estabelecer o estatuto político do Estado, as normas da sociedade civil, o regramento da atividade econômica privada e assim por diante.

Daí decorre a sua preeminência. Nele nascem os demais Poderes. Nascidos independentes e harmônicos, suas competências são indispensáveis, mas não resultam no mesmo sentido de igualdade (que se estatui entre os cidadãos).

O Poder Legislativo é a voz direta e plural do povo e sua principal atribuição em nome do povo é tripartir o poder, reservada a preeminência de quem estatui – e altera

– as competências próprias e dos demais Poderes e Instituições de Estado.

O crescimento das responsabilidades do Poder Executivo, fenômeno político plenamente observado universalmente a partir dos anos setenta no século vinte, em detrimento dos demais Poderes, principalmente em caso de regimes de exceção, crises econômicas ou situações de guerra ou insurgência, está plenamente revertido.

O Poder Legislativo retomou seu papel político principal – não apenas em razão da posse e do juramento do Chefe do Poder Executivo – de resto emblemático pela circunstância de ser realizada perante o colegiado legislativo, mas principalmente por ser com amplitude o representante autêntico de todos os segmentos sociais e onde se tornam vigorosos os movimentos de minorias, assim como as postulações sociais e econômicas da sociedade.

11. Conclusões

A Democracia e a República, a partir da história de Atenas e de Roma, com os fundamentos valorativos modernos introduzidos e conquistados pela Revolução Francesa, possuem um instrumento indispensável, indisponível, intransferível e imposterável que é o controle externo da administração pública.

O dever de exercê-lo foi atribuído ao Poder Legislativo e a Carta Brasileira consigna esse valor, na tradição humanística e civilizatória de 1789.

Matéria técnica, seus meios e instrumentos, entretanto, estão atribuídos ao Tribunal de Contas, novamente segundo o modelo napoleônico, adotado nos países latinos, além da Alemanha, Bélgica e Holanda, Espanha, Portugal, México, França, Itália, entre outros.

Formam, com atuação independente mas conjunta, um sistema no qual o objetivo magno é a dignidade da pessoa humana, na medida em que a correta ação administrativa, de atos e fatos, tem por

finalidade cumprir e fazer cumprir os valores e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Os direitos humanos afirmam-se universalmente no regime democrático.

É da essência democrática, como direito humano dos cidadãos (políticos), a fiscalização e o acompanhamento da administração pública, ao lado da sua presença decisória.

O controle externo da administração pública, relevante na prestação de contas, possui outros aspectos, relativos aos atos e ações administrativas, de competência indeclinável, indelegável e indisponível pelo Tribunal de Contas.

O controle externo, a cargo do Parlamento, é exercido pelo Tribunal de Contas, parcialmente como apoio (parecer prévio e auditorias), não significando perda ou restrição de independência o auxílio devido pela Corte, de resto, dever de todos os Poderes e Instituições, reciprocamente, harmônicas e independentes.

A Carta Política de 1988, ao fundamentar o Estado Democrático na dignidade da pessoa humana, acompanhou o curso histórico, segundo o qual, na dignidade humana, também se inclui o direito de decidir, fiscalizar e exigir a prestação de contas dos administradores, como poder que emana do povo e em seu nome é exercido.

No sistema constitucional brasileiro, o controle externo está a cargo do Parlamento e é exercido pelo Tribunal de Contas.

O controle externo da administração pública é um exercício de competência emblemática da democracia, incumbência do Tribunal de Contas.

Funda-se nos direitos humanos (políticos) o poder de controle externo da administração pública, como afirmação histórica e cultural da dignidade do homem.

Referências

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantino Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista Direito e Justiça*. v. 27, n. 31. Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 9 ed. Brasília: UnB, 1997.

_____. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 4 ed. Brasília: Unb, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas: órgãos distintos. *Revista de Direito Público*. v. 17, n. 69, p. 32-44. São Paulo, jan./mar. 1984.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Melhoramentos, Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. 6 ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1993.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 10 ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 7., *Anais...* João Pessoa, 1976. v. 2.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A validade dos tribunais de contas como instrumento de controle. n. 8. *Interesse público*. São Paulo, 2000.

_____. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. ampl. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1974.

- FIGUEIREDO, Carlos Mauricio; NÓBREGA, Marcos (Org.). *Administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Controle externo e Tribunais de Contas no direito brasileiro. n. 11. *Revista Cons. Contas Mun. Est. CE*. 1992.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2 ed. Madrid: Instituto Réus, s.d.
- HEGEL, G.W.F. *Introdução à história da filosofia*. Coimbra: A. Amado, 1980.
- HOBBSBAWN, Eric. *Ecos da marselhesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- HOMERCHER, Evandro T. O tribunal de contas e o controle da efetividade dos direitos fundamentais. *Interesse Público*. n. 35. Porto Alegre, jan./fev. 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Revista do Tribunal de Contas do RS*. v. 22, n. 37, p. 351. Porto Alegre, 2005.
- LISSAGARAY, Hippolyte Prosper Olivier. *História da comuna de 1871*. Tradução de Sieni Maria Campos. São Paulo: Ensaio, 1991.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1883.
- MARX, Karl. A guerra civil na França. In: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Vitória, 1961.
- _____. *Manuscritos econômicos e filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*. v. 27, n. 108. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1990.
- MOREIRA, Marcílio Marques. *Maquiavel*. Um Seminário na Universidade de Brasília. Cadernos UnB. Brasília: UnB, 1981. p.29
- PERTENCE, Sepúlveda. Os Tribunais de Contas no Supremo Tribunal Federal: Crônicas de Jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. n. 41. Rio de Janeiro. jul./set. 1998.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de direito administrativo moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEORIA política. *Cadernos da UnB*, Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. a. 1, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade: economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. v. 31, n. 121. Brasília, Senado Federal, jan./mar. 1994.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Práticas restritivas verticais

Contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro

Daniel Rocha Corrêa

Sumário

1 - Apresentação. 2 - A liberdade de concorrência e sua defesa. 2.1 - O mercado. 2.2 - Liberdade de concorrência. 2.3 - Concorrência e mercado. 3 - Relações verticais e restrições verticais à liberdade de concorrência. 3.1 - Efeitos das restrições verticais. 3.2 - O exemplo do contrato de franquia. 4 - Provocações suscitadas pelas práticas europeia e brasileira. 4.1 - Restrições territoriais. 4.2 - Práticas discriminatórias. 4.3 - Recusa de contratar. 4.4 - Relação contratual e concorrência. 4.5 - Abuso de posição dominante. 5 - Conclusões.

1 - Apresentação

Porque a concorrência é uma força que impulsiona o mercado a resultados positivos, como o bem-estar dos consumidores, o princípio da liberdade de concorrência está no cerne da economia neoliberal e do direito que lhe corresponde. Em função disso, a defesa da concorrência é um capítulo importante do direito econômico nos dias de hoje.

Identificamos no estudo das restrições verticais uma boa oportunidade para melhor compreender o que é a liberdade de concorrência, pois esse é um campo do direito da concorrência em que o lícito e o ilícito não se revelam imediatamente.

As restrições verticais levam a uma tensão entre os rumos que a atividade negocial segue e os limites traçados pela liberdade de concorrência. Relações verticais como a fran-

Daniel Rocha Corrêa é Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG.

quia ou o contrato de distribuição são muito importantes para a economia atualmente, mas muitas se estruturam em restrições que poderão aumentar o poder de uma determinada empresa ou grupo de empresas no mercado e ferir a liberdade de concorrência. Em alguns momentos, as restrições verticais coincidem exatamente com comportamentos vedados pela legislação de concorrência; apesar disso, muitas delas têm por fundamento uma lei que regula algum negócio específico, como é o caso da distribuição de veículos automotores no Brasil. Além disso, o crescimento do interesse sobre a franquia hoje em dia é a confirmação fática da eficiência econômica das restrições verticais.

Então, para compreendermos numa dimensão pragmática o significado e os limites do princípio da liberdade de concorrência, optamos pelo estudo comparado. Nossa referência foi o direito europeu, devido às recentes mudanças que aperfeiçoaram o ordenamento comunitário para lidar melhor com os benefícios decorrentes das restrições verticais.

Nossas discussões cuidam primeiramente do tema da liberdade de concorrência; em seguida, procuramos caracterizar as restrições verticais e analisar seus efeitos concorrenciais, momento em que procuramos exemplificar com o contrato de franquia; em seguida, retomamos os exemplos, relacionando observações a respeito do estudo de casos brasileiros e europeus sobre: restrições territoriais, práticas discriminatórias, recusa de contratar, relações contratuais e abuso de posição dominante. Concluímos pela necessidade de um contínuo trabalho de construção do direito da concorrência.

2 – A liberdade de concorrência e sua defesa

2.1 – O mercado

Em linhas gerais, podemos dizer que no mercado se dão as trocas, ou que o mercado é o espaço econômico onde se dão as trocas.

A partir de relatos antropológicos, como os de Marcel Mauss sobre a dádiva, podemos afirmar que o mercado é uma instituição (criação cultural) dinâmica. Com relação a isso, o autor destacou:

“[...] Descrevemos os fenômenos de troca e de contrato nessas sociedades que são, não privadas de mercados econômicos como se afirmou – pois o mercado é um fenômeno humano que, a nosso ver, não é alheio a nenhuma sociedade conhecida –, mas cujo regime de troca é diferente do nosso. Nelas veremos o mercado antes da instituição dos mercadores, e antes da sua principal invenção, a moeda propriamente dita; [...]” (MAUSS, 2003, p. 188).

O mercado é dotado de historicidade. Enquanto tribos do norte da América organizaram seus mercados com base na gratuidade e no consumo total, enquanto as trocas familiares ou fraternas também são gratuitas e constituem-se por vínculos morais, o mercado capitalista é caracterizado pela atuação dos mercadores, pela adoção da moeda como elemento unificador das trocas e por orientar-se pela lógica da acumulação.

Mesmo assim, os mercadores e a moeda não fizeram desaparecer vínculos que hoje compreendemos fora do mercado. Ao falar da dádiva, Marcel Mauss (2003, p. 188-189) disse que “[...] essa moral e essa economia funcionam ainda em nossas sociedades de forma constante [...] [a dádiva é] uma das rochas humanas sobre as quais são construídas nossas sociedades [...]”. No mesmo sentido, Jacques Godbout também destaca a amplitude maior da troca como fundamento da sociedade. Para ele, “[...] o sistema da dádiva não é antes de tudo um sistema econômico, mas o sistema social das relações de pessoa a pessoa. Não é o complemento do mercado ou do plano, mas da economia e do Estado” (GODBOUT, 1999, p. 24).

Então, o mercado, quando visto como espaço econômico em um sentido estrito, é

apenas uma parte de um mercado maior. As trocas feitas naquele mercado estruturam-se em vínculos mais superficiais e cada vez mais impessoais. Ideias como quantidade, vantagem, utilidade, valor e competição são afins aos valores que nos orientam nesse momento de nossa vida social. No entanto, como procuramos demonstrar acima, esse mercado ou essa feição do mercado não é a única nem é um dado anterior ao próprio ser humano. O mercado capitalista é uma criação dotada de historicidade e nada nos diz que essa instituição não se alterará no futuro ou que é impossível a mudança.

No sentido estrito, que será o que daremos à palavra *mercado* a partir de agora no texto, François Perroux (1967, p. 317-320) salienta que o mercado se estrutura numa “[...] rede de trocas que torna todos os preços e quantidades interdependentes. [...] o mercado é o encontro das ofertas e das procuras dum bem ou dum serviço, que gera a formação do preço desse produto ou serviço. [...]”.

Dentro da construção capitalista e liberal, a ideia de mercado caracteriza-se pela crença no valor da concorrência como uma força propulsora da sua regulação. Nessa perspectiva, lembramos que a própria organização da economia brasileira demonstra o relevo que damos ao mercado atualmente. Nossa economia tem por atributos essenciais a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

2.2 – Liberdade de concorrência

Conforme Pascal Salin (1995, p. 115), a concorrência é um princípio essencial de todas as atividades humanas. Esse princípio nos remete à ideia de competição. Uma ideia que significa “[...] uma luta ou contenda por superioridade [...]” (WHISH, 2001, p. 2) e que, quando aplicada ao mercado, inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores, para permanecerem no mercado e ampliem suas fatias de participação nele.

Ao lado do fenômeno da concorrência, podemos destacar a *liberdade de concorrência* como princípio jurídico estruturante de uma determinada ordem jurídico-econômica, quer olhemos para um Estado de inspiração liberal clássica, quer olhemos para um Estado de inspiração neoliberal, como o Estado brasileiro de hoje.

É possível atribuímos dois sentidos complementares ao princípio da liberdade de concorrência. Numa perspectiva, a liberdade de concorrência implica a prerrogativa de competir, ou seja, é o direito de concorrer no mercado. Por outro lado, a liberdade de concorrência impõe um controle, para que prevaleça um mínimo ético e haja efetiva competição, ou seja, leva à necessidade da defesa da concorrência. Essa garantia de um mínimo ético visa, por exemplo, evitar que aqueles que deveriam competir entre si combinem seus preços, falseando os resultados do mercado.

Enquanto o modelo liberal clássico se prendeu àquele primeiro sentido do princípio da liberdade de concorrência, a concepção neoliberal orienta-se pela necessidade de proteção do mercado, para a garantia da concorrência.

De acordo com as crenças predominantes a cada momento, o conteúdo e sentido atribuídos ao princípio da liberdade de concorrência variarão, pois o direito da concorrência é o reflexo de uma determinada política de concorrência. Como Pascal Salin (1995, p. 5) destaca, então, mesmo a teoria tradicional da concorrência “[...] se converte em teoria normativa ao demonstrar que a realização da concorrência conduz a um ótimo econômico”.

Então, de acordo com um enfoque finalístico, podemos utilizar a norma de direito da concorrência como um meio para a realização de objetivos que se apresentem socialmente desejáveis. Richard Whish (2001, p. 15), por exemplo, atribui à defesa da concorrência o fim de defesa dos consumidores, redistribuição e proteção dos concorrentes. É justamente nesse seu aspecto

que o direito da concorrência assume toda a amplitude que lhe é própria como objeto do direito econômico, tornando-se meio para uma política de concorrência.

Contudo, é importante destacar algumas deficiências próprias da aplicação de modelos na realidade social. Cremos que a observação dessas deficiências nos permitirá compreender melhor as mudanças pelas quais passamos e também buscar meios para lidarmos melhor com a realidade atual. Assim, na explicação da realidade e na formulação de políticas econômicas, recursos teóricos como a abstração nos permitem a construção de modelos menos complexos que tentamos aplicar à realidade. Porém, um problema que surge na hora de nos valermos desse recurso de análise é o de tomarmos o modelo como realidade e, a partir disso, julgarmos os fenômenos verdadeiros como aberrações da realidade social, ao falarmos do comportamento no mercado.

Como Pascal Salin (1995, p. 90) destaca, as políticas de concorrência procuram forçar a realidade a se ajustar a um modelo (um modelo atomista). Para o autor, a teoria econômica tradicional (atomista) é uma construção intelectual que não permite a compreensão da realidade, pois se pauta em abstrações como a de que um agente não se preocupa com o comportamento dos concorrentes e também porque ela não considera as relações de poder (SALIN, 1995, p. 87, 29 e 88).

Nessa mesma linha de crítica, Richard Whish (2001, p. 2) observa que a análise de uma concorrência perfeita não explica adequadamente o comportamento econômico no mundo real. Mesmo assim ele defende o mercado e propõe um modelo em que se conjuguem o mercado e a proteção estatal na promoção da concorrência. Segundo o autor, “[...] mercados possibilitam melhores ganhos do que a planificação estatal; no centro da idéia de mercado está o processo de concorrência”. (Idem)

Esta é precisamente a tônica da política de concorrência predominante nos dias de

hoje: uma política que valoriza a liberdade do mercado, mas que dá ao Estado o poder-dever de garantir essa liberdade, segundo um critério de subsidiariedade. Quer falemos de defesa da concorrência hoje, quer de regulação econômica, o mercado está no centro das concepções predominantes que inspiram as diversas políticas de sua própria disciplina.

A atribuição desse papel de garantia ao Estado decorre da maior visibilidade hoje da diferença inerente a cada sujeito que atua no mercado. Uma diferença que ficou mais evidente após a concentração capitalista e a inauguração do capitalismo de grupo, revelando-nos uma assimetria de poder que faz possível um efeito de dominação e leva à necessidade de repressão ao abuso de poder econômico (PERROUX, 1967). Como é possível observar, por questões fáticas ou decorrentes do próprio sistema jurídico, há momentos em que apenas um sujeito se lança ao mercado como ofertante ou comprador. Barreiras técnicas ou barreiras legais podem levar a um contexto dessa natureza. Nessa hora, a concorrência fica em risco, já que a livre concorrência caracteriza-se pela ausência de barreiras (SALIN, 1995). Por isso, ao direito da concorrência, atribui-se o objetivo de repressão do comportamento das empresas com poder de mercado (WHISH, 2001, p. 15).

Mesmo conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que, num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribui para toda uma prosperidade coletiva.

No entanto, observamos atualmente mudanças na realidade econômica que nos distanciam dessa situação ideal e nos levam a transformações na política de concorrência. Como Richard Whish (2001, p. 2) destaca, vivemos hoje num contexto de “[...] desmonopolização, liberalização e privatizações. Estes fenômenos, associados a

rápida mudança tecnológica e à abertura do comércio internacional despertam poderosas forças econômicas sem precedentes”.

No centro das forças que impõem essa adaptação, observamos a formação de grupos cujo poder econômico não encontra precedentes na história. Isso nos põe diante de um paradoxo moderno destacado por Pascal Salin (1995, p. 93) que é fruto da necessidade de proteger a concorrência, mas tolerando monopólios.

Ainda nessa perspectiva dos desafios impostos pela realidade atual à proteção da concorrência, Gérard Farjat (2004, p. 144) destaca que, embora o direito antitruste tenha nascido nos EUA (Estados Unidos da América) para proteger o mercado diante da concentração, hoje a posição dominante de uma empresa, por exemplo a Microsoft, é essencial para os fins hegemônicos da política internacional daquele país.

Então, de um lado observamos uma tendência à acentuação da assimetria no mercado ou à redução do número de concorrentes, e, do outro, está a necessidade de proteger a concorrência.

Ainda estamos a reviver os desafios já reconhecidos por François Perroux (1967, p. 14): “[...] os programas estabelecidos por grandes unidades, desejosas de ganhar à custa umas das outras, não podem realizar-se simultaneamente, e acima deles tem de intervir uma arbitragem”.

Num Estado de Direito, verifica-se então que uma constituição econômica é necessária para conter o poder econômico privado ou público (WHISH, 2001, p. 18). Nesse panorama, a política de concorrência visa restabelecer a igualdade (SALIN, 1995, p. 89).

Nessa perspectiva, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira (2003, p. 15) esclarecem a nova feição da economia de mercado:

“[...] a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e no (*sic*) concorrência, depende essencialmente da regulação pública não

só para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.”

Conforme Carolina Munhoz (2006, p. 251) adverte, “[...] o mais importante está aí: a consciência da importância da defesa do processo competitivo no mercado. E não é qualquer defesa da concorrência, mas sim uma capaz de auxiliar na promoção do processo de desenvolvimento. [...]”. Afinal, como Richard Whish (2001, p. 2) destaca, a concorrência contribui para algumas mudanças positivas:

“[...] os benefícios da concorrência são preços menores, produtos melhores, mais opções e maior eficiência do que o que se pode obter sob condições de monopólio. Segundo a teoria econômica neoclássica, em condições de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado. [...] ‘bem-estar do consumidor’ [...] significa especificamente: que se pode conseguir as eficiências alocativa e produtiva; a combinação da eficiência alocativa com a eficiência produtiva maximiza a riqueza total da sociedade. Outro benefício decorrente da concorrência é que ela tem um efeito dinâmico de estimular a inovação, pois os concorrentes são levados a produzir novos e melhores produtos para os consumidores.”

Então, ao destacarmos a possibilidade de a concorrência levar à *eficiência dinâmica*, verificamos, sob uma perspectiva estrita, a possibilidade de a concorrência impulsionar o desenvolvimento econômico. Também sob uma perspectiva ampla, a liberdade de concorrência pode impulsionar o desenvolvimento. Como Amartya Sen (2000) afirma, o mercado, porque tem a liberdade como um de seus fundamentos, é uma instituição importante para o desenvolvimento. Na síntese de Carolina Munhoz (2006, p. 164), vemos:

“[...] A concorrência desempenha um papel fundamental, tanto para garantir a existência de liberdades essenciais ao processo de expansão de liberdades que constitui o desenvolvimento, como ao permitir que a moldura institucional ligada ao mercado funcione de forma a proporcionar maior certeza e segurança aos agentes econômicos.”

Nisso, o direito da concorrência se aproxima do direito econômico. Como Gérard Farjat (2004, p. 126) ressalta, “cada vez mais, a concorrência aparece como uma forma de organização e não como um estado natural, espontâneo, normal”. Por isso, o autor destaca que o direito da concorrência está no cerne do direito econômico contemporâneo e que esse interesse, que nos leva a um *direito econômico da concorrência*, manifesta-se a partir de uma perspectiva macroeconômica do mercado, enquanto os concorrentes lhe merecem uma proteção indireta (Idem, p. 121-122). No mesmo sentido, Frison-Roche e Bonfils (2005, p. 357) afirmam que o direito da concorrência é um “[...] guardião da livre competição, um direito ao serviço do mercado [...]” e que se orienta por um enfoque macroeconômico.

2.3 – Concorrência e mercado

Um passo indispensável na realização destes objetivos atribuídos à norma de direito econômico e de direito da concorrência é a delimitação do mercado. Neste momento, deparamo-nos com outra abstração (FARJAT, 2004, p. 122), porque fruto de uma arbitrariedade (SALIN, 1995, p. 90) do esforço de explicação e disciplina do mercado. Então, é necessário um enfoque restritivo na delimitação do mercado, para resguardar a eficácia da própria concorrência (FARJAT, 2004, p. 138).

Diante disso, verificamos com Richard Whish (2001, p. 22) que a definição do mercado é uma ferramenta fundamental para o operador do direito da concorrência e, apesar de ser complexa e essencialmente

econômica, os juristas não podem ignorá-la. O autor apresenta ainda as seguintes observações em relação à tarefa de definir o mercado para a análise própria do direito da concorrência:

“Primeiro, a definição do mercado não é um fim em si: é uma ferramenta analítica que auxilia na determinação de restrições concorrenciais entre empresas. Em segundo lugar, tanto a dimensão geográfica quanto a dimensão do produto dos mercados devem ser analisadas. Em terceiro lugar, a definição do mercado apenas habilita a identificação das restrições concorrenciais entre competidores atuais: ela não nos diz nada sobre concorrentes potenciais.” (Idem, p. 23)

Em complemento à definição do mercado, surge a necessidade de avaliar o grau de poder de mercado dos sujeitos envolvidos, para definirmos o grau de assimetria e, com isso, compreendermos melhor a realidade e aplicarmos a norma de direito da concorrência.

Sobre o poder de mercado, Richard Whish (2001, p. 6 e 39-40) afirma:

“[...] poder de mercado não existe com relação a um produto, mas em relação a um mercado relevante quanto ao produto, a definição deste mercado deverá combinar dois critérios: ele deverá ser suficientemente delimitado para excluir não substitutivos, e deverá ser suficientemente amplo para incluir todos os substitutos. [...] Fatias do mercado não fornecem informações completas sobre o poder de mercado, é preciso analisar também as barreiras à entrada e à saída.”

Lembramos ainda as anotações feitas por Valentine Korah (1968, p. 20) sobre o assunto:

“Poder de mercado é uma questão de grau, de acordo com fatores como o número de fornecedores independentes, a facilidade com que novas em-

presas consigam entrar no mercado, a disponibilidade de substitutivos (inclusive pela importação de produtos substitutivos) que atendam à mesma ou similar destinação ou possibilitem satisfação similar e o poder de barganha de grandes compradores.”

Para a correta delimitação do mercado para a análise de fenômenos concorrenciais, em algumas situações as conclusões virão da utilização de meios indiretos que permitirão uma análise mais detalhada da realidade. Nesse caminho, Richard Whish (2001, p. 157-161) nos traz uma relação de fatores que indicam dominação: a lei, acesso a capital, economias de escala, integração vertical e sistemas de distribuição bem estruturados, diferenciação dos produtos (marcas), tamanho e penetração no mercado (estrutura do mercado), custos de oportunidade, cláusulas de exclusividade, conduta da empresa dominante, *performance* econômica de uma empresa, registros comerciais.

3 – Relações verticais e restrições verticais à liberdade de concorrência

Num mercado concorrencial, os diversos sujeitos que se dedicam à atividade econômica, em especial as empresas pelo destaque que essa forma de organização tem no período atual do capitalismo, podem competir em dois planos: um primeiro, relativo a uma concorrência intermarcas ou horizontal, que é aquele em que observamos a concorrência efetiva ou potencial de sujeitos que atuam num mesmo mercado na oferta ou na procura de produtos ou serviços; do outro lado, podemos olhar para a concorrência sob um prisma vertical, ou intramarcas, que é aquela decorrente do relacionamento de duas ou mais empresas interligadas a partir de alguma relação vertical, isto é, quando uma empresa atua no mercado de insumos ou matérias-primas de outra, dentro de uma cadeia produtiva, ou quando uma empresa dedica-se à

distribuição dos produtos ou serviços de outra. Nesse caso, a concorrência vertical se dá, por exemplo, pela disputa entre os diversos revendedores do produto de uma determinada marca.

Enquanto na relação horizontal a ilicitude de um comportamento pode estar, por exemplo, no fato de dois sujeitos combinarem a não concorrência ou seus preços, no plano vertical, em muitos momentos, a exclusividade territorial é característica estruturante da própria relação entre os sujeitos, como no contrato de franquia. Isso faz com que necessitemos de conhecer mais o universo dessas relações, para compreendermos seus limites traçados pelo princípio da liberdade de concorrência.

A Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, que exemplifica as restrições verticais e horizontais à liberdade de concorrência, define as práticas restritivas verticais assim:

“As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’). (BRASIL, 1999).

Por sua vez, a Comissão das Comunidades Europeias, no artigo 2º de seu Regulamento nº 2.790, de 22 de dezembro de 1999, diz que as restrições verticais são restrições da concorrência em acordos verticais, ou seja:

“[...] acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (denominados ‘acordos verticais’).” (COMISSÃO..., 2002, p. 23)

Richard Whish (2001, p. 543) esclarece que o *Guideline* da Comissão relaciona as seguintes espécies desses acordos: marca única, distribuição limitada, fixação do preço de revenda, divisão de mercado.

Quanto ao conteúdo dessas restrições no direito brasileiro, observamos que a Resolução CADE nº 20/1999 enumera seis ordens de práticas restritivas verticais:

1. Fixação do preço de revenda – quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores;
2. Restrições territoriais e de base de clientes – quando o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em determinadas regiões;
3. Acordos de exclusividade – os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais;
4. Recusa de negociação – o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento;
5. Venda casada – o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço;
6. Discriminação de preços – o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de

parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros. (BRASIL, 1999).

3.1 – Efeitos das restrições verticais

Ao falarmos de restrições verticais à concorrência, necessário salientar que os negócios internos a uma corporação não estão sujeitos à incidência da lei (WHISH, 2001, p. 537). Pelo menos até que eles afetem terceiros.

Como Calixto Salomão Filho (2003, p. 307) salienta, existe um paralelismo entre as restrições verticais e a concentração vertical e, em alguns momentos, a restrição vertical será um mal menor em face da concentração:

“Isso permite visualizar as restrições verticais e concentrações como espécies do mesmo gênero, diferenciáveis em função do grau de integração que cada uma proporciona. A consequência é tornar possível identificar aqueles casos em que determinada restrição é imprescindível para que certo produto possa simplesmente entrar no mercado ou competir e onde ela é, portanto, necessária para evitar uma concentração ainda maior de poder, como a que ocorreria no caso de concentração vertical.”

Com isso, podemos verificar que existe a possibilidade de uma restrição vertical trazer benefícios. Richard Whish (2001, p. 10 e 544) destaca que restrições à concorrência intramarcas podem levar a ganhos na concorrência intermarcas e que elas também podem estimular a competição quanto à qualidade do serviço. Esse efeito positivo também é destacado por Valentine Korah (1968, p. 191).

Na definição da ilicitude de uma restrição, Richard Whish (2001, p. 546-554) destaca que a fatia de mercado é um indicativo importante, ao qual se acrescenta o seu prazo. Quanto a isso, longos prazos, ou seja, superiores a cinco anos, são indicativos de abuso.

Na análise das restrições verticais à liberdade de concorrência, Calixto Salomão Filho (2003, p. 312) salienta a “[...] interdependência entre a concorrência intramarca e intermarcas. Eliminada a primeira, grande é o estímulo para o desaparecimento da segunda”. O autor afirma que as restrições verticais, quando distribuidores e revendedores são comuns a várias marcas, podem gerar efeitos anticompetitivos. Nessa hipótese, podemos observar uma eliminação da concorrência horizontal no mercado, equivalente ao efeito de um cartel. Por isso, o autor diz que “[...] na distribuição multimarca a restrição vertical presumidamente sempre tem por objetivo e pode levar à dominação do mercado”. (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 311).

Mas isso não quer dizer que, no caso da distribuição exclusiva, não haja risco. Como o mesmo autor esclarece, há risco em caso de oligopólio, pois “[...] além da restrição direta de escolha, há o convite ao comportamento idêntico dos demais produtores”. (Idem, p. 312).

3.2 – O exemplo do contrato de franquia

Optamos por analisar alguns aspectos relativos às restrições verticais nos contratos de franquia porque essa modalidade comercial de importância crescente na economia contemporânea é solo fértil para as restrições verticais e por existir uma tendência da restrição na franquia ser considerada lícita. Essa admissibilidade é decorrente da eficiência da restrição na franquia. Por exemplo, porque possibilita o acesso do produto ao mercado sem concentração vertical (Ibidem).

Quando confrontamos os contratos de franquia com a disciplina referente à proteção da liberdade de concorrência, identificamos dois pontos de tensão: um primeiro geral inerente ao objeto dos contratos e um outro decorrente da estrutura própria da franquia.

Na franquia, embora haja um vínculo profundo entre franqueador e franqueado,

não há vínculo societário como observaríamos numa fusão ou incorporação de empresas ou como consequência do crescimento da mesma empresa pela abertura de subsidiárias. Então, conforme Calixto Salomão Filho (2002, p. 107) salienta, “trata-se, portanto, sob o aspecto funcional, de uma forma intermediária entre a concentração vertical e a realização de meros contratos de distribuição ou representação”.

Nessa perspectiva, o autor considera a restrição vertical na franquia lícita, porque possibilita o acesso do produto ao mercado sem concentração vertical (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 312). Isso porque a restrição ainda preserva uma relativa autonomia dos sujeitos envolvidos. Por isso, a análise concreta servirá para delimitarmos o quanto de poder tem a empresa que se beneficia da restrição e qualificar-lhe de ilícita, porque abusiva, ou não.

Na jurisprudência europeia sobre o tema, em decisão proferida em 1986, no Caso 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (2006), o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias definiu que: 1 – O contrato de franquia pode ferir a liberdade de concorrência; 2 – É necessária a análise concreta; 3 – Certas restrições são toleradas, para evitar benefícios a terceiros (fora da rede), preservando as vantagens do negócio.

Observamos que há justamente uma tendência à tolerância de certas restrições verticais em função da busca de efeitos positivos, como a melhora da qualidade dos serviços. Por exemplo, quando duas lojas vendem o mesmo produto ao mesmo preço, aquela que se mostrar mais apta a prestar um bom serviço na venda e no pós-venda terá mais chances de cativar o consumidor.

Por outro lado, no que se refere à própria estrutura dos contratos e à presença de restrições à liberdade de concorrências, no âmbito europeu, o Regulamento (CEE) nº 4.087/1988 da Comissão (2006) diz:

“Os acordos de franquia consistem essencialmente em licenças de di-

reitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas ou insígnias e saber-fazer, que podem ser acompanhados de restrições respeitantes ao fornecimento ou à compra de produtos.”

Calixto Salomão Filho (2002, p. 109) destaca a utilidade das restrições nessa modalidade negocial:

“A forma de coordenar os franqueados, evitando efeitos que podem comprometer a viabilidade econômica da franquia, é feita usualmente através da redução da possibilidade de concorrência entre os integrantes da rede de distribuição através da imposição de restrições verticais, tais como a fixação do preço de revenda e a divisão territorial da área de atuação dos franqueados.”

Diante do conflito entre a estrutura do contrato e o princípio da liberdade de concorrência, lembramos da primeira decisão da Suprema Corte Norte-Americana envolvendo a análise de restrições verticais de território e sobre os preços contidos em um contrato de franquia em face da legislação antitruste daquele país. Trata-se do caso *United States v. Arnold, Schwinn & CO.* Embora, diante do conflito, a Corte tenha decidido pela ilicitude da conduta, houve uma divergência entre os Juízes, fazendo com que mereçam destaque as considerações dos Juízes Stewart e Harlan ao divergirem, em conjunto, da decisão majoritária, pois concluíram pela eficiência da prática analisada:

“[...] Schwinn desenvolveu uma política de franquias que pode assegurar qualidade e eficiência ao seu sistema de distribuição. [...] [A]s razões para a política de franquias adotada por Schwinn não estão apenas nos fatos desse registro específico, mas em numerosas questões de política econômica e social. Esta Corte reconheceu o interesse do Congresso no desaparecimento do pequeno comerciante

independente, devido à concorrência com gigantes verticalmente integrados. Ver *Brown Shoe Co. v. United States*. Em muitos casos, essa tendência reflete a inexorável realidade econômica do mercado moderno. Mas a franquia dá esperança ao comerciante independente de, efetivamente, se tornar um concorrente eficiente de empresas muito concentradas.” (388 U.S. 365, 1967, p. 383 e 386).

Ao observarmos a Lei Brasileira de Franquias, constatamos a possibilidade de o contrato estruturar-se sobre restrições como, por exemplo, pela exclusividade territorial, pela obrigatoriedade da compra de insumos de fornecedor especificado pelo franqueador ou pela cláusula de não-concorrência após o término do prazo do contrato (art. 3º, X, XI e XIV da Lei 9.855/94) (BRASIL, 2007).

O exemplo tem uma importância especial, pois deixa clara a possibilidade de o contrato de franquia limitar a liberdade de concorrência. Embora o franqueado pague pelo uso de um direito de propriedade industrial ou pelo acesso a um segredo, após o término do contrato, ele pode ser proibido de concorrer com a rede de franquia que integrou. Também é útil destacar que, num sentido amplo, não só na franquia, existe um conflito próprio da dinâmica dos direitos de propriedade industrial em face do direito da concorrência. A exclusividade que é da essência da disciplina da propriedade industrial constitui uma barreira à entrada, enquanto a liberdade de concorrência é um princípio que vai contra a ideia de alguém deter um monopólio. Além de criar verdadeiros monopólios, que são até mesmo estimulados pelo próprio sistema jurídico, a exclusividade cria também um cenário bastante favorável à incidência das restrições verticais, como as restrições territoriais, acordos de exclusividade, cláusula de não contestação, fixação de preço, venda casada, preços predatórios, recusa de contratar e práticas concertadas.

Mesmo diante da presença de restrições, a franquia se mostra uma boa estratégia para o franqueador criar uma rede uniforme sem fazer investimento direto, enquanto o franqueado tem acesso a um negócio já testado e pode explorar uma marca já conhecida.

Nessa perspectiva, Calixto Salomão Filho (2002, p. 110) destaca que “[...] apesar de a criação de redes eficientes de franquias envolver restrições à concorrência entre seus membros, o efeito para o consumidor será benéfico na medida em que permite intensificar a concorrência entre redes distintas [...]”.

A fim de ressaltar os benefícios, mencionamos o seguinte trecho do Regulamento da Comissão das Comunidades Europeias nº 4.087/88 (2006):

“(7) Os acordos de franquia, tal como definidos no presente regulamento, melhoram normalmente a distribuição de produtos e/ou a prestação de serviços visto darem aos franqueadores a possibilidade de estabelecerem uma rede uniforme com investimentos limitados, facto que pode fomentar a entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente no caso de pequenas e médias empresas, aumentando, deste modo, a concorrência entre marcas; os referidos acordos permitem também a comerciantes independentes estabelecerem pontos de venda mais rapidamente e com maiores probabilidades de êxito do que se tivessem de fazê-lo sem a experiência e a assistência do franqueador; os comerciantes independentes têm, portanto, a possibilidade de competir mais eficazmente com grandes empresas de distribuição.” (consideranda).

A confirmação dos benefícios dependerá da existência de concorrência intermarcas.

Como toda questão em direito da concorrência, a franquia nos oferece desafios complexos. Um novo exemplo dessa com-

plexidade pode ser visto na decisão da Comissão das Comunidades Europeias no Caso 98/663/CE, *Blokker/Toys “R” US* (2006), que trata da análise de um contrato de franquia e que é interessante por ir ao cerne do negócio numa abordagem substancial. No caso, a Comissão identificou a transferência indireta do controle do franqueador ao franqueado, ou seja, viu no contrato de franquia um instrumento para um ato de concentração. Devido à posição dominante da empresa, o órgão determinou a desconcentração.

Como Eduardo Goulart Pimenta (2005, p. 145, 148 e 149) demonstra, o controle econômico se manifesta num contexto de dependência econômica, subvertendo a ideia de autonomia do sujeito controlado e não necessita de se formalizar pela detenção de capital social da empresa controlada.

Fizemos essas remissões para destacar a necessidade de nos desvincularmos dos dogmas ao lidarmos com o direito da concorrência. Embora a franquia não crie vínculo societário entre as partes e, portanto, não seja formalmente um ato de concentração econômica, para que haja a concentração basta a transmissão indireta do controle, conforme o próprio artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 dispõe (BRASIL, 2006).

Essa complexidade, que nos leva a uma necessária análise concreta da realidade, é bem visível diante das condutas ofensivas à liberdade de concorrência que estão previstas nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 2006).

4 – Provocações suscitadas pelas práticas europeia e brasileira

Na aplicação do direito da concorrência, as antinomias e também a falta de maturidade desse capítulo do nosso sistema jurídico nos colocam diante de problemas complexos.

Em alguns momentos, o sistema jurídico pode ser interpretado de modo a supormos

que o ilícito à concorrência seria um ilícito em si. Uma postura que concebe toda concentração como ilícita ou todo comportamento de fixação dos preços praticados num mercado alvo também como ilícito.

No entanto, talvez a única regra geral que possamos extrair de todo o direito da concorrência é a de que a licitude ou a ilicitude são padrões relativos. A realidade de cada momento nos fornece parâmetros para, no direito da concorrência, sermos mais ou menos tolerantes a determinados comportamentos.

O pensamento de Steven Anderman (2001, p. 9 e 14) reforça essa nossa observação em relação à inexistência de uma regra geral, pois o autor destaca a tendência ao estabelecimento de uma disciplina concorrencial dos DPI (Direitos de Propriedade Industrial) construída caso a caso e aponta a necessidade de olhar o mercado. Outro autor que reforça a ideia é Richard Whish (2001, p. 547-548), quando defende a regra da razão, a necessidade de análise concreta e propõe a adoção de uma abordagem flexível e fundada em critérios econômicos.

Então, para melhor compreendermos a linha divisória entre exercício de direito e abuso, um instrumento importante é a análise de decisões dos órgãos encarregados da defesa da concorrência e também de decisões judiciais, inclusive pelo Direito Comparado, pois, em matéria de proteção da concorrência, essa técnica de estudo pode acrescentar muito à consolidação da doutrina brasileira do direito da concorrência.

É fato que o mercado brasileiro só se abriu para a concorrência, ou para uma concorrência mais viva, a partir da última década do século XX, enquanto as realidades Norte-Americana e Europeia nos oferecem à observação experiências mais sólidas neste capítulo do direito. A construção do direito antitruste dos EUA vem desde fins do século XIX; por outro lado, no direito inglês, por exemplo, para a análise de algumas questões concorrenciais são feitas

remissões a precedentes que remontam a 1415, como o *Dier's Case*.

No estudo das restrições verticais, a referência ao direito europeu é importante devido às recentes mudanças pelas quais o ordenamento comunitário passou neste capítulo a partir de 1999, como mais uma etapa da sua atualização. Essas mudanças indicam uma tendência de se enfatizar a concorrência intermarcas (horizontal), em relação à concorrência intramarcas (vertical), e a se utilizar uma abordagem mais economicista e pragmática, que busca verificar os efeitos concretos de certas restrições em vez de rotulá-las previamente de ilícitas. Com isso, o direito europeu começou a vencer o limite apontado pela crítica de Calixto Salomão Filho (2003, p. 308), quando afirmou que “[...] o grande problema da teoria neoclássica é desconsiderar o valor em si da existência de concorrência em cada um dos níveis: intramarca e intermarcas”.

Contudo, diante do estudo comparado, é importante lembrar que o grau de desenvolvimento da economia brasileira impõe uma análise das regras de proteção da concorrência diferente da análise feita em outras regiões desenvolvidas. Como João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001, p. 8) salienta:

“[...] Se a concentração pode apresentar até mesmo perigos numa sociedade econômica e socialmente desenvolvida, o mesmo não se poderá dizer no âmbito de uma sociedade em desenvolvimento, quando a concentração de empresas poderá surgir como uma conveniência, quando não como uma necessidade. Os métodos legais para a proteção da concorrência variarão segundo se apliquem numa sociedade desenvolvida ou em desenvolvimento, pois que nestas há um forte interesse em favorecer a concentração. [...]”.

Nossa análise comparativa nos permite ainda fazer algumas observações sobre os seguintes temas: restrições territoriais, prá-

ticas discriminatórias, recusa de contratar, concorrência e vínculo contratual e sobre abuso de posição dominante.

4.1 – Restrições territoriais

Uma primeira decisão a ser mencionada é a *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, Casos 56 e 58/64 (2002), na qual o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em julho de 1966, analisou os efeitos concorrenciais de um contrato de distribuição com cláusula de exclusividade territorial, pelo qual, apenas *Consten* detinha os direitos de importar produtos *Gunding*, em França, e era proibida de exportá-los.

O Tribunal estabeleceu um importante pressuposto quanto ao exercício de direitos de propriedade intelectual e a proteção da concorrência, ao demonstrar que aqueles direitos têm seus usos limitados pelas normas de proteção da concorrência.

Quanto aos limites para a subsunção de acordos restritivos às normas comunitárias de proteção da concorrência, o Tribunal disse que o artigo 85 (novo artigo 81) do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia não faz distinção entre concorrência intermarcas e concorrência intramarcas, para limitar a aplicação de suas normas a apenas uma dessas modalidades de concorrência. Ou seja, as normas comunitárias de proteção da concorrência aplicam-se tanto em relação a restrições verticais, quanto a restrições horizontais.

Outro princípio importante que se extrai dessa primeira decisão é o de que as restrições territoriais, como a em discussão, podem causar o efeito de frustrar o objetivo comunitário de eliminar barreiras comerciais ao livre comércio entre os Estados.

Para prosseguir na análise das restrições territoriais à liberdade de concorrência em acordos semelhantes, verificamos que, em 1974, ao julgar o caso *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, nº 15/74 (2002), o Tribunal decidiu que o

detentor de uma patente, em um Estado membro, não pode impedir a entrada e comercialização, no território desse Estado, de um produto estrangeiro, feito com base numa patente paralela concedida em outro País. No mesmo ano, o Tribunal decidiu outro caso conexo a esse – *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*, Caso 16/74 (2002) – e concluiu que a cláusula proibitória de exportações, inserida em contrato de distribuição, constitui uma restrição territorial ilegal.

Por outro lado, em *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV*, Caso 104/75 (2002), decidido em 1976, o Tribunal considerou que as normas nacionais que autorizam apenas determinada empresa a importar produto específico, por constituírem medidas equivalentes a restrições quantitativas ao livre comércio entre os Estados membros, são proibidas pelo Tratado, em seu artigo 28 (antigo artigo 30).

Em 1982, ao julgar o caso *L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, nº 258/78 (2002), a Corte decidiu que um acordo de distribuição exclusiva, incluindo licença para exploração de direito de propriedade intelectual, com relação a certo território delimitado, constitui uma restrição equivalente a uma restrição territorial absoluta, vista como obstáculo às importações paralelas, tal como uma barreira à entrada.

Outra decisão do Tribunal de Justiça, na qual é analisada uma restrição territorial em contrato de distribuição, e que merece remissão, é a do caso *BASF Lacke + Farben AG v Commission of the European Communities*, T-175/95 (2001), pois a Corte concluiu que, ao buscar a intenção de determinada conduta, a análise deve ser centrada em elementos objetivos, ou seja, saber se a conduta produz, objetivamente, o efeito de restringir a competição.

Em *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Caso 161/84 (2006), além de ressaltar a necessidade de análise concreta, a Corte admitiu

restrições inerentes à uniformidade do negócio, mas considerou ilícita a restrição territorial.

4.2 – Práticas discriminatórias

Em 1974 o Tribunal de Justiça decidiu o Caso 155/73 (2002), *Giuseppe Sacchi*, que dizia respeito à transmissão de sinais de televisão. A Corte demonstrou que a exclusividade do direito não é incompatível com o livre mercado, mas que a discriminação pode configurar abuso.

Em *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90 (2006), a Corte fixou o entendimento de que um sujeito em posição dominante, no caso, detentor do monopólio de um serviço, comete abuso ao adotar práticas discriminatórias.

No Brasil, em decisão envolvendo a Microsoft e suas distribuidoras, no Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49 (BRASIL, 2006), o CADE analisou a existência de restrição territorial que levou à exclusividade no fornecimento para a Administração Pública Federal, que se verificou num contexto de ausência de efetiva concorrência intermarcas. Desse modo, os fatos configuraram restrição vertical discriminatória ilícita e abuso de posição dominante em ofensa à concorrência intramarca.

4.3 – Recusa de contratar

Em 1988, o Tribunal de Justiça Europeu, ao decidir o caso entre *AB Volvo v. Erik Veng (UK) LTD.*, nº 238/87 (2001), concluiu que a recusa em ceder, em si, não é abusiva, mas outras práticas poderiam configurar a ilicitude, sobretudo se praticadas por empresa em posição dominante.

Além disso, com *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*, Casos 6 e 7/73 (2007), verificamos que, se uma empresa em posição dominante num mercado de origem recusa o fornecimento de produtos ou serviços a um concorrente em um mercado alvo a

ponto de eliminar toda a competição neste mercado, a recusa será ilícita. Esse caso é apontado por Richard Whish (2001, p. 612) como o fundamento para a jurisprudência europeia da recusa de contratar e das *essential facilities*.

4.4 – Relação contratual e concorrência

No *common law*, como Valentine Korah (1968, p. 189) destaca e exemplifica com um precedente de 1915 (*Dunlop v. Selfridge*), um contrato vincula apenas as partes que o integram. Portanto, terceiros não se obrigam por uma cláusula de fixação do preço de revenda que lhe seja imposta em derivação de um contrato de que não tomaram parte.

Além dessa perspectiva relativa aos limites subjetivos da eficácia do vínculo contratual, observamos um outro problema que é o da extensão objetiva do poder criador da vontade, quando um contrato, especialmente um contrato autorizado pela lei, entra em conflito com as disposições legais do direito da concorrência.

Esse conflito nos leva a perguntar: até que ponto a lei ou o contrato podem excluir a ilicitude de uma restrição à liberdade de concorrência?

É útil a remissão ao conflito que existe aqui no Brasil entre a disciplina jurídica da distribuição de veículos automotores e a disciplina de proteção da concorrência. O direito da concorrência brasileiro classifica como ilícitas uma série de restrições verticais à concorrência, como a *fixação do preço de revenda* e como a *venda casada*, enquanto que a Lei 6.729, de 28 de novembro de 1979 (2007), conhecida como *Lei Ferrari*, que disciplina a relação de distribuição de veículos automotores no Brasil, estabelece que a relação de distribuição deverá implicar a obrigatoriedade de venda pelo concessionário ao preço estipulado pelo concedente e também a previsão de quota de produtos a serem comercializados. Ou seja, a lei que disciplina o mercado de distribuição de veículos automotores, anterior à lei de

proteção da concorrência, estabelece uma relação que tem a potencialidade de ferir a liberdade de concorrência, pois admite comportamentos restritivos considerados infrações à liberdade de concorrência.

Em relação ao conflito, na década passada, o CADE analisou questão envolvendo a ABRADIF – Associação Brasileira de Distribuidores Ford – e a Ford Brasil Ltda., processo administrativo nº 08000.019862/96-89 (BRASIL, 2003); naquela ocasião, concluiu-se pela possibilidade, em tese, de a relação de distribuição de veículos automotores ferir a concorrência.

Por outro lado, o que chama a atenção nesse processo administrativo é que, em sua fase preliminar de instrução, decidiu-se pelo arquivamento, sob o argumento de que as condutas apontadas como ilícitas não passavam de questões meramente contratuais. Com isso, pretendemos enfatizar que as especificidades do direito da concorrência, quando não compreendidas pelos seus aplicadores, poderão acarretar equívocos e dificultar a implementação de uma política de concorrência voltada ao desenvolvimento.

Em Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, Caso T-208/01 (2007), observamos que o Tribunal europeu declarou que a assinatura de um contrato de distribuição não implica a presunção da aceitação tácita de futuras disposições ilegais decorrentes da relação inaugural.

Vemos ainda que, ao analisar um contrato de distribuição com exclusividade em outro mercado, o CADE, no processo administrativo nº 08000.000146/96-55, Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. v. Companhia Cervearia Brahma (2003), apreciou o questionamento de distribuidor em relação à diminuição dos seus lucros via conduta do fabricante que, unilateralmente, adotava a fixação de preços e outras disposições a respeito da comercialização exclusiva dos seus produtos. Contudo o CADE verificou que as condutas não alteravam a concorrência intermarcas,

pois não interferiam nos preços ao consumidor. Além disso, destacou os efeitos pró-competitivos das restrições verticais. Por isso, a autarquia identificou no caso apenas uma querela contratual cujos efeitos não transcendiam as esferas jurídicas das respectivas partes para, numa perspectiva macroeconômica, afetar o mercado e, daí, interessar à defesa da concorrência.

Por fim, observamos que, em voto no Processo Administrativo nº 89/92 (2003), cujas partes são KOERICH S/A Comércio de Automóveis, Amauri Peças e Veículos Ltda. e Volkswagen do Brasil Ltda./Autolatina, os Conselheiros do CADE identificaram a obscuridade que dificulta a condução de uma política concorrencial para o setor. Por isso, recomendaram a análise da estrutura do mercado de distribuição de veículos automotores brasileiro. Além disso, apontaram o efeito positivo do tabelamento.

Embora nessa decisão o Conselheiro Mércio Felsky, diante da disciplina legal brasileira da distribuição de automóveis, fixada pela denominada *Lei Ferrari*, demonstre ser de opinião que “não é justo, pois, que alguém seja investigado por estar cumprindo a lei”. (BRASIL, 2003), compreendemos que a própria noção de abuso torna frágil essa afirmação, pois o abuso é justamente o desvio no exercício regular de uma prerrogativa atribuída a alguém. Daí, a necessidade da investigação, para determinar se há ou não, em concreto, ilícito.

4.5 – Abuso de posição dominante

Julgado em 1979 na Europa, o Caso 85/76 (2002), *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, levou à análise da abusividade de acordos de exclusividade. Para declarar a existência de abuso, o Tribunal se valeu da definição do mercado relevante e afirmou que o abuso é um conceito objetivo, sendo que, entre os elementos necessários para a sua configuração, o ponto de partida é a detenção de grande fatia do mercado.

Em *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH.*, Caso 102/77 (2002), proferida em 1978, o Tribunal confirmou a regra de que é proibido o abuso de direito pelo titular de uma marca que se encontre em posição dominante.

Por fim, observamos que, em 1983, a Corte apreciou a existência de abuso de posição dominante em acordos de distribuição com sistema de descontos seletivos e concessão de bônus, ao julgar o Caso 322/81 (2002), *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Ressaltamos dois aspectos da decisão: o primeiro é que o Tribunal confirma a necessidade de avaliar o mercado relevante, para definir a existência de posição dominante; o outro, é que a empresa em posição dominante tem a responsabilidade de preservar a concorrência.

5 – Conclusões

A liberdade de concorrência assume dois significados complementares: de um lado, vemos nela a prerrogativa de competir; do outro, ela nos leva à defesa da concorrência. Naquele primeiro significado está a tônica do direito durante o período liberal, enquanto que no período atual o princípio da liberdade de concorrência impõe ao Estado uma atuação na defesa da concorrência.

Se olharmos o mercado sob o prisma das concepções liberais ou neoliberais, identificaremos a concorrência como uma força propulsora de sua regulação e que contribui para o bem-estar individual e coletivo.

Conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que, num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribuiria para a prosperidade coletiva.

No esforço de defesa da concorrência, os dias de hoje nos revelam paradoxos como o

de que, enquanto a liberdade de concorrência é contrária ao monopólio, há mercados cujas estruturas encontram-se altamente concentradas; além disso, o fortalecimento de certos grupos é essencial para a política comercial de alguns Estados no mercado internacional.

Com isso, vem a observação de que, a despeito das regras, consumidores, trabalhadores e pequenas empresas se veem, em muitos momentos, à mercê do poder econômico.

Acreditamos que o paradoxo apontado e a conseqüente frustração são efeitos inerentes às crenças que movem o ser humano até então. Enquanto não se modificar nossa hierarquia de valores, a sensação de angústia será a constatação de que o trabalho está por fazer. Um trabalho diário de todo o aparato institucional de defesa da concorrência. Pois, embora a ideia de mercado, em sua essência, revele-nos a historicidade da instituição e sua abertura à transformação, identificamos a realidade de cada espaço e tempo como o limite para toda tentativa de mudança e, em especial, para uma política de concorrência.

As restrições verticais nos levam a outros paradoxos desse capítulo complexo que é o direito da concorrência. Em muitos momentos, a fonte de uma restrição vertical é um ato lícito e, em alguns, decorre da lei. Além disso, embora a restrição vertical limite a liberdade de concorrência, poderá ser eficiente, porque poderá aumentar a concorrência intermarcas ou a qualidade do serviço prestado aos consumidores, ou por ser um mal menor em relação à concentração vertical.

Um bom exemplo de instituto caracterizado pela prática de restrições verticais e que se revela eficiente é o contrato de franquia.

Diante disso tudo, o estudo comparado nos permitiu verificar no direito europeu uma tendência a tolerar mais as restrições verticais à concorrência intramarcas, quando houver concorrência intermarcas,

e a tendência a utilizar uma abordagem mais economicista e pragmática, que busca verificar os efeitos concretos de certas restrições.

A essas tendências do ordenamento europeu, acrescentamos as seguintes observações relativas à disciplina concorrencial das restrições verticais:

- é necessária uma análise concreta e profunda de cada caso;

- o mercado relevante deve ser delimitado a partir de um enfoque restritivo;

- a ilicitude de uma conduta no mercado resulta da sua capacidade de, objetivamente, restringir a concorrência;

- é necessário dimensionar o poder de mercado dos sujeitos envolvidos;

- a inexistência de concorrência intermarcas faz mais graves as restrições verticais;

- a defesa da concorrência se ocupa dos efeitos macroeconômicos dos comportamentos no mercado.

Tudo isso nos permite afirmar que a defesa da concorrência é um trabalho de construção, pois não existe uma linha divisória nítida entre uso e abuso, entre lícito e ilícito. Existe sim uma tensão. Uma tensão que se resolve caso a caso numa síntese particular.

Referências

ANDERMAN, Steven D. *EC Competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*. New York, USA: Oxford University Press Inc., 2001.

BRASIL. Lei 6.729, de 28 nov. 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6729.htm>. Acesso em: 28 jul. 2007.

_____. Lei 8.884, de 11 jun. 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 nov. 2006.

_____. Lei 8.955, de 15 dez. 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 23 jul. 2007.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Publicada no DOU de 28 jun. 1999.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Recurso de Ofício no Processo Administrativo nº 89/92. Distribuição de automóveis. Representante: José Galvani Alberton. Representadas: KOERICHS/A Comércio de Automóveis, Amauri Peças e Veículos Ltda. e Volkswagen do Brasil Ltda./Autolatina. Voto de Vista. Conselheiro Mércio Felsky, Brasília, 29 set. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.019862/96-89. Distribuição de automóveis. Representante: ABRADIF. Representada: Ford Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, Brasília, 02 set. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55. Distribuição de bebidas. Representante: Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. Representada: Companhia Cervearia Brahma. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz, Brasília, 09 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49. Acordo de exclusividade. Representante: SDE "ex officio". Representadas: TBA Informática Ltda e Microsoft Informática Ltda. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Brasília, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2006.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Relatório de Avaliação da Comissão Respeitante ao Regulamento de Isenção por Categoria nº 240/96*, Relativo à Transferência de Tecnologia, Acordos de Transferência de Tecnologia Abrangidos pelo artigo 81o. Bruxelas. Disponível em: <http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/>. Acesso em: 15 fev. 2002.

_____. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras de concorrência às restrições verticais*: Seguimento do Livro Verde sobre as restrições verticais. Bruxelas. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/>>

competition/antitrust/com1998544_pt.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2007.

_____. *Regulamento (CE) nº 240/96 da Comissão*, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/dat/1996/pt_396R0240.html>. Acesso em: 06 nov. 2001.

_____. *Regulamento (CE) nº 2790/1999 da Comissão*, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/1999/L_336/L_33619991229pt00210025.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2002.

_____. *Regulamento (CE) nº 772/2004 da Comissão*, de 27 de Abril de 2004, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/>>. Acesso em: 30 ago. 2004.

_____. *Regulamento (CE) nº 4087/1988 da Comissão*, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos franquia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988R4087:PT:HTML>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. *Blokker/Toys "R" US*. 31998D0663. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998d0663:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2006.

COMUNIDADE EUROPÉIA. *Tratado que institui a Comunidade Européia*. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/ec_cons_treaty_pt.Pdf>. Acesso em: 23 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. 61984J0161. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0161:EN:HTML>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Volkswagen AG v. Commission of the European Communities*. 61998A0062. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998A0062:EN:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Volkswagen AG v. Commission of the European Communities*. 62001A0208. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001A0208:PT:HTML>>. Acesso em: 28 jul. 2007.

_____. Tribunal de Justiça. *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA*. 61990J0179. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0179:EN:HTML>>. Acesso em: 22 nov. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*. 61973O0006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973O0006:EN:HTML>>. Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. Tribunal de Justiça. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*. 61964J0056. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61964J0056&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*. 61974J0015. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0015&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. 61974J0016. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0016&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. 61974J0016. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0016&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV*. 61975J0104. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61975J0104&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*. 61978J0258. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61978J0258&model=guichett>. Acesso em: 11 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *BASF Lacke + Farben AG v Commission of the European Communities*. 61995A0175. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995A0175>. Acesso em: 02 dez. 2001.

_____. Tribunal de Justiça. *Giuseppe Sacchi*. 61973J0155. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61973J0155&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *AB Volvo v. Erik Veng (UK) LTD.*. 61987J0238. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61987J0238&model=guichett>. Acesso em: 22 nov. 2006.

europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61987J0238&lg=PT>. Acesso em: 02 dez. 2001.

_____. Tribunal de Justiça. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. 61976J0085. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61976J0085&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH. 61977J0102. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61977J0102&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. 61981J0322. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61981J0322&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de transferência de tecnologia: fundamentos para o controle de práticas abusivas e cláusulas restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Arnold, Schwinn & CO. 388 U.S. 365, 1967. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.

_____. *Pour un droit économique*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2004. (les voies du droit).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; BONFILS, Sébastien. *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2005.

GODBOUT, Jacques T.. *O espírito da dádiva*. Colaboração de Alain Caillé. Tradução de Patrice Charles

F. X. Wuillaume. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

KORAH, Valentine. *Monopolies and restrictive practices*. London, UK: Penguin Books, 1968.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei Antitruste*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito Econômico*. 5 ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra, PT: Almeida, 2003.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

PERROUX, François. *A economia do século 20*. Tradução de José Lebre de Freitas. Portugal, Lisboa: Herder, 1967.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Joint ventures: contratos de parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

SALIN, Pascal. *La concurrence*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal*. 5 ed. RJ, SP: Record, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

WHISH, Richard. *Competition law*. 4 ed. London, UK: Butherworths, 2001.

Liberalismo político e comunitarismo na Constituição de 1988

João Carlos de Carvalho Rocha

Sumário

1. Introdução – aproximação entre Direito e Filosofia. 2. O constitucionalismo comunitário. 3. Rawls e o constitucionalismo liberal. 4. Primeira objeção: a sequência de quatro estágios. 5. Segunda objeção: o princípio da participação. 5.1. Consenso constitucional e consenso sobreposto. 5.2. Novas formas de atuação democrática. 6. Terceira objeção: o problema da responsabilidade intergeracional. 7. Críticas ao constitucionalismo comunitário. 7.1. O declínio da constituição dirigente. 7.2. A pluralidade de formas de vida boa. 7.3. Qual comunidade? 8. Conclusão.

1. Introdução – aproximação entre Direito e Filosofia

A construção de uma sociedade justa é objetivo fundamental de qualquer ordem constitucional conformadora de um Estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988 explicita esse objetivo no seu artigo 3º, inciso I, ao declarar que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidária. Os demais objetivos fundamentais são como que desdobramentos necessários daquele primeiro e nuclear escopo: a) garantir o desenvolvimento nacional; b) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e c) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

João Carlos de Carvalho Rocha é Procurador Regional da República na 4ª Região. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

minação. Ao considerarmos, ainda, que o Brasil é um Estado democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), não podemos deixar de reconhecer que, para a exata compreensão da nossa organização constitucional, é preciso ter em conta a concepção de moral pública que se encontra subjacente ao texto constitucional.

Evidencia-se a influência das diversas correntes da ética e da filosofia política contemporânea não apenas no desenvolvimento do direito constitucional, mas do sistema jurídico como um todo. Ainda que essa percepção só tenha-se tornado clara nos últimos anos, na medida em que se desenvolvem, especialmente nos cursos de pós-graduação, pesquisas e reflexões sobre o direito brasileiro pós-1988. O enfrentamento sistemático pelos operadores do direito das grandes questões jurídicas relativas à melhor estruturação da sociedade, à luz das contribuições da filosofia, abre novos horizontes para a exercício mais generoso da cidadania.

Certamente essa aproximação entre o direito e a filosofia não se constitui em uma exclusividade brasileira, mas reflete uma maior divulgação de filósofos políticos anglo-saxões, tais como John Rawls, Ronald Dworkin, Michel Walzer e Alasdair MacIntyre, em países historicamente filiados à grande tradição jurídica romano-germânica.

Nossa proposição inicial é a de examinar a contribuição de John Rawls ao constitucionalismo, e em especial ao modelo constitucional brasileiro. O pensamento de John Rawls tem o mérito de conter uma teoria ética da sociedade, desenvolvida em *Uma Teoria da Justiça* e uma teoria política da sociedade, apresentada no seu *Liberalismo Político*. E ambas as concepções guardam entre si estreita correlação, compondo um todo de coerência e harmonia extremamente sedutoras nesses tempos pós-modernos, ainda que o próprio autor reconheça as suas limitações, o que veremos adiante.

Após a exposição das objeções ao modelo rawlsiano de constituição liberal, seguimos com a crítica a pontos centrais do constitucionalismo comunitário, para concluir com a necessidade de aprofundamento das reflexões entre Filosofia e Direito, especialmente no que diz respeito à teoria da constituição, tendo em vista alcançar uma concepção de República que supere as tensões dialéticas entre comunidade e indivíduo.

2. O constitucionalismo comunitário

A dificuldade inicial com a qual nos deparamos nesse debate, focado a partir do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, é a predominância no campo jurídico do assim denominado “constitucionalismo comunitário brasileiro”, cujos principais representantes, segundo Gisele Cittadino (2000, p. 14-22), são: Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional e teoria constitucional da democracia participativa*, entre outros títulos), José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*), Carlos Roberto de Siqueira Castro (*Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*), Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari, Eduardo Seabra Fagundes e Joaquim de Arruda Falcão.

O posicionamento de Comparato quanto a questão da soberania é emblemático para a compreensão do constitucionalismo comunitário brasileiro. O jurista defende a soberania concreta dos pobres, em contraponto com a soberania genérica do povo. No segundo semestre de 1985 elaborou, a pedido da Executiva Nacional do Partido dos Trabalhadores, um projeto de Constituição para o Brasil, tendo em vista os trabalhos do Congresso Constituinte. O artigo primeiro explicitava que a finalidade do poder é *assegurar, a todos, condições de vida digna e feliz* (COMPARATO, 1986). O projeto, no entanto, jamais foi sustentado oficialmente por qualquer agremiação política.

Nesse rol da professora Cittadino, deve-se acrescentar o constitucionalista Carlos Ayres Britto, que veio a se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal em 2003. O referido jurista sustenta o advento do “constitucionalismo fraternal”, que corresponderia a um Estado fraternal, sucessor do Estado social, “tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida” (BRITO, 2003, p. 216). Entende que o constitucionalismo fraternal tem por pressuposto a igualdade social entre os cidadãos e como escopo o pluralismo das formas de vida “cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto” (Idem, p. 216-217).

Essa pretendida filiação ao comunitarismo não é exclusividade do constitucionalismo brasileiro. O pensamento constitucional brasileiro, seja por afinidades culturais, seja por experiências políticas em comum, recebeu grande influência das constituições espanhola e portuguesa surgidas com a redemocratização desses países. Desde logo se diga que o constitucionalismo comunitário tampouco se constitui em uma peculiaridade ibérica. Gisele Cittadino (2000, p. 225-226), acompanhando Habermas, encontra na Alemanha a origem do constitucionalismo comunitário europeu entre os autores que integram a corrente da Nova Hermenêutica, caracterizando-se pela equiparação dos valores aos princípios e normas constitucionais, compartilhando com Taylor e Ackerman a ideia de constituição como simultaneamente tradução de identidade e história comuns e compromisso com ideais compartilhados. Ressalta também o papel da participação comunitária nos assuntos públicos na formação do consenso social, a par da atuação judicial.

Segundo a autora (CITTADINO, 2000, p. 15-47), o constitucionalismo comunitário expressa a recusa ao constitucionalismo liberal, “marcado pela defesa do individualismo racional”, e seria caracterizado pelos seguintes aspectos:

a) confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana;

b) defende a concepção de constituição-dirigente, que defina fins e programas de ação futura;

c) estabelece uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema, representada pela constituição, cujo sentido só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva;

d) nega a ideia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos, contrapondo a defesa da integração dos indivíduos no processo político comunitário e a ampliação do chamado espaço público (“Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual”);

e) privilegia menos os procedimentos que reclamam um comportamento negativo do poder público do que aqueles que exigem prestações positivas por parte do Estado;

f) defesa do Estado-Juiz, por entender que a jurisdição constitucional é o “regente republicano das liberdades positivas”;

g) o conceito de bom tem primazia sobre o de dever ser (a dimensão axiológica supera a dimensão deontológica), na medida em que os princípios expressam os valores fundamentais da comunidade;

h) a participação política se dá tanto mediante a atuação individual, quanto mediante a ação coletiva organizada, o que caracteriza o regime político da democracia participativa.

É de se observar que, subjacente ao denominado ativismo judiciário, existe uma tensão entre o modelo de Estado democrático, com maior observância do princípio da maioria, e o Estado constitucional, que busca limitar a vontade da maioria pelos princípios fundadores da constituição. Esse debate não passou despercebido a Rawls, mas ganha outras *nuanças* em um modelo de constituição dirigente.

3. Rawls e o constitucionalismo liberal

Estabelecidos os principais pontos dessa corrente, que passaremos a denominar por “constitucionalismo comunitário brasileiro”, e que reconhecemos como veiculadora de uma leitura abrangente, e por vezes paradigmática do direito constitucional brasileiro, passaremos a examinar o modelo político constitucional defendido por John Rawls (1997) em *Uma teoria da justiça e liberalismo político*.

Acompanhando o pensamento de Frank I. Michelman (2003, p. 394) em seu artigo “Rawls on constitutionalism and constitutional law”, passamos a investigar a contribuição de John Rawls para o constitucionalismo, entendido como uma noção integrante da teoria política normativa, bem como o modo pelo qual sua teoria tem modificado, ou tornado possível modificar, o discurso do direito constitucional. Rawls buscou averiguar as condições que tornam possível a legitimidade política nas sociedades plurais modernas. Segundo Michelman (2003), Rawls adota um contratualismo constitucional como modo de justificação política. O autor distingue três componentes chave nessa justificação política, a saber: o universalismo racional, o essencialismo constitucional e a civilidade.

O universalismo racional refere-se ao contrato hipotético. O contratualismo constitucional tem início no individualismo liberal com a ideia de que o exercício do poder político está justificado quando cada um dos implicados, indivíduos razoáveis, podem aprová-lo de acordo com o seu próprio equilíbrio atual de razões e interesses (MICHELMAN, 2003, p. 395).

Sobre o essencialismo constitucional, Michelman (2003, p. 395-396) observa que, nos Estados modernos, é impossível que cada ato do legislador possa ser retratado como tendo passado por um procedimento rigoroso. A justificação política pelo parâmetro do contrato hipotético pode apenas ser aplicada às leis constitucionais.

Ou seja, a um restrito elenco de leis que fundamentalmente dão forma, organizam e delimitam o sistema nacional de produção de normas. Portanto, segundo Rawls, a constituição incluirá o indispensável do que todos os cidadãos tenham a expectativa de apoiar.

O autor então formula a seguinte pergunta: dadas as modernas condições de pluralismo, haverá realmente uma constituição essencial que seja universal e racionalmente aprovada? A esperança do Rawls de *Liberalismo político* pressupõe uma motivação favorável nesse sentido. A coerção política justifica-se quando é exercida de acordo com uma constituição a qual todos possam apoiar à luz dos princípios e ideais aceitos não apenas como racionais, mas também como razoáveis (MICHELMAN, 2003, p. 396-397). Sem esse duplo pressuposto, torna-se tênue a manutenção da convivência cívica.

No que diz respeito ao pensamento rawlsiano, e nisso Rawls se distingue de grande parte dos seus interlocutores, não se trata de apresentar um modelo acabado de sociedade justa, próprio das concepções perfeccionistas, mas antes de definir um critério racional que permita avaliar, em relação a qualquer sociedade, se está organizada em bases justas ou não. Ressaltar esse enfoque, ao mesmo tempo contratual e procedimentalista, da teoria proposta por Rawls, é fundamental para a compreensão do seu modelo teórico. E se distingue, portanto, de outros modelos teóricos, que são procedimentalistas mas não são contratualistas.

4. Primeira objeção: a sequência de quatro estágios

De uma forma um tanto quanto esquemática e redutora, na teoria de Rawls temos a seguinte sequência de concretização da Justiça: em um primeiro plano, a definição dos dois princípios da Justiça como Equidade:

“Primeiro princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.” (TJ, § 46).

Assentes esses princípios, é possível elaborar uma constituição justa, mediante a definição das liberdades e de suas restrições; em seguida, em terceiro plano, define-se o sistema legislativo, sendo que a definição da constituição justa não garante que a lei venha a ser materialmente justa, porque o princípio da maioria está sujeito a erros; e, em um último plano de concretização, temos as aplicações possíveis, que é o lugar dos atos administrativos e das decisões judiciais.

Essa, em linhas gerais, é a sequência de quatro estágios exposta na seção 31 de *Uma teoria da justiça* (RAWLS, 1997, p. 211-218). Embora advirta que “é essencial ter em mente que a seqüência dos quatro estágios é um recurso para a aplicação dos princípios da justiça” e lembre que “esse esquema é parte da teoria da justiça como eqüidade e não de uma explicação de como na prática procedem as legislaturas e convenções constituintes” (RAWLS, 1997, p. 217), procede a uma clara distinção material entre o plano constitucional e legislativo, distinção que chega a denominar como uma “divisão de trabalho”:

“Imagino pois uma divisão de trabalho entre os estágios na qual cada um trata de questões diferentes da justiça social. Essa divisão corresponde de

modo grosseiro às duas partes da estrutura básica. O primeiro princípio da liberdade igual é o padrão primário para a convenção constituinte. Seus requisitos principais são os de que as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e de que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim, a constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igual e implementa a justiça política. O segundo princípio atua no estágio da legislatura. Determina que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades e obedecendo à manutenção das liberdades iguais.” (RAWLS, 1997, p. 215-216).

Essa distinção não corresponde ao modelo constitucional brasileiro ou a de constituições recentes de democracias integradas na União Europeia, caso de Espanha e Portugal. De tal sorte que, à luz do direito constitucional posto desses países, torna-se problemática a conclusão de Rawls (1997, p. 216): “(...) Assim, a prioridade do primeiro princípio de justiça em relação ao segundo se reflete na prioridade da convenção constituinte em relação ao estágio legislativo”, porque o constitucionalismo contemporâneo inclui os direitos sociais e econômicos no mesmo patamar constitucional das liberdades básicas.

A consequência disso é que fica em aberto a possibilidade de relativização de uma liberdade básica em prol da consecução de direitos sociais e econômicos. Não se trata de anular as liberdades básicas, mas de tratar o princípio da liberdade igual e o princípio da diferença em uma disposição que não corresponde a uma ordenação serial. Essa, portanto, é a primeira objeção ao modelo liberal de Rawls que consideramos à luz do constitucionalismo comunitário.

5. Segunda objeção: o princípio da participação

Outro ponto no qual o modelo constitucional brasileiro apresenta-se distinto do modelo geral rawlsiano é quanto a previsão de mecanismos de participação política direta, e especialmente quanto a atuação política coletiva.

Em uma acepção genérica, a participação política compreende três níveis de atividade desempenhadas pelo cidadão: a) acompanhamento das reuniões e dos processos de tomada de decisão, sem uma participação ativa; b) participação institucional, mediante o exercício periódico do voto; c) ativismo político, com a adoção de condutas pelas quais o cidadão se envolve diretamente com o fenômeno político, passando a promover ideias e metas de um partido ou organização política (SANI, 2000, p. 888-890).

No pensamento de Rawls, o princípio da participação refere-se ao direito de participação no processo constituinte. Trata-se portanto de uma aplicação específica do princípio da liberdade igual no âmbito do procedimento político definido pela constituição. Assim, antes de tudo, necessário se faz retomar a reflexão sobre a justiça política e a constituição.

No modelo desenvolvido em *Uma teoria da justiça*, o princípio da participação igual corresponde ao princípio da liberdade igual quando aplicado ao procedimento político definido pela constituição (RAWLS, 1997, p. 241). O princípio da participação, como já dito, exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer, e de determinar o seu resultado final. Essa definição corresponde à singular concepção arquitetônica sob a qual ergue-se todo o pensamento rawlsiano.

Inicialmente as partes estão em uma posição original livre das circunstâncias históricas particulares, o que é possível

graças ao recurso ao véu da ignorância. Mas cada participante conhece o suficiente sobre os bens da vida para desejar viver em uma sociedade ainda que se descubra o menos aquinhado entre os seus membros. A partir do ponto em que as partes se põem em comum acordo sobre as duas concepções gerais da justiça na posição original, as instituições que estruturam a sociedade justa vão sendo detalhadas e o véu da ignorância vai sendo paulatinamente levantado.

A constituição, como expressão da justiça política, é o segundo estágio da teoria da justiça. Nesse sentido, a assertiva de Rawls (1997, p. 241) de que “o princípio da participação transfere essa noção da posição original para a constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas”. A relevância do princípio da participação decorre diretamente da constituição como procedimento estabelecido em conformidade com o primeiro princípio de justiça e que leve, no terceiro estágio, à aprovação de leis justas e eficazes.

Assim, após discutir no § 36 de *Uma teoria da justiça*, a democracia constitucional ordenada de modo a satisfazer o princípio da participação (o que inclui necessariamente a discussão sobre o significado, extensão e medidas valorativas da liberdade igual, definida pelo princípio da participação), o autor passa a discutir no § 37 os ajustes que são necessários em relação às condições concretas, bem como o raciocínio que rege esses acordos: “o problema principal, então, é saber qual deveria ser a extensão da participação igual” (RAWLS, 1997, p. 245).

De acordo com Rawls (1997, p. 249), a aplicação do princípio da participação pode ser limitada de três maneiras distintas: a) a constituição pode definir uma liberdade de participação mais ou menos extensiva; b) pode permitir desigualdades nas liberdades políticas; c) maiores ou menores recursos sociais podem ser destinados a garantir o valor dessas liberdades para o

cidadão representativo. Rawls discute esses três tipos de limitações tendo em mira esclarecer o significado da prioridade da liberdade.

Sobre a limitação material, Rawls (1997, p. 247) reconhece, em passagem anterior, que diferenças acentuadas de riqueza e pobreza podem atingir a igualdade política formal, de sorte a afetar o governo constitucional. Indica, inclusive, que o sufrágio universal, por si só, não resolve o problema. Mas não avança no tema, ressaltando que seria necessário adentrar na teoria do sistema político.

Quanto a sua extensão, o princípio da participação é limitado pelo grau em que o procedimento da regra da maioria simples é limitado por mecanismos próprios da teoria constitucional. Em muitas ocasiões, a regra da maioria simples pode ceder à exigência de maioria qualificada (maioria absoluta, maioria de dois terços, três quartos).

Outra hipótese particularmente importante de limite ao princípio da participação, na sua extensão, é quando uma declaração de direitos remove totalmente certas liberdades do âmbito da regulamentação da maioria. Rawls retoma essa questão em *Liberalismo político*, ao tratar dos elementos constitucionais essenciais, distinguindo entre:

“a. os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria; b. os direitos e liberdade fundamentais iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.” (RAWLS, 2000, p. 277).

A definição de cláusulas constitucionais pétreas, v.g., como disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, exclui

a própria possibilidade de exame pelos representantes eleitos, reunidos no parlamento, das matérias ali elencadas, a saber: a) a forma federativa do Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; d) os direitos e garantias individuais. A indagação posta por Rawls é como poderíamos justificar esses mecanismos, sem ferir os dois princípios da justiça?

Os limites à regra da maioria devem ser extensivos a todos, afetando-os igualmente. Seu escopo é assegurar a proteção a outras liberdades. Como Rawls (1997, p. 242) observara anteriormente, “no devido tempo uma sólida maioria do eleitorado é capaz de conseguir seus objetivos, se necessário por meio de emendas constitucionais”.

Trata-se de reconhecer que o processo político é um caso de justiça procedimental imperfeita. Reconhecida a necessidade de atenuar, dentro de limites racionalmente justificáveis, o princípio da maioria, o problema de quais limitações promovem melhor os objetivos da liberdade são questões que se situam, na perspectiva de Rawls, fora do âmbito da teoria da justiça. O ponto relevante é que, para justificar essas restrições, é preciso sustentar que, do ponto de vista do cidadão representativo na convenção constituinte, a liberdade de participação menos extensiva é suficientemente compensada pela maior garantia e extensão das outras liberdades.

O autor deixa claro que não se trata de um jogo de tudo ou nada, mas de diminuir ou aumentar a aplicação do princípio da participação, até o ponto em que o perigo para a liberdade, causado pela perda marginal de controle sobre os que detêm o poder político, compensa exatamente a garantia de liberdade conseguida pela maior utilização dos dispositivos constitucionais (RAWLS, 1997, p. 251). Para o autor, a justificativa da liberdade política desigual se processa quase do mesmo modo. Deve-se ter em consideração o sistema total de liberdade como o cidadão representativo

o vê, raciocinando a partir da perspectiva daqueles que têm menos liberdade política (RAWLS, 1997, p. 253).

É importante para a teoria de Rawls que os fundamentos do autogoverno não são apenas de ordem prática. Para ele a liberdade política igual, quando seu valor equitativo estiver assegurado, tem necessariamente um profundo efeito na qualidade moral da vida cívica. Mediante a formação do *ethos* da cultura política, o autogoverno possibilita o aumento da autoestima de cada participante, bem como do senso de capacidade política do cidadão, o que só ocorre efetivamente quando os direitos políticos iguais têm seu valor equitativo no que diz respeito à determinação das condições sociais básicas (RAWLS, 1997, p. 255-256).

5.1. *Consenso constitucional e consenso sobreposto*

Rawls retoma, em novas bases, a discussão sobre a constituição política, e, por consequência, sobre os limites à participação aceitos pelo princípio da liberdade igual, ao tratar do consenso constitucional, passo anterior ao consenso sobreposto. O consenso em uma sociedade bem ordenada não necessita ser abrangente de todos os seus diversos aspectos. A ideia de consenso sobreposto pressupõe a possibilidade de se estabelecer uma zona de interseção entre visões de mundo que não coincidem completamente e podem ser reduzidas a variáveis antagônicas (BOVERO, 2002, p. 102-103). O consenso constitucional abrange os princípios políticos procedimentais e fundamentais para a constituição (RAWLS, 2000, p. 195-196). Como ele pode ser formado e o detalhamento das suas distinções em relação ao nível mais aprofundado do consenso sobreposto não cabe análise detida aqui.

Importa ressaltar que o consenso constitucional abrange a concordância sobre um leque de liberdade e direitos fundamentais, especialmente com aqueles que dizem

respeito com os procedimentos eleitorais e legislativos requeridos pela democracia representativa, mas admite a discordância quanto a fundamentação em princípios liberais desses direitos e liberdades. Essa discordância envolve o exato conteúdo e limite desses direitos e a possibilidade de que outros direitos sejam merecedores de igual *status* constitucional.

Após, Rawls passa a apresentar as condições necessárias para que os princípios liberais regulem as instituições políticas básicas em um consenso constitucional e tornem possível a passagem para o estágio seguinte. O consenso sobreposto vai além dos princípios políticos que instituem os procedimentos democráticos e inclui, de forma abrangente, os princípios que dizem com a estrutura básica como um todo (RAWLS, 2000, p. 211).

Evidente que o objetivo de Rawls é justificar que os princípios liberais são os mais razoáveis em um consenso constitucional e que esse nada mais deve ser do que uma transição para o consenso sobreposto, transição que implica aprendizado e desenvolvimento moral. Para o foco que lançamos na questão, o mérito está justamente em Rawls admitir um consenso menos profundo, mas ainda assim constitutivo de instituições que permitem a convivência dialógica entre concepções divergentes quanto aos bens da vida que integram a estrutura básica da sociedade.

Há uma assumida aproximação com as práticas reais da política, o que torna a sua teoria mais permeável à pluralidade do mundo. Rawls admite que há, nos Estados Unidos, algo parecido com um consenso constitucional (RAWLS, 2000, p. 195). Se os EUA, um país que goza de singular estabilidade constitucional, cujo cenário político, se comparado aos demais países do Ocidente, praticamente padece de um monismo ideológico, alcançaram apenas o consenso constitucional, que dizer dos territórios conflagrados da África, Ásia, Europa e América Latina?

5.2. *Novas formas de atuação democrática*

Sobre ser a participação política perfeita um ideal dificilmente alcançável não está em questão. Por isso, a necessidade de investigar quais as limitações que podem vir a sofrer sem prejuízo ao seu núcleo principiológico. O que cumpre indagar é se a participação política calcada no primeiro princípio de justiça, o princípio da liberdade igual, que é o modelo do Estado de Direito liberal, é suficiente para garantir uma cidadania ativa entre indivíduos que desenvolveram um senso de justiça e partilham de princípios minimamente acordados.

Na democracia representativa, modelo em conformidade com a teoria de Rawls, a resposta deve ser positiva. Mas se multiplicam, nas diversas democracias ocidentais, mecanismos de participação do cidadão nos negócios do Estado, além do mero exercício do sufrágio para eleger representantes que venham a elaborar e executar leis. No Brasil, para nos atermos à realidade de nossa própria comunidade política, o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único). Importa destacar, na linha de Gisele Cittadino (2000, p. 48), que o reconhecimento constitucional desses institutos de democracia semidireta, no núcleo essencial do Estado, podem revelar uma certa dimensão comunitária que caracteriza a Constituição Federal.

Essa dimensão comunitária expressa-se cotidianamente na ampliação dos espaços em que o direito do voto pode ser exercido e, paralelamente, na segmentação desses espaços. Como afirmado por Norberto Bobbio (2000, p. 40), após a universalização do voto, questão que atormentava Stuart Mill, e que ainda ocupou John Rawls, a questão não é tanto “quem vota?”, mas “onde se vota?”. A complexidade das atividades estatais, e o grau de conhecimento técnico necessário para executá-las, fez com que mais e mais atribuições normativas passassem do parlamento para o executivo. O

efeito imediato foi o aumento da burocracia estatal e a despolitização das decisões, em nome de uma suposta neutralidade técnica. Não faltaram os arautos da falência do parlamento e os paladinos da mobilização permanente das massas, em êxtase contínuo com o chefe.

Esse caminho é bem conhecido. Na melhor das hipóteses, cultiva-se a apatia das massas, entregues confiantes a um estamento burocrático-industrial que reitera monocordicamente as mesmas práticas, expressão de um povo idealizado, de valores históricos subtraídos do seu contexto e polissemia, para melhor serem mitificados. Não há aqui qualquer incompatibilidade formal com o exercício do sufrágio, ainda que se possa questionar o conteúdo substantivo dessa participação.

Entre um extremo e outro, fazendo pouco caso da neutralidade política da técnica, e procurando antes a politização do cotidiano, como reflexo de um compromisso moral do indivíduo situado na sociedade, temos práticas que, sem negar a participação exercida pelo sufrágio, buscam o exercício ativo da cidadania. Trata-se de dar continuidade na participação política, após o exercício do sufrágio, mediante a participação nas instâncias de formulação e execução das políticas públicas.

Essa nova modalidade de participação possui três características que desde logo devem ser gizadas: a) trata-se de participação na atividade executiva do Estado, portanto em um grau de intervenção mais específico do que o exercício da liberdade política igual, ainda que implique o exercício de função normativa de âmbito regulamentador; b) o seu exercício é coletivo, especialmente por meio de organizações não-governamentais, legitimando-se a participação do indivíduo como integrante de uma determinada organização, com interesses previamente estatuídos; c) retoma aspectos da representação de interesses.

As áreas em que essa forma de participação pública mais se faz presente, con-

siderada a realidade brasileira, são meio ambiente, infância e juventude e o sistema único de saúde, aqui citados sem a pretensão de exaurir outros campos de atuação da participação pública. É de se agregar as importantes inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), ao introduzir, nos arts. 43 a 45, o conceito de gestão democrática da cidade, bem como a gestão orçamentária participativa como instrumento do planejamento municipal (art. 4º, III, f, do Estatuto).

A participação nesses colegiados possibilita um controle social mais efetivo sobre os próprios governantes e vai além da escolha de representantes para a formulação de leis gerais. Mas como compatibilizar esse novo tipo de participação coletiva, especializada e concreta, com a participação política de feição liberal, que é individual, universal e abstrata?

Não que haja, na prática, uma exclusão dessas duas formas de participação, mas é certo que esses novos espaços de atuação alteram a concepção de sociedade e de instituições sociais, como expostos em *Uma teoria da justiça e liberalismo político*. Assim, o modelo liberal rawlsiano é incapaz de oferecer uma justificação integrada desses dois tipos de participação e das razões que levam uma democracia participativa, na acepção aqui adotada, a ser uma forma de organização política mais apta à realização da Justiça do que a democracia representativa.

6. Terceira objeção: o problema da responsabilidade intergeracional

Uma terceira objeção que registramos em relação ao modelo político sustentado por Rawls diz respeito ao problema da responsabilidade intergeracional e suas aplicações concretas. Registramos desde logo que essa crítica só se aplica no plano da análise constitucional, se aceitamos a crítica, já formulada, sobre a ordenação sequencial dos princípios de justiça como legitimador de um “contingenciamento” das políticas

sociais e econômicas ao plano legislativo, sem alçar o estágio constitucional.

No § 3 da Conferência I, de *Liberalismo político* (RAWLS, 2000, p. 63-64), ainda que de forma absolutamente colateral, colaciona argumentos que indicam a deficiência da formulação original de sua teoria para atender a compromissos éticos entre gerações, caso da poupança justa. Isso porque “todas as restrições são enfrentadas com restrições que se aplicam aos contemporâneos” (RAWLS, 2000, p. 326). É a consequência de se tratar de um modelo não-histórico. Como se trata de um modelo que, além de não-histórico, é hipotético, o autor acrescenta que as partes cuidam dos interesses de seus descendentes (RAWLS, 2000, p. 327). Assim, parece ter resolvido o problema da poupança entre gerações, o que inclui os modelos de seguridade social de natureza contributiva. Sem esse adendo, mantida a suposição original de que as gerações são mutuamente desinteressadas, parece que não haveria explicação política para qualquer modelo de seguridade social que não fosse baseado na capitalização dos próprios benefícios.

Entretanto Rawls procede a essa retificação de sua teoria sem aprofundar essas limitações do modelo e até sem percebê-las, em alguns aspectos, como quanto a responsabilidade intergeracional nas questões ambientais. Assim, a questão da justiça intergeracional não é apenas um problema de poupança justa, contexto no qual o meio ambiente poderia ser focado como repositório de recursos naturais para as gerações futuras. A ética de John Rawls permanece sendo uma ética do presente, um presente que se reproduz infinitamente, porque não considera a finitude ambiental como premissa do seu modelo, nem tem a consciência da fragilidade da biosfera. Ao final, nas duas linhas que John Rawls (2000, p. 64) dedica ao problema do que “é devido aos animais e ao resto da natureza”, soa evidente o tratamento antropomórfico que o autor dá ao meio ambiente, e que, a nosso

ver, muito decorre da opção inicial de um modelo de justiça contratualista.

7. *Críticas ao constitucionalismo comunitário*

Por outro lado, algumas características do constitucionalismo comunitário, contextualizado pela professora Gisele Cittadino na Constituição Federal de 1988, parecem igualmente questionáveis quando confrontamos o discurso comunitarista ante a problemas específicos da teoria constitucional. Aqui procederemos ao breve registro de três dessas questões.

7.1. *O declínio da constituição dirigente*

O caráter dirigente da constituição brasileira tem sido mitigado por sucessivas emendas constitucionais que têm procurado adequar o modelo constitucional brasileiro a uma economia de mercado, ainda que se trate de um projeto de economia social de mercado.

Vale lembrar que o termo constituição dirigente foi cunhado por Canotilho e por Vital Moreira, constitucionalistas portugueses, a partir da nova constituição portuguesa de 1976, após o longo inverno de Salazar. Tratava-se originalmente de uma constituição voltada à construção do socialismo, o que justifica o seu rótulo de carta dirigente. Após três revisões (1982, 1989 e 1997), Canotilho proclamou o fim da constituição dirigente (COUTINHO, 2003, p. 14).

Convém retornar ao exame dessa aceitação de uma constituição que não apenas estabelece as instituições básicas de uma sociedade bem ordenada, em um sentido liberal, mas que pretende dirigi-la, o que traz a ideia de uma atividade interventiva permanente. Em que sentido isso ocorre? *Constituição dirigente e vinculação do legislador* é a tese de doutorado de Canotilho, defendida em 1982. A sua publicação influenciou o constitucionalismo ibérico e brasileiro. No prefácio à segunda edição

(2001), o autor situa a ideia da constituição dirigente no contexto histórico em que teve impulso, ressaltando que

“(... as constituições dirigentes registravam o momento epigonal da modernidade num tempo em que ganhavam estatuto de ideologia dominante as significações retóricas e retoricizantes do pós-modernismo” (CANOTILHO, 2001, p. 6).

São elementos caracterizadores da constituição dirigente: a) a lógica da narrativa emancipatória, b) a ideia do progresso do homem, c) a utopia da desalienação, d) a promessa da felicidade para as mulheres e homens do presente e das gerações futuras (CANOTILHO, 2001, p. 7).

Esses aspectos, por serem próprios de um projeto de modernidade, também podem ser encontrados em constituições liberais, mas há diferenças de apresentação entre o projeto liberal e o comunitário, não apenas na construção do respectivo discurso, como também na definição das prioridades e seu sequenciamento. Como concluído por Canotilho (2001, p. 488), a constituição dirigente pressupõe uma filosofia de ação, sendo que pretende atender ao problema da institucionalização de critérios fundamentais do *justo comum* e da *política justa*.

De qualquer modo, no contexto brasileiro, a constituição permanece trazendo dentro de si uma função transformadora da sociedade, e que vai muito além da simples garantia de igualdade de oportunidades, mas visa à transformação do modelo socioeconômico vigente e à democratização das relações de classe.

Se é demasiado referir a constituição dirigente, não se pode negar que a Carta de 1988 ainda permanece como uma constituição-projeto, na medida em que contém uma proposta modificadora da sociedade brasileira e estabelece os instrumentos para a sua realização. Esses propósitos em muito se distinguem da democracia constitucional defendida por Rawls (2001, p. 205), que se

expressam em um modelo de constituição-garantia ou constituição-limite:

“Um regime constitucional é aquele em que as leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais, por exemplo, aqueles abarcados pelo primeiro princípio de justiça. Existe de fato uma constituição (não necessariamente escrita) com uma carta de direitos que especifica essas liberdades e é interpretada pelos tribunais como limite constitucional à legislação”.

7.2. *A pluralidade de formas de vida boa*

Ademais, é impossível extrair do discurso constitucional que o conceito de bom tenha primazia sobre o de dever ser. A Constituição Federal de 1988 efetivamente elegeu a primazia de determinados bens e valores, e protegeu determinados bens de interesse comum e valor imaterial. Mas disso não se extrai que tenha definido um conceito normativo de vida boa e que esse conceito seja oponível a todos os que se encontram sob seu âmbito. A constituição, pelo contrário, parece abrigar e admitir, em convivência simultânea, uma variedade de formas e meios de alcançar uma vida boa. Ao tratar da pluridimensionalidade da constituição, José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 54) estabelece sua correlação com a abertura aos projetos de vida boa, “porque define pouco da substância axiológica (núcleo constitucional duro) disponibilizando-se a contextualizações e procura do bem comum e individual”.

É o que se expressa, na dogmática, pelo reconhecimento da jusdiversidade desenvolvida por aqueles que historicamente permaneceram à margem do contexto ocidentalizado da sociedade urbana brasileira, como os índios e os quilombolas. Aqui, arguirá o comunitarista, estamos diante da variedade dos mundos plurais conformadores das identidades sociais. E será forçoso dar-lhe razão. Mas se é certo que pluralismo na constituição brasileira

tem essa dimensão coletiva, não menos correto reconhecer a sua preocupação em permitir o desenvolvimento da multiplicidade de concepções individuais acerca do bem, como se vê do art. 3º, inciso IV, e do extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, muitos deles garantidores do livre desenvolvimento e expressão individuais.

7.3. *Qual comunidade?*

A acepção de comunidade adotada por Rawls (2000, p. 84) é restrita, é apresentada como uma espécie do gênero “associação”: “Por definição, vamos considerar uma comunidade como um tipo especial de associação, uma associação unida por uma doutrina abrangente, como uma igreja, por exemplo. Os membros de outras associações têm freqüentemente fins compartilhados, mas estes não constituem uma doutrina abrangente e pode até ser puramente instrumentais”.

Não é de se estranhar que a formule nesses termos, eis que se encontra de acordo com a tradição kantiana, da qual é tributário. A comunidade aqui indica a confirmação, pelo senso comum, da escolha efetuada pelo gosto individual. Bauman (2003, p. 62) identifica esse tipo diáfano de comunidade com a comunidade estética, expressa pela necessidade de assentimento universal, da qual trata Kant (1993, p. 85) na *Crítica da faculdade do juízo*, pela qual a necessidade subjetiva de cada indivíduo na expressão do seu juízo de gosto é representada como uma realidade objetiva, sob a pressuposição de um sentido comum. Conclui Bauman, na mesma passagem, que, nesse modelo flexível de comunidade, os vínculos definidos pelas escolhas originais não devem ser obstáculo para novas escolhas individuais adicionais e diferentes.

O comunitarismo não logrou apresentar uma definição unívoca de comunidade, até porque o termo designa diversas linhas de pensamento críticas ao individualismo inerente às correntes contratualistas, mas que

não possuem suficiente concordância entre si a ponto de definirem o que entendem por comunidade.

No Brasil a tessitura discursiva da Constituição Federal de 1988 foi muito influenciada pelo papel exercido por entidades da sociedade civil, como a ABI, a CNBB, a OAB e a SBPC, na resistência ao regime militar, em face da debilidade da oposição parlamentar consentida. A sociedade civil organizada, categoria de dicção hegeliana, pairava no imaginário da retomada civil além do Estado e do indivíduo. Assim, o texto constitucional não veicula um conceito jurídico explícito ou implícito de comunidade, mas reconhece e apoia a diversidade cultural, histórica, de formas de organização social e familiar dos integrantes da sociedade brasileira, opção que indica marcante influência do multiculturalismo.

De fato, em perspectiva sociológica, o termo *comunidade*, além de se referir a situações diversas, abrangendo dimensões territoriais, culturais, utópicas, de comportamento (v.g., comunidade *gay*), não está intrinsecamente vinculado a uma tradição política democrática, vale dizer, não há uma correlação necessária entre comunidade e democracia que abranja todas as acepções do primeiro termo, sendo que o sentido político de *comunidade* depende fundamentalmente da tradição na qual a expressão termo é veiculada (JOAS, 2001, p. 93-110).

Convém retornar ao início deste artigo para lembrar que a Constituição Federal promulgada em outubro de 1988, se de um lado protege expressamente as comunidades indígenas (CF/88, art. 231), os quilombolas (CF/88, art. 216, § 5º; ADCT, art. 68), a identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, *caput*), a diversidade de formação familiar (art. 226, §§ 3º e 4º), ao mesmo tempo constitui como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, não obstante as distintas origens

e características de cada indivíduo (art. 3º, I e IV).

Admitido esse objetivo, o reconhecimento de que a Constituição define toda uma principiologia e desenvolve um instrumental jurídico para o combate das desigualdades sociais, econômicas e regionais, não torna, *per si*, o projeto constitucional brasileiro comunitário, ainda que possa haver essa influência filosófica por parte significativa de seus intérpretes e mesmo naqueles juristas que contribuíram decididamente para a sua elaboração. Vale dizer, convivem na Constituição Federal o reconhecimento e a tutela da diversidade de formas de vida comunitária, com a opção por princípios e objetivos fundamentais os quais, para dizer o mínimo, não são incompatíveis com o modelo de constituição liberal rawlsiana.

A constituição democrática de uma sociedade complexa não pode ser resumida a uma única doutrina abrangente, mas antes reconhece a disputa entre doutrinas distintas, estimulando a sua convivência. Não se desconhece a existência de grandes narrativas, que respondem às principais crises de cada época. Assim ocorreu com o discurso liberal, social, humanitário e ambiental, em face, respectivamente, do absolutismo, da urbanização industrial, das grandes guerras mundiais e das crises ambientais planetárias. A constituição, no entanto, permanece sem ser reduzida a um manual, livro de receitas ou peça ideológica.

8. Conclusão

Em síntese conclusiva, se o liberalismo político de Rawls é compatível com políticas públicas socialdemocratas, de governança progressista ou outra denominação que indique uma atividade estatal em prol da implementação do segundo princípio de justiça, isso se dá em um contexto de organização constitucional liberal, que desconhece os modelos de constituições dirigentes ou constituições-projeto. Mas que

não exclui formas cooperativas de atuação institucional e social, fundadas nos valores que permitem a formação de vínculos entre os diversos e distintos indivíduos.

Por outro lado, o denominado constitucionalismo comunitário é antes um conjunto de experiências práticas e de narrativas emancipatórias, do que a aplicação de um modelo teórico predeterminado e excludente de outras formas discursivas.

Nesse sentido, a principal contribuição de John Rawls para a teoria da democracia constitucional, pertinente para as distintas realidades nacionais e tradições políticas democráticas, é indicar como é possível a elaboração e manutenção de um consenso sobreposto, em uma sociedade caracterizada por um pluralismo razoável.

E o ponto em comum entre as diferentes correntes da ética e da filosofia política (sejam elas identificadas como liberais, comunitaristas ou crítico-deliberativas), no que diz respeito a influência que exercem sobre o constitucionalismo, é a superação de todo o reducionismo do direito ao positivismo, seja ele normativo, seja sociológico, pelo reconhecimento da necessidade de um direito constitucional moralmente reflexivo.

Entretanto, a questão subjacente a toda as narrativas contemporâneas quanto aos elementos básicos da sociedade humana, que versa sobre a viabilidade de uma *comunidade de indivíduos*, para repetirmos a expressão de Zygmunt Bauman, permanece em aberto, como projeto futuro. Trata-se de conceber o indivíduo como agente livre para o exercício da criatividade (PRZEWORSKI, 1989, p. 288-289), não redutível ao papel de unidade acumuladora de bens materiais e a comunidade como coletividade fundada no compartilhamento e cuidado mútuo, e, portanto, reconhecer a interdependência não como um limite, mas como valor a ser estimado (BAUMAN, 2003, p. 133-134).

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca de segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5 ed. Brasília: EdUnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra Editora, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil! uma constituição para o desenvolvimento democrático*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JOAS, Hans. O comunitarismo: uma perspectiva alemã. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje*. Brasília: EdUnB, 2001.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SAMPAIO, José Adércio. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANI, Giacomo. verbete participação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5 ed. Brasília: EdUnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Sumário

1. Introdução. 2. O antigo dilema hermenêutico: *mens legis* e *mens legislatoris*. 3. A norma jurídica como proposição. 3.1. Níveis da linguagem do direito (linguagem-objeto e metalinguagem). 4. O papel da interpretação jurídica. 5. Discricionariedade no ato de aplicação judicial do direito. 6. Jurisdição e criação do direito. 7. Texto, norma e interpretação judicial. 8. Conclusão.

1. Introdução

Durante o século XIX, após o surgimento das primeiras codificações europeias, sobretudo com o advento do Código Civil da França de 1804, predominou a estipulação de pautas normativas de conduta em termos gerais e abstratos. Na própria ideologia da codificação, estavam presentes a concepção de exatidão (o código dispensaria até mesmo a interpretação para ser aplicado) e a de completude (o código seria capaz de regular todos os fatos da vida).

A lei geral e abstrata, positivada nos códigos, tinha primazia sobre qualquer outra fonte do direito. O juiz era submisso à lei e a atividade judicial de aplicação do direito se resumiria a uma operação de silogismo; o juiz era tido como a “boca da lei”. Como resume Hierro (1996, p. 290), “la ley es la fuente única, originária, suprema y omnipotente de creación del derecho”.

A partir do século XX, notadamente após a virada linguística, a concepção de

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira é Doutorando em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFAL), professor de Direito Processual Civil da SEUNE – Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (graduação), Professor de Direito Processual Civil do CESMAC – Centro de Estudos Superiores de Maceió (pós-graduação) e advogado em Maceió/AL.

interpretação e de aplicação do direito sofreu profundas transformações. Hoje, “a atividade judicial não se reduz a mera aplicação de Direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito” (GUERRA FILHO, 1997, p. 37).

Hoje, interessa em maior medida à hermenêutica jurídica saber o que é e qual o papel da interpretação, em lugar de se buscar um método presumivelmente capaz de possibilitar uma interpretação como correta¹.

Torna-se então problemática e atual a questão em torno da existência de limites para atuação do Poder Judiciário como intérprete do direito, principalmente quando se busca solucioná-la a partir da análise da linguagem. O problema da discricionariedade judicial tem sido tratado com vigor no âmbito da Filosofia do Direito, principalmente sob a perspectiva das teorias da justificação, com ênfase nos problemas ligados à legitimidade desse agir discricionário. Ao lado desse enfoque, mostra-se de grande interesse, também, a análise do tema da discricionariedade como um problema hermenêutico.

Assim, buscaremos aqui uma resposta à indagação seguinte: é possível encontrar, na própria linguagem do direito positivo, e no plano legislativo em sentido amplo, limites para a discricionariedade judicial?

2. O antigo dilema hermenêutico: *mens legis e mens legislatoris*

Durante os séculos XIX e XX, polemizou-se sobre o modelo hermenêutico a ser seguido pelo intérprete do direito na busca pelo sentido da norma. Assim, a doutrina se dividiu em dois grupos, conforme fosse a vontade do legislador (teoria subjetivista) ou a vontade da lei (teoria objetivista)

¹ Adverte Cappelletti (1999, p. 21): “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”.

a sede para o sentido da norma (FERRAZ JR., 1995, p. 70).

Os objetivistas contestam os subjetivistas: i) afirmando que o legislador não pode ter vontade, por não ser uma pessoa fisicamente identificável; ii) pelo argumento da confiança, precisando o intérprete confiar na palavra da norma, que, em princípio, deve ser inteligível por si; iii) pelo argumento da integração, pois só com a consideração dos fatores objetivos em sua mutação se explica a criação de direito pela jurisprudência. Os subjetivistas contestam os objetivistas: i) pelo argumento de que o recurso à técnica histórica é incontornável; ii) os fatores que determinam a vontade objetiva da lei são passíveis de interpretação, o que colocaria a vontade do intérprete acima da vontade do legislador (Idem, p. 71).

Como obtempera Lenio Streck (1999, p. 80-81), essa polêmica, mesmo nos dias atuais, está longe de ser superada, até porque as duas correntes hermenêuticas estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos operadores do direito.

A problemática, contudo, segundo pondera Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1995, p. 72), acaba revelando um dos pressupostos básicos da hermenêutica jurídica. Quando se parte da observação de que o objeto da interpretação é o sentido expresso por determinado texto, que, por sua vez, foi condicionado por uma série de fatores passíveis de alterá-lo, coloca-se aqui o problema do ponto de partida da interpretação. Se interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos: o que dá sentido à norma e o que tenta captá-lo.

No momento presente, principalmente após a chamada “guinada linguística”, passou-se a questionar com mais ênfase a própria natureza do ato interpretativo. Cuida-se de saber se a interpretação seria um ato de descoberta de um sentido prévio, ínsito à norma, ou aos enunciados normativos, ou de “adjudicação” ou construção de sentido.

3. A norma jurídica como proposição

O problema hermenêutico da discricionariedade judicial, para ser adequadamente resolvido, exige uma abordagem sobre o conceito de norma jurídica. Isso porque, se a discricionariedade é obtida a partir das normas que são o objeto da interpretação, o problema da conceituação de “norma” como categoria jurídica acaba sendo prévio ao problema de como se deva interpretá-la².

Há diferentes pontos de vista sob os quais é possível conceituar norma jurídica. Partiremos do critério formal para defini-la, pondo assim em realce a sua estrutura, em detrimento de seu conteúdo³.

Dentro dessa perspectiva, a norma jurídica se apresenta como uma *proposição*, entendida como expressão de um pensamento ou juízo, isto é, como significado de alguma expressão linguística. Por isso, é necessário distinguir a fórmula linguística de uma determinada oração e o seu sentido, como adverte Lourival Vilanova (1982, p. 16): “Estrutura sintático-gramatical é a sentença ou a oração, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma”.

Em lógica tradicional, proposição é a estrutura em que se encontra a ligação de uma propriedade a um objeto (*v.g.* “a norma é eficaz”). Nessa perspectiva, é considerada como objeto de um discurso declarativo (apofântico), susceptível de verificação empírica. As proposições jurídicas, contudo, diferenciam-se das proposições declarati-

² Miguel Reale (1992, p. 235) adverte: “se todo processo de exegese pressupõe ou implica a análise da estrutura ou natureza daquilo que se quer interpretar, a pergunta sobre ‘como se interpreta uma norma jurídica?’, implica, quer se queira, quer não, esta outra fundamental: ‘que espécie de realidade é a norma jurídica?’”.

³ Trata-se de opção metodológica. Não negamos a possibilidade de estudar a realidade complexa chamada “norma jurídica” sob outras perspectivas. Apenas aqui julgamos mais oportuno enfatizar os aspectos estrutural e linguístico da norma para, em seguida, abordarmos o tema da discricionariedade judicial.

vas, pois os enunciados a que se relacionam se inserem em um discurso prescritivo de situações objetivas, tendo como destinatário o homem e sua conduta no universo social (VILANOVA, 1997, p. 40); tais proposições prescritivas representam o campo próprio da lógica deontica.

As proposições em geral são construídas a partir das formas lógicas e as estruturas lógicas são formadas por variáveis (categoremas) e constantes (sincategoremas), ou operadores proposicionais. Tomando como exemplo a proposição: “a norma é eficaz”, temos os termos “a norma” e “eficaz” como variáveis lógicas e o conectivo “é”, como constante, funcionando como operador intraproposicional. Mediante formalização (processo de abstração lógica que consiste na substituição das variáveis proposicionais por símbolos), temos: *S é P*. As variáveis referem-se a objetos do mundo, enquanto as constantes relacionam entre si variáveis (no interior da mesma proposição) ou proposições (Idem, p. 48).

O traço diferencial das *proposições prescritivas* em relação às *proposições apofânticas* reside justamente no operador, pois naquela classe de proposição os termos são relacionados pelo conectivo *dever-ser*⁴. Esse *dever-ser*, tripartido nas modalidades obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P), conduz a uma proposição deontica (ou prescritiva), gênero do qual a proposição prescritiva jurídica é espécie. Essas proposições (*v.g.* “é proibido estacionar”, “é permitido fumar”) não se submetem aos valores verdade/falsidade, próprios das proposições apofânticas; as proposições deonticas têm outra valência, pois não existem para descrever como é determinado objeto, mas sim para alterá-lo, estabelecendo como ele deva ser. “O direito não contempla a realidade, mas a cria para poder modificá-la” (IVO, 2006, p. 26).

O operador aparece como constitutivo da própria estrutura proposicional; sem ele, a proposição se desfaz (VILANOVA, 1997,

⁴ Kant (2005, p. 44) já preconizava: “Todos os imperativos se expressam pelo verbo *dever* [sollen]”.

p. 42). Assim, *ser* e *dever-ser* são, do ponto de vista lógico, modos essencialmente diferentes, sendo possível que tenham o mesmo conteúdo e permaneça íntegra a diferença entre as proposições do ponto de vista modal. Assinala Kelsen (1986, p. 74) que pode o existente, ao mesmo tempo, não ser devido e, também, o devido, ao mesmo tempo, ser não-existente. Careceria de sentido, nessa linha de pensamento, afirmar que uma norma jurídica seja verdadeira ou falsa. Por isso, diz-se que as proposições normativas são válidas ou inválidas (VILANOVA, 1997, p. 80), tomando-se aqui o termo *validade* no sentido de existência específica da norma (KELSEN, 1986, p. 77).

As normas jurídicas apresentam, invariavelmente, em sua estrutura lógica, a descrição hipotética de um fato, ou conjunto de fatos, ao que se denomina “suporte fático”, “hipótese” ou “descriptor” e a imputação de consequências, denominadas “preceito”, “consequente” ou “prescritor”, para quando vier(em) a se concretizar aquele(s) fato(s) abstratamente contemplado(s), estando a hipótese e a consequência ligados pelo functor deontico interproposicional (operador) “deve-ser”, formalizando a relação de implicação entre a proposição-hipótese e a proposição-tese⁵: *deve-ser* se A, então B; ou a ocorrência da hipótese implica a tese, assim *deve-ser*; ou, ainda, em notação simbólica: $D(H \rightarrow C)$, em que “D” é operador *dever-ser*, “H” é a proposição hipótese, “C” a proposição consequente e “ \rightarrow ” simboliza a implicação (se..., então...) (Cf. VILANOVA, 1997, p. 103-104).

Como observa Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 9), as normas jurídicas possuem *homogeneidade sintática*, vez que a sua estruturação formal será sempre constante,

⁵ “As normas jurídicas apresentam forma implicacional em que se enlaça certa consequência à realização condicional de determinado evento descrito no antecedente. A hipótese é a parte da norma descritora de uma situação de possível ocorrência no mundo. A consequência prescreve uma relação deontica” (IVO, 2006, p. 40).

e *heterogeneidade semântica*, pois o conteúdo de significação de cada um dos elementos integrativos da norma será necessariamente diverso, determinado conforme a natureza dos fatos e/ou das consequências previstas em cada uma, a fim de que a estrutura normativa em seu conjunto possa dar maior amplitude de cobertura para os múltiplos setores do convívio social.

A proposição não se confunde com a estrutura oracional de que é extraída. Disso resulta que pode haver diferentes formulações linguísticas expressando a mesma proposição. As expressões: “é proibido fumar” e “não é permitido fumar”, *v.g.*, se apresentam em diferentes fórmulas linguísticas, mas com o mesmo sentido; ambas indicam a proposição prescritiva da proibição da conduta de fumar, simbolizada em $V(p)$, em que V funciona como operador deontico (proibido, interdefinível pelo uso da negação com o modal permitido) e p , como variável lógica, substituindo a conduta proibida.

Do ponto de vista do direito, pode-se então dizer que a norma jurídica não deve ser confundida com o texto que a veicula. Os documentos normativos (constituição, leis, decretos etc.) não são normas jurídicas. Como asseveram E. Bulygin e C. Alchourron (1991, p. 442), “toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma non es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan”.

Também Alexy (2001, p. 54-55) assinala que a relação entre enunciado normativo e norma corresponde à que existe entre enunciado proposicional e proposição, salientando que os enunciados normativos sempre expressam algo que *deve ser*.

Por isso, pode-se ter um dispositivo legal veiculando várias normas e, ao mesmo tempo, vários dispositivos cujo sentido seja insuficiente para formar a unidade mínima e irredutível de significação do deontico, na terminologia de Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 21), isto é, uma estrutura proposi-

cional articulada no esquema formal-lógico $D(H \rightarrow C)$.

Sendo a norma uma proposição, essa estrutura estará coberta pela linguagem, vale dizer, pelas estruturas oracionais que se fazem presentes nos textos de direito positivo (VILANOVA, 1972, p. 344). Há, porém, normas veiculadas por meio de outros signos que não os textos escritos dos documentos oficiais, como as normas de trânsito postas em placas ou sinais visuais.

Essa concepção, chamada por García Amado (2003, p. 80) de “concepção linguística” da norma, porém, não deve supor que o significado da norma seja produto exclusivo do sujeito que realiza a interpretação e aplicação do direito – e aqui reside o problema fundamental da discricionariedade judicial, como será visto adiante.

3.1. Níveis da linguagem do direito (linguagem-objeto e metalinguagem)

É necessário ainda pôr em realce a distinção entre a linguagem do direito, como conjunto de enunciados prescritivos, e a linguagem da Ciência Jurídica, que fala a respeito de seu objeto; as proposições prescritivas das proposições descritivas, como preconiza Kelsen⁶. Os enunciados formulados pela Ciência Jurídica, com sua linguagem meramente descritiva, visam descrever o direito positivo que, por sua vez, mediante uma linguagem prescritiva, regula a conduta humana, proibindo, permitindo ou obrigando comportamentos.

Como salienta Santiago Nino (1974, p. 18), “las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero si como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera”.

⁶ Às proposições prescritivas, Kelsen (1996, p. 80-83) dá o nome de normas, ou prescrições; às proposições descritivas da ciência, simplesmente “proposições”, no que é criticado por Lourival Vilanova (1997, p. 143), porquanto as normas de direito positivo também se apresentam como proposições.

São, portanto, dois níveis de linguagens: a linguagem-objeto (linguagem prescritiva) do direito positivo e a metalinguagem (linguagem descritiva) da Ciência Jurídica. Essa distinção, além de ser útil ao rigor da exposição por evitar a confusão de planos distintos de linguagem, serve para demonstrar que o direito admite, em seu interior, a existência de proposições prescritivas contraditórias entre si e o fato da contradição não é capaz de anular ou invalidar, por si só, as normas (proposições) contraditórias, pois esse é um problema meta-lógico, somente passível de ser solucionado pelo próprio direito positivo. No âmbito das proposições descritivas da Ciência Jurídica, a lei lógica de não-contradição impede a existência de proposições contraditórias entre si⁷, sendo certo que a contradição verificada no plano da linguagem-objeto não se transporta para a metalinguagem (VILANOVA, 1982, p. 19).

Essa diferenciação deixa claro também que o problema da discricionariedade se situa no plano da linguagem-objeto.

4. O papel da interpretação jurídica

Segundo Kelsen (1995), um fato do mundo exterior que se considera “fato jurídico” é um evento perceptível pelos sentidos, por ser uma parcela da natureza, determinado, assim, pela lei da causalidade. A sua fatuidade em si não tem qualquer relevância para o direito (situa-se no plano do “ser”). O que transforma esse fato em “jurídico” é, na verdade, a sua particular significação recebida por uma norma, de tal modo que o ato possa ser interpretado segundo ela. Nesse sentido, Kelsen (1995, p. 4) considera a norma como “um esquema de interpretação”.

Mas antes de buscar aprofundar a relação existente entre norma e interpretação, é conveniente precisar-se o significado

⁷ No plano da metalinguagem, não há contradição em enunciar-se: (i) é válida (=pertencente a um dado sistema) a norma N e (ii) é válida a norma não-N; a contradição existe, porém, nos enunciados: (i) é válida a norma N e (ii) não é válida a norma N.

do verbo “interpretar”, que, de um modo geral, é utilizado em dois sentidos: ora se refere à atividade que consiste em determinar o significado de vocábulos, sintagmas ou enunciados completos, ora como o produto resultante dessa atividade. O resultado da atividade interpretativa, não obstante, sempre será um enunciado, ou uma pluralidade de enunciados (GUASTINI, 1999, p. 202-203).

Guastini (1999, p. 203) diferencia a *interpretação-conhecimento* da *interpretação-decisão*. A primeira consiste em conhecer ou descrever o significado de uma determinada expressão; a segunda corresponde a uma *estipulação*, uma atribuição de significado a determinada expressão com preferência sobre outros significados.

Para Norberto Bobbio (1999, p. 212), aludindo à noção de interpretação segundo o paradigma do positivismo jurídico, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado, individualizando a coisa por ele indicada”. Tal compreensão de significado, que termina por reduzir a interpretação judicial à interpretação-conhecimento, referida por Guastini (1999), acaba por estabelecer limites à própria atividade interpretativa.

Não por outra razão, Norberto Bobbio (1999, p. 214) afirma que a interpretação – e isso vale para a interpretação judicial –, apenas deve ser textual, ou até mesmo extratextual, porém nunca antitextual.

Embora se admita a existência de dois tipos de interpretação (interpretação-conhecimento e interpretação-decisão), a interpretação judicial, para Guastini (1999, p. 205), seria sempre do tipo interpretação-decisão (também chamada interpretação operativa), pois os juízes não se limitam a descrever o sentido de uma determinada expressão, mas escolhem um determinado sentido, com exceção das demais significações possíveis.

O próprio Kelsen (1995, p. 392-395) se para, de forma absoluta, a interpretação de

natureza cognoscitiva, que só teria lugar no plano da Ciência do Direito e dos destinatários das normas (sem caráter normativo, portanto), da chamada “interpretação autêntica”, que cria o direito, pois é feita por um órgão aplicador do direito (*v.g.*, o juiz). Enquanto a primeira apenas produz o conhecimento das várias possibilidades do ato a aplicar (a chamada “moldura kelseniana”), a segunda implica a produção de uma norma individual pelo aplicador do direito.

Lenio Streck (1999, p. 74) afirma que “o elo (imanência) que vinculava significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia”. Nessa perspectiva, o sentido dos enunciados presentes nos documentos normativos (leis, decretos etc.) seria atribuído pelo intérprete.

Sob outro prisma, porém, Betti (1975, p. 136-137) assinala que a interpretação é necessariamente criação, como é criação toda atividade espiritual que, se referindo a um ato precedente, não é uma simples reação passiva, nem mecânica, mas, pensando-o, desenvolve-o. Não se trata, contudo, de criação livre, arbitrária; para ele, a interpretação integradora “no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple ‘subsunción’ en ellas de los supuestos a decidir, como llegan a opinar los fanáticos del positivismo y de la certeza (*security*) de las leyes, secuaces de una concepción estática y antihistórica del Derecho positivo” (BETTI, 1975, p. 137-138).

Com essas considerações, é possível notar o vínculo do tema da interpretação/aplicação do direito com o problema da discricionariedade judicial⁸.

⁸ Para muitos autores, a exemplo de Kelsen, como visto, o juiz, ao aplicar o direito, disporia de uma discricionariedade absoluta, isso porque o sentido da norma geral e abstrata (determinada a partir da constituição e das leis) seria o fixado pelo próprio aplicador na norma individual e concreta (veiculada pela sentença).

5. *Discricionariedade no ato de aplicação judicial do direito*

Segundo assinala Betti (1975, p. 143-144), sob a expressão “discricionariedade” podem-se compreender quatro fenômenos: a) uma discricionariedade soberana (absoluta), a legislativa e que, só excepcionalmente, pode ser delegada a órgão jurisdicional, que se faz possível a decisão por juízo de equidade; b) discricionariedade administrativa (pura), discutida amplamente no âmbito do direito administrativo; c) discricionariedade técnica; d) discricionariedade de caráter supletivo ou complementar, a serviço da adaptação e da especificação da norma à variabilidade dos tipos em função da determinação e da apreciação da hipótese concreta.

Não cogitaremos aqui da discricionariedade absoluta do legislador, que tem pouca relação com a interpretação (aplicação) judicial. Também não cuidaremos da discricionariedade tal como tratada no âmbito do Direito Administrativo, nem da discricionariedade técnica. Interessa-nos tão-somente a discricionariedade de caráter supletivo, própria da atividade judicial de aplicação do direito⁹.

Afirmar e admitir que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa não importa reconhecer a ausência de limites a esse agir interpretativo. Oportuna, nesse sentido, se revela a advertência de Mauro Cappelletti (1999, p. 23): “o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não

deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”.

Admitindo-se que a interpretação jurídica, realizada pelo juiz, encerra um ato de criação (embora não exclusivamente, pois admitimos a possibilidade de interpretação cognoscitiva mesmo no plano de aplicação judicial do direito), sem olvidar, contudo, a existência de limites a essa atividade criativa, é possível indagar sobre como seriam estabelecidas as limitações a esse agir.

Nesse sentido, parece-nos útil buscar os limites da discricionariedade judicial na própria linguagem do direito prescritivo (no plano da linguagem-objeto, como visto acima).

A partir dessa concepção, os enunciados normativos se apresentam como o lugar próprio para se estabelecer o âmbito da discricionariedade judicial, assim como, por conseguinte, os seus limites. Conforme adverte Guastini (1997, p. 122), os problemas fundamentais de toda interpretação nascem da vagueza e da ambiguidade dos textos sujeitos à interpretação.

A vagueza concerne ao significado dos vocábulos e sintagmas. A ambiguidade pode depender do significado dos vocábulos e sintagmas (ambiguidade semântica), da sintaxe dos enunciados (ambiguidade sintática) e do contexto do uso dos enunciados (ambiguidade pragmática). A vagueza é uma propriedade de *referência* dos predicados (*v.g.*, o predicado “calvo”. Quantos fios de cabelos se precisam perder para ser calvo?), enquanto a ambiguidade é uma propriedade não da referência, mas do *sentido* dos vocábulos (ambiguidade semântica) (GUASTINI, 1997, p. 123).

Um predicado é ambíguo quando uma certa pergunta admite mais de uma resposta (*v.g.* o predicado “doutor” pode designar os médicos, os portadores da titulação acadêmica etc.). A ambiguidade também pode acontecer no plano sintático, dependendo da estrutura lógica dos enunciados (*v.g.* no enunciado “os homens e as mulheres que tenham completado 50 anos

⁹Para Betti (1975, p. 147-154), essa “discricionariedade”, por ser subordinada e de caráter complementar ou supletivo, apresentar-se-ia não como uma autêntica apreciação discricionária, mas como verdadeira interpretação (diferentemente do que se dá com a discricionariedade legislativa e administrativa), salvo nos casos de sentenças dispositivas e de juízo de equidade, quando haveria, segundo ele, “discricionariedade de apreciação”.

podem-se aposentar”, a segunda oração pode-se referir só às mulheres ou a elas e aos homens da primeira oração). Um enunciado também pode-se apresentar pragmaticamente ambíguo quando puder ser usado para cumprir diferentes atos de fala (*v.g.* o enunciado “chegarei às 08:00h” pode ser uma promessa, uma advertência, uma previsão etc.) (Idem, p. 124-128).

É certo que o contexto às vezes elimina ou muitas vezes ajuda a reduzir o espaço de vagueza ou ambiguidade dos signos¹⁰. Não obstante, como vimos acima, mesmo em face de textos contextualizados, é possível se cogitar de enunciados vagos ou ambíguos.

Diante da vagueza ou ambiguidade nos enunciados normativos (textos), pode-se dizer que o intérprete se encontra colocado na situação de poder eleger uma escolha entre distintas alternativas de interpretação. Esse campo aberto à atividade interpretativa constitui o âmbito da discricionariedade judicial. Trata-se de atividade genuinamente criativa, em que muitos fatores influenciam na tomada de decisão, inclusive a pré-compreensão do intérprete, como preconizado por Gadamer (1999, p. 491)¹¹.

6. *Jurisdição e criação do direito*

Deve-se a Chiovenda (1998, p. 8) a concepção de jurisdição como atividade substitutiva do Estado-juiz. Em seu pensamento, a jurisdição é tida como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos,

da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Nessa perspectiva, a atividade jurisdicional seria uma atividade de substituição, definitiva e obrigatória, feita de dois modos, conforme se trate de processo de cognição ou de execução: a) na cognição, a atividade intelectual do juiz substitui a atividade intelectual das partes e dos cidadãos no afirmar existente ou inexistente de uma vontade concreta da lei concernente às partes; b) na execução, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida (Idem, p. 17).

Hodiernamente, tem-se criticado essa noção de substitutividade pela razão de que, em determinadas situações, o juiz resolve algumas questões que não se amoldam à noção de substituição estatal, proposta por Chiovenda, como acontece nos casos de decisão sobre admissibilidade do processo. A propósito, pontua Daniel Mitidiero (2005, p. 76): “Está assente na doutrina contemporânea a imprestabilidade do conceito proposto por Chiovenda. A uma, porque não se pode vislumbrar atividade substitutiva do órgão jurisdicional quando este decide, por exemplo, sobre questões processuais (competência, suspeição, impedimento etc.), sendo indubitoso, todavia, que, ao fazê-lo, está o juiz a prestar jurisdição”.

Ademais, não se pode perder de vista que a noção de jurisdição, como atuação substitutiva do Estado-juiz com vistas a realizar a vontade concreta da lei, supõe que a solução a respeito do litígio já esteja previamente disposta na lei, cabendo ao juiz apenas a tarefa de revelar essa “vontade”.

Sabe-se, porém, que, ultimamente, ainda mais com a incorporação das cláusulas gerais e a utilização dos princípios jurídicos como fonte primária de aplicação do direito, acentuou-se o caráter criativo da jurisdição (Cf. DIDIER JR., 2008, p. 68).

¹⁰ Afirma Carrió (1996, p. 29): “el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas”.

¹¹ “Toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de pré-compreensão, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele.” (GADAMER, 1999, p. 491).

Ademais, conforme lembra Marinoni (2006, p. 53), nos casos em que o juiz realiza interpretação da lei conforme a constituição, ou realiza a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, não há como se sustentar que a jurisdição aplica a vontade concreta da lei, nos termos chiovendianos.

A jurisdição, hoje, é encarada como atividade criativa¹². A margem de eleição atribuída ao juiz no âmbito da discricionariedade, porém, parece-nos não poder ser absoluta como pretendeu Kelsen¹³. Também não nos parece razoável admitir como válida a assertiva proposta por Guastini, com forte influência do pensamento kelseniano, de que, na aplicação judicial do direito, só teria lugar para a interpretação operativa (interpretação-decisão).

Segundo esse pensamento, o conteúdo de significação da chamada “norma individual”, atribuído pelo intérprete/juiz, poderia, perfeitamente, ser incluído em um *juízo de arbítrio* do órgão encarregado de aplicar o direito a casos concretos.

Oportuna a respeito da advertência de Gadamer (1999, p. 489):

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis”.

J. Roberto Vernengo (1996, p. 258) também preconiza:

“El juez que interpeta y aplica el derecho positivo, conforme a derecho, se

¹² “Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo)” (DIDIER, 2008, p. 68).

¹³ “O ato judicial não pode estar ao sabor das oscilações subjetivas” (GÓES, 2006, p. 88).

mueve en el campo diseñado por las normas legisladas. En esse sentido su decisión non es arbitraria ou discrecional, pero aun la más estricta de las aplicaciones del derecho”.

Os marcos da discricionariedade judicial estão postos nos próprios enunciados normativos. Ainda quando se trate de textos vagos ou ambíguos, há, indiscutivelmente, limites linguísticos para a atuação discricionária de aplicação judicial do direito, pelo menos que possibilitem pré-excluir determinadas possibilidades de eleição.

A chamada interpretação cognoscitiva tem lugar na aplicação judicial justamente para possibilitar a fixação do marco da discricionariedade, a partir do qual o juiz poderá, em sede de interpretação operativa, aplicar o direito, com a criação da norma individual e concreta, realizando a sua eleição entre as possibilidades interpretativas^{14,15}.

É dificilmente sustentável, nos tempos atuais, a tese de que o juiz, ao interpretar, apenas estaria revelando e extraindo das entranhas da lei a única solução possível para o caso concreto (concepção do juiz como “a boca da lei”). Também por essa razão entendemos que não se pode reduzir o

¹⁴ Há determinados enunciados legislativos que conferem explicitamente ao juiz o poder de agir criativamente, modificando, extinguindo ou fazendo nascer relações jurídicas; isso se dá, *v.g.*, quando do texto se retira uma autorização ao órgão jurisdicional para reduzir uma multa contratual, ou, segundo seu próprio critério, alterar o regime de bens do casamento. Nesses casos, não há como eliminar a presença da interpretação operativa no fenômeno jurídico, pois nelas o juiz vai “encher” o espaço deixado em branco pelo legislador com seu ato de vontade.

¹⁵ Defende-se hoje, notadamente no âmbito da jurisdicional a existência de “sentenças aditivas”, que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma, adiciona-lhe conteúdo, mediante interpretação, para adequá-la à Constituição. A propósito salienta Edilson Pereira Nobre Júnior (2006, p. 121): “Em vez de apontar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição. Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental”.

ato de interpretação a um juízo de arbítrio, em que o aplicador fosse o senhor absoluto da criação do direito, ou que, na melhor das hipóteses, agisse de forma limitada, mas fosse o criador de seus próprios limites (já que, segundo a tese kelseniana, seguida hoje por Paulo de Barros Carvalho Guastini, entre outros, a norma geral e abstrata¹⁶ veiculada pela lei também teria o seu sentido construído livremente pelo intérprete).

Pablo Navarro (2005, p. 99-103) bem reafirmou a tese da inevitabilidade da mediação interpretativa entre as normas gerais e as condutas dos seus destinatários, que seria feita pelo juiz. As normas gerais (legais) se veiculam em uma linguagem compartilhada entre os destinatários e os aplicadores, que logram êxito em motivar comportamentos justamente porque podem ser compreendidas pelos seus destinatários.

Como assinala Humberto Ávila (2008, p. 32), “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”. Existem estruturas de compreensão existentes de antemão que permitem a compreensão mínima dos enunciados normativos sob ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.

Por outro lado, a concepção de que antes do contato do juiz com texto não haveria que se falar em norma levaria a um circunlóquio interpretativo. Se a norma é produto da criação do intérprete, não se pode perder de vista que os destinatários de uma sentença judicial também precisam interpretar o texto construído pelo aplicador.

Do texto produzido pelo legislador, com a mediação interpretativa, decorria a norma produto da interpretação judicial, que, a seu

¹⁶ Útil invocar aqui a divisão feita por Bobbio (2005, p. 180-181) entre: a) normas gerais, que seriam aquelas com destinatários universais; b) normas abstratas, que seriam universais em relação à ação prescrita; c) normas individuais, que seriam aquelas cujo destinatário seria um indivíduo singular; d) normas concretas, que regulam uma ação singular.

turno, se converteria em texto e ficaria “em estado de dicionário” aguardando o contato com outro intérprete para se converter em norma¹⁷. Logo, em última análise, a norma emanada de uma decisão judicial acabaria sendo construída pelo seu próprio destinatário e não haveria parâmetros para o controle quanto ao cumprimento da sentença (pois o intérprete-destinatário, em última análise, é quem daria sentido ao texto).

A interpretação cognoscitiva realizada pelo juiz possibilita a explicitação do sentido das normas gerais que, mesmo quando vertidas em linguagem vaga ou ambígua, limitam a atuação discricionária do juiz.

A solução de um caso concreto, na maioria das vezes, não pode ser simples e prontamente deduzida dos textos normativos, exigindo do aplicador atividade de criação. A interpretação cognoscitiva, por isso, não esgota o processo hermenêutico, embora também dele não possa ser excluída. Ela supõe a existência de significados prévios ao ato de aplicação judicial, dado o seu caráter revelador.

Se partirmos da premissa de que a norma não é o texto, mas o sentido que dele se extrai, somos obrigados a admitir que, antes do ato de interpretação do texto pelo juiz, há significações normativas construídas por outros órgãos do ordenamento jurídico (Poder Legislativo, de um modo geral), veiculadas por meio dos enunciados normativos. Essas normas certamente não esgotam nem determinam cerradamente a atividade hermenêutica do aplicador do direito, mas funcionam como limites à sua atuação discricionária.

7. Texto, norma e interpretação judicial

O exercício da atividade jurisdicional, plasmado na resolução de conflitos intersub-

¹⁷ “Em ausencia de deste language compartido, la decisión semántica del interprete también resultaría indeterminada y sería necesario siempre outra decisión de um nuevo interprete para darle significado a las estipulaciones del primer interprete.” (NAVARRO, 2005, p. 104).

jetivos, já vimos, leva à criação de algo novo, que não havia antes da decisão. Por isso, o juiz, como intérprete, cria o direito e o produto de sua atividade é considerado como uma norma (Cf. DIDIER JR., 2008, p. 70).

Não se pode perder de vista, porém, que a norma decorrente da atividade jurisdicional interpretativa, marcada pela concretude, não elimina a existência de outras (normas gerais e abstratas) anteriores e preexistentes ao ato de aplicação.

Um exemplo marcante dessas normas está nas regras de estrutura, de modo particular aquelas definidoras de competência. Se as normas gerais abstratas decorrentes do diversos textos normativos (Constituição, leis etc.) não existissem antes do seu contato com o aplicador, o juiz, na sua competência, seria sempre autorreferencial. Dimoulis (2006, p. 213) bem anotou: “Nos sistemas jurídicos modernos, todas as competências das autoridades estatais e os direitos dos indivíduos são definidos de forma relacional mediante normas jurídicas, não cabendo ao titular decidir livremente, de forma auto-referencial, sobre os limites de seu direito ou competência”.

O estudo da dinâmica jurídica, segundo demonstrou Kelsen (1995, p. 215 e ss.), mostra que as normas que integram certa ordem jurídica se apresentam de forma escalonada. Com isso, o direito regula a sua própria criação. As normas de superior hierarquia determinam o modo como as outras normas devem ser introduzidas no ordenamento¹⁸.

Nesse processo de positivação, uma sentença judicial é considerada como o veículo introdutor de uma norma individual, cuja produção foi regulada por outras normas, daí se afirmar que “a norma individual,

¹⁸ Adotamos aqui, por ser de grande utilidade, a classificação já clássica das normas jurídicas entre (a) normas de conduta e (b) normas de estrutura. As primeiras disciplinam os comportamentos intersubjetivos, recaindo imediatamente sobre a conduta humana; as segundas regulam as condições ou os procedimentos de que emanam normas de condutas válidas (pertencentes a um dado ordenamento) (Cf. BOBBIO, 1997, p. 33).

que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial” (KELSEN, 1995, p. 265).

Ocorre que, por mais que se admita a existência e ambiguidade e vagueza nos enunciados normativos, por mais que se exalte (e se exagere) o caráter constitutivo (ineliminável) de toda decisão judicial, há algo que, necessariamente, escapa do âmbito do decidir individual, mas que, nem por isso, deixa de ser norma jurídica.

Por isso, recebemos com reservas a afirmativa de que, na sentença, o juiz cria não apenas a norma individual e concreta que resolve o litígio, mas também as normas gerais e abstratas utilizadas como fundamento da decisão.

Ainda que se considerasse uma norma de estrutura estabelecendo o pleno arbítrio do juiz (somente como hipótese teórica), dando-lhe poderes para dar qualquer solução que entendesse adequada ou justa no caso concreto, a decisão não poderia constituir o poder jurisdicional sem a qual não se poderia cogitar de ato estatal decisório decorrente do exercício da jurisdição.

O poder jurisdicional está necessariamente fora do âmbito da norma individual e concreta produzida pelo juiz; trata-se de um efeito jurídico previsto no conseqüente de uma norma de estrutura, que não precisa sequer ser “enunciada”¹⁹ no documento judicial. Isso permite diferenciar uma autêntica sentença emanada de um magistrado de uma minuta de sentença feita ou até mesmo reproduzida literalmente e depois assinada por um acadêmico para fins didáticos, *v.g.* Essa “pseudosentença” não é e nem veícula norma jurídica alguma (embora o texto possa até ser sugestivo e conter uma suposta invocação de um pseudo poder jurisdicional com assinatura de alguém no documento fazendo as vezes de juiz). A

¹⁹ Sobre os conceitos de enunciação-enunciada e enunciado-enunciado e sua relação com a introdução de normas no ordenamento jurídico, conferir: (IVO, 2006, p. 4 e ss.).

norma de estrutura que prevê a existência do poder jurisdicional do magistrado não está presente (enunciada) no documento normativo (caso contrário, o acadêmico de direito poderia “autoconstituir-se” juiz); ela não é “criada” pela decisão, mas, nem por isso, deixa de ser observada.

Por outro lado, só se pode admitir que o produto da atividade interpretativa do juiz, no exercício da atividade jurisdicional, seja norma, porque há um sentido objetivo (ou intersubjetivo), que não se situa no texto da decisão, nem muito menos na mente do destinatário²⁰.

Isso porque o juiz, na realidade, produz nada mais do que outro texto normativo (sentença, acórdão, decisões etc.), que, se não viesse a ser interpretado por seus destinatários, permaneceria como uma “sopa de letrinhas”. E mais: o sentido (a norma) quem daria seria o intérprete; o intérprete da decisão judicial, contudo, não é o juiz, mas o seu destinatário.

Em última análise: para manter coerência com as premissas, os defensores da norma como um produto exclusivo da interpretação deveriam sustentar que quem criaria o direito não seria o juiz (que se limitaria a produzir mais um texto normativo, além dos outros já existentes), mas sim o destinatário da decisão, que poderia construir o sentido que melhor lhe aprouvesse, adjudicando significado aos signos linguísticos postos do documento judicial, pois a interpretação do texto da decisão, em um último momento, é feita pelos seus destinatários.

8. Conclusão

Ao final do exposto, podemos, em síntese, apresentar as seguintes conclusões:

²⁰ “A crença na possibilidade de encontrar a interpretação objetivamente verdadeira corresponde às nossas experiências cotidianas de comunicação bem-sucedida. Temos um triunfo da objetividade e uma confirmação da existência da verdade cada vez que pedimos um pãozinho francês e o vendedor nos entrega exatamente aquilo que ele e nós entendemos como pãozinho francês” (DIMOULIS, 2006, p. 238).

A norma jurídica (seja geral e abstrata, individual, seja concreta) não se confunde com o texto (enunciados normativos), mas com o sentido que ele expressa, articulado sob a estrutura de uma proposição condicional deôntica.

Conquanto tenha produzido alguns resultados úteis, o dilema hermenêutico *mens legis versus mens legislatoris* pode hoje ser posto de lado, sendo de maior relevo para a hermenêutica contemporânea (entre outros problemas) a questão do sentido da expressão “interpretação”.

A interpretação jurídica se define como o processo de determinação do sentido da norma. Pode ser classificada em interpretação-conhecimento, que consiste em conhecer ou descrever o significado de uma determinada expressão, e em interpretação-decisão, que corresponde a uma atribuição de sentido à determinada expressão, com preferência sobre outros significados.

Embora a interpretação jurídica realizada pelo juiz encerre um ato de criação, há limites a essa atividade criativa, encontrados na própria linguagem prescritiva do direito e antes do processo interpretativo.

A vagueza e ambiguidade dos textos demarcam o âmbito da discricionariedade judicial e, por meio da interpretação cognoscitiva, fixa-se o marco para atividade criativa da interpretação-decisão.

Referências

ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Definiciones y normas. In: *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1999.

- _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9 ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.
- GÓES, Gisele. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. Barueri: Manole, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- _____. *Problemas de interpretación*. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 7. Isonomía Publicaciones Periódicas. Out./1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HIERRO, L. L. *El imperio de la ley y crisis de la ley*. In: DOXA. n. 19, 1996.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria pura do direito*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NAVARRO, Pablo. Acerca de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 22. Isonomía Publicaciones Periodicas, abr./2005.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 43, n. 170, abr./jun. 1996.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Mexico: UNAM, 1974.
- STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VERNENGO, J. Roberto. Interpretacion del derecho. In: *El derecho y la justicia*. Edición de Ernesto Gareón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Ed. Trota, 1996.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Lógica, ciência-do-direito e direito*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 8, n. 36, out./dez. 1972.
- _____. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). In: *Revista de Direito Público*, n. 61, São Paulo: RT, jan./mar. 1982.

Plano de Ação 2007-2010 “Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Nacional”

Uma análise jurídico-crítica à luz da Teoria do Discurso

Marcos Vinício Chein Feres, Pedro do Carmo Baumgratz de Paula e Valquíria Monteiro

Sumário

1. Introdução. 2. Marco teórico – ação comunicativa e integridade do Direito. 3. Da expansão e consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. 4. Da promoção da inovação tecnológica nas empresas. 5. A questão das patentes. 5.1. Quem tem o direito? 5.2. A instrumentalidade do raciocínio. 6. Pesquisa, desenvolvimento e inovação em áreas estratégicas. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise da regulação jurídica da inovação e transferência tecnológicas e da patente sob a ótica da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas (2003).

Para tanto, utiliza-se como marco institucional o Plano de Ação (2007-2010) do Governo Federal, organizado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Tal programa tem como objetivo o desenvolvimento da Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil a partir da realização de uma política nacional de incremento das mesmas de forma integrada às demais políticas de governo. Busca-se articular várias esferas do governo e da sociedade em uma visão sistêmica e harmônica de maneira a constituir um planejamento integrado, o que necessariamente engloba diversos atores institucionais.

Deste ponto surge a necessidade de uma regulação jurídica adequada das interações

Marcos Vinício Chein Feres é professor adjunto de Direito Econômico e Diretor da Faculdade de Direito da UFJF. Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG.

Pedro do Carmo Baumgratz de Paula é acadêmico de Direito da UFJF. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

Valquíria Monteiro é acadêmica do curso de Direito da UFJF. Voluntária de iniciação Científica do PROVOQUE/CNPq.

entre os vários ministérios, e entre o governo e a iniciativa privada, para não possibilitar a dominação de todos os sistemas envolvidos nesta cooperação. Isso ocorreria pelos meios de ação próprios, “dinheiro” e “poder”, dos sistemas, respectivamente, econômico e político, que tendem a dominar os outros, caso não sejam racionalmente regulados, a partir de um procedimento comunicativo.

Ademais, salienta-se que as áreas estratégicas escolhidas pelo Plano de Ação, uma vez determinadas por critérios políticos, deverão ter seus respectivos investimentos e privilégios regulados por questões de princípio, visto que, assim, garante-se a justiça, equidade e devido processo legal nos procedimentos jurídicos pontuais, conforme a integridade do Direito de Ronald Dworkin (2003).

Nesse sentido, propõe-se o estudo, a partir da racionalidade discursiva, quanto à propensão do programa na promoção e aperfeiçoamento do processo de transferência e inovação tecnológica, bem como da regulação, concessão e uso do direito de patente de forma a propiciar o desenvolvimento social, cultural e tecnológico nacional. Para fornecer uma melhor didática da temática aqui abordada, dividiu-se o trabalho em seções conforme melhor se adequam às prioridades estratégicas propostas no Plano de Ação. Após um breve esclarecimento acerca das teorias que compõem o marco teórico do presente estudo, serão tratadas a expansão e a consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Posteriormente será abordada a questão da promoção da inovação tecnológica nas empresas, seguida de uma análise da proteção jurídica da propriedade intelectual produzida com esforços conjuntos do Estado e iniciativa privada, análise que levará ao debate sobre a instrumentalidade do pensamento sobre as patentes. Em seguida, será discutida a temática dos setores estratégicos de investimento, eleitos pelo Estado. Por fim, serão elaborados alguns

comentários acerca da necessidade de utilizar a inovação tecnológica e científica para contribuir com o desenvolvimento social.

2. Marco teórico – ação comunicativa e integridade do Direito

Habermas propõe uma teoria da sociedade, pautada na comunicação, em que a solução de conflitos se daria através de um debate voltado ao entendimento, prevalecendo sempre o melhor argumento para resolução das possíveis problematizações.

Tal explicação é demasiadamente sintética para se compreender a magnitude de sua teoria e os meios aptos a efetuar-la. Portanto, deve-se ter em mente primeiramente que Habermas é um procedimentalista, conforme afirma claramente no início de sua obra.

“A racionalidade tem menos a ver com o conhecimento ou com a aquisição do conhecimento do que com a forma em que os sujeitos capazes de linguagem e de ação fazem uso do conhecimento”.¹ (HABERMAS, 2003, p. 25)

Dessa forma, pode-se adiantar que, para o autor, o agir racional consiste em obedecer a um procedimento e que a racionalidade advém de uma interação pautada por pressupostos comunicativos, ou seja, a ação comunicativa; definida pelo autor como:

“aquela interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação que (seja por meios verbais ou extraverbais) travam uma relação intersubjetiva. Os atores buscam entender-se sobre uma situação de ação para poder, assim, coordenar de comum acordo seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central aqui, o de interpretação, refere-se primordialmente à negociação de definições

¹ No espanhol: “... la racionalidad tiene menos que ver con el conocimiento que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento.”

da situação suscetível de consenso". (HABERMAS, 2003, p.124) ².

O autor ainda se utiliza do chamado "mundo da vida", que consiste em toda a bagagem normativa não problemática a qual os participantes de um diálogo carregam e compartilham. Trata-se de convenções linguísticas, fatos históricos de comum conhecimento etc. É a partir do mundo da vida que os falantes buscam sustentar suas pretensões de validade (correção da norma, verdade de uma afirmativa ou veracidade de uma opinião).

Todavia, Habermas, ao realizar uma análise histórica, passa por vários pontos que determinaram o agir humano, impedindo sua completa emancipação e consequentemente seu perfeito agir comunicativo. Argumenta que, na sociedade moderna, capitalista, o meio dinheiro não só regula o sistema econômico, mas vai além, regulando, a partir da economia, todos os outros sistemas que conformam o mundo da vida e, assim, colonizando-os (Cf. HABERMAS, 2003).

O que acontece de fato é que, em uma situação típica de ação comunicativa voltada ao entendimento, a interpretação das falas deve ter como base a veracidade, tendo em vista a confiabilidade daquelas informações e seu livre julgamento, de acordo com todo o contexto normativo compartilhado que descansa no mundo da vida de cada indivíduo. No entanto, o que acontece na prática com o exacerbado domínio do meio "dinheiro" sobre os outros sistemas e, inclusive, sobre aquele mundo da vida racional é que as interações tornam-se instrumentalizadas. Não

visam a um consenso por meio das críticas recíprocas das pretensões de validade ou aceitação e entendimento das mesmas. De fato, as relações visam a um trato não debatido, porém estabelecido e suscetível de estipulação econômica, "burlando" a ação comunicativa, o que consequentemente impede o debate, a crítica e um "saber" racionalmente construído (HABERMAS, 2003). Enfim, a instrumentalização das relações dos indivíduos pelo meio dinheiro, que coloniza seus respectivos mundos da vida, impede o procedimento democrático racional. Com vistas ao impedimento de tal dominação sistêmica, propugna-se a regulação das relações entre os integrantes do procedimento comunicativo através do Direito, sendo este o mediador, que opera na lógica sistêmica mas que, ao mesmo tempo, é concebido consensualmente com base no "Mundo da Vida".

Nesse sentido, deve-se determinar de que forma o Direito será efetivamente estabelecido e aplicado. Para tanto, busca-se respaldo na Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Para o autor, o Direito deve, antes de tudo, garantir segurança jurídica aos destinatários das normas e decisões judiciais. Dworkin (2003) busca incutir no Direito a moralidade, para que este se consubstancie no conjunto de princípios que regem a sociedade. Portanto, decisões judiciais, elaboração de normas e atos institucionais de todo gênero devem ser a expressão desses princípios. Assim, o Direito como Integridade é concebido como o que se perfaz na legislação, decisões judiciais e na formulação de políticas públicas, com base em normas interpretativas e cujo sentido será construído de acordo com os princípios compartilhados pelos membros de cada sociedade, em determinado momento histórico.

Assevera o autor que:

"A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado.

² No espanhol: "... acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extra-verbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones. El concepto aquí central, el de interpretación, se refiere primordialmente a la negociación de definiciones de la situación susceptibles de consenso."

Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos (...)” (DWORKIN, 2003, p. 204).

Nesse sentido, a equidade seria a exigência de plena aplicação, na decisão sobre o significado de uma lei sancionada pela comunidade, dos princípios políticos necessários à justificação da autoridade legislativa. A justiça trata da necessidade de que as decisões do legislativo busquem respaldo nos princípios morais partilhados pela sociedade e reconduzidos ao próprio Direito. Por fim, o devido processo adjetivo propõe a obediência aos procedimentos previstos para os julgamentos e o alcance do equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do Direito.

Importante ressaltar que esses critérios devem manter uma coerência entre si e que, garantido-a, concretiza-se a moralidade política de Dworkin. Tal moralidade implica a necessidade de atenção aos princípios basilares da sociedade nas decisões a serem tomadas por atores institucionais. Assevera o autor que pessoas legitimadas a tomarem decisões políticas devem fazê-lo com atenção às necessidades fáticas, todavia não se pode olvidar de um necessário embasamento em um princípio representativo daquela comunidade.

3. Da expansão e consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação

No intuito de agir em prol da ampliação da base científica e tecnológica nacional, o Governo Federal propõe uma maior articulação com os governos estaduais para a concretização das ações propostas. Portanto, estabelece como primeira prioridade estratégica a “Expansão e Consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e

Inovação”, que se divide em três outras, quais sejam: I – Consolidação Institucional do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação; II – Formação de Recursos Humanos para Ciência, Tecnologia e Inovação; e, III – Infraestrutura e Fomento da Pesquisa Científica e Tecnológica.

Considera-se indispensável que este processo de expansão do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação ocorra de forma integrada entre os ministérios, governos estaduais, agências de fomento à pesquisa, cooperando sempre a alcançar os objetivos políticos institucionais do Governo federal.

Nesse contexto, importante que a integração entre as instituições governamentais se dê através de um procedimento comunicativo, conforme proposto por Habermas (2003). Tal procedimento é caracterizado por uma ação cooperativa de interpretação entre os entes envolvidos, em que estes são capazes de argumentar de acordo com suas “pretensões de validade” – correção da norma (o ato de fala é correto em relação ao contexto normativo vigente), verdade de uma afirmativa (o enunciado que se faz é verdadeiro) e veracidade de uma opinião (a intenção expressa pelo falante coincide com o que realmente pensa) – e, assim, buscar o consenso acerca das temáticas e conceitos relevantes para a ultimação da inovação tecnológica e para o desenvolvimento social.

Neste ponto, justifica-se a preocupação com a correta regulação jurídica dessas interações e cooperações ministeriais e governamentais, visto que representam a institucionalização de sistemas, e, conforme Habermas (2003) assevera, os sistemas, através de seus meios de ação próprios, tendem a colonizar os outros, viciando-os, corrompendo seus valores e dominando suas formas de agir.

Os sistemas mantêm coesas as estruturas da sociedade, não a partir da autonomia dos sujeitos, mas, sim, pela dominação, sob a ação de um poder instrumental, cujos meios de ação são “dinheiro” e “poder”. Essa co-

esão forçada e dominadora é criticada pela ideia habermasiana de racionalidade comunicativa. Nesse contexto, a coesão social não é alcançada consensualmente, mas, sim, a partir de uma imposição de estruturas particulares em um âmbito geral, exemplificado pela economização do mundo da vida.

Tomando conhecimento disso, acredita-se que a integração entre as instituições governamentais deve ocorrer sob a ótica de um procedimento comunicativo, pautado em valores e na não-dominação sistêmica. Almeja-se eliminar a coação com a busca pela autonomia por meio da harmonia consensual das pretensões de validade.

Observada a complexidade do mundo moderno, não é difícil concluir pela dificuldade, cada vez maior, de obtenção do consenso. Assim, os sistemas, agindo como meios de manutenção e sustento da estrutura social, terão o Direito como meio transformador-mediador. Considera-se o Direito como tal, visto que opera a comunicação na lógica sistêmica e também partilha dos critérios normativos próprios do mundo da vida, sendo este o mundo linguístico de onde argumentos, razões, definições e convicções são retirados para a comunicação.

Dessa forma, o Direito revela-se crucial para a execução comunicativamente racional do desenvolvimento social proposto pelo Plano de Ação do Governo. Decerto, possibilita uma interação propícia à criatividade e à expansão do sistema nacional de inovação sem gerar dominações sistêmicas que a corromperiam.

Portanto, argumenta-se em favor de uma delimitação legal que imponha restrições às ações dos ministérios e trace de forma clara as intenções do Governo Federal com o Plano de Ação, para viabilizar uma eventual impugnação de ato que seja incompatível com o disposto no referido plano. Propõe-se, também, que as interações mencionadas no plano tenham sempre por objeto o desenvolvimento tecnológico nacional, estabelecido constitucionalmente nos artigos 5º, inciso XXIX, e 218, visto que, tendo uma finalidade

bem definida e meios de garanti-la, não haverá espaço para difusão de interesses nocivos à harmonia sistêmica.

4. Da promoção da inovação tecnológica nas empresas

Visando atuar de maneira decisiva para acelerar o desenvolvimento de um ambiente favorável à inovação nas empresas, pretende-se o fortalecimento da política industrial, tecnológica e de comércio exterior. Para tanto, o Plano de Ação propõe o incentivo à inovação tecnológica nas empresas mediante o incremento de ações de inserção de pesquisadores no setor produtivo, o estímulo à cooperação entre empresas e a difusão da cultura de absorção do conhecimento técnico e científico.

Portanto, por se tratar de uma relação do Estado com um ente privado, que opera na lógica estratégica, obedecendo às regras do mercado, surge uma necessidade ainda maior de regulação do relacionamento público-privado pelo Direito. Isto para que se impeça a dominação e orientação, pela lógica instrumental, das decisões que envolvam o Governo, seja em investimentos diretos seja em políticas de apoio financeiro.

O programa de incentivo à inovação elege as áreas empresariais nas quais o Governo deverá investir para incrementar a tecnologia. Decerto, trata-se de uma decisão de política pública. O administrador, ao atribuir maior valor a determinados setores para verter recursos públicos com vistas à inovação tecnológica, atua discricionariamente e, ainda assim, legitimamente. Afinal, essas opções políticas só serão legítimas se o processo de escolha de seus representantes também o for, se as decisões forem tomadas por uma base consensual, não economicamente dominada, conforme proposto no tópico anterior; e, por fim, se tiverem sempre por base um princípio, qual seja, o desenvolvimento tecnológico nacional (expresso no artigo 218 da Constituição Federal).

Entretanto é importante apontar que, realizadas tais escolhas, a regulação legislativa da promoção e desenvolvimento das mesmas deverá ser feita tomando por base uma análise de princípio (DWORKIN, 2001).

Nessa esteira, acredita-se que, uma vez definidos politicamente os ramos empresariais aos quais serão concedidos incentivos, a legislação específica de atribuição de recursos deverá se fundamentar no princípio da igualdade e do desenvolvimento tecnológico nacional. Dessa maneira, concedendo a empresas de mesmo porte e categoria a mesma quantidade de apoio, mantendo-se fiel aos princípios estabelecidos dentro da comunidade personificada, pode-se afirmar que a política de incentivo à inovação venha a ser íntegra, uma vez que incorpore critérios morais institucionais. A ideia de uma moralidade institucional decorre da aplicação dos seguintes elementos, a saber, equidade, justiça e devido processo legal, por um sistema coerente de princípios adotado por uma comunidade verdadeira.

Nesse contexto, conclui-se ser importante avaliar juridicamente como se realizaria uma das propostas de mudanças para favorecer os produtos desenvolvidos com apoio do governo. Analisam-se, tendo por norte as particularidades políticas, as legislações específicas que viabilizem legalmente a implementação das políticas de incentivo propostas pelo Plano de Ação.

A título de exemplo, pode-se analisar a intenção de propor alterações legislativas para que a lei de licitações (Lei nº 8.666/93) atenda às necessidades das instituições de pesquisa científica e tecnológica (BRASIL, 2007, p. 67).

Seguindo esse raciocínio, decorre a natural indagação de se a lei de licitações, caso atenda à proposta de alteração legislativa expressa no Plano de Ação do governo, desrespeitará o princípio constitucional da igualdade, agindo, portanto, o legislador de forma contrária à Constituição Federal de 1988. Acredita-se que esse questionamento deve ser respondido negativamente,

porquanto a Constituição permite que tais privilégios sejam concedidos se e somente se embasados em algum princípio igualmente constitucional. Corroborando essa ideia e utilizando o mesmo argumento, Mello (2002) justifica a constitucionalidade das licitações preferenciais do artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

No caso em questão, trata-se especificamente da aplicação da norma permissiva constitucional de regulação da ordem econômica conferida ao Estado (artigo 174, CF), aliada às normas que decorrem do artigo 218 e seus parágrafos. Estas estabelecem que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico-tecnológico, assim como apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao país.

Conclui-se, portanto, que a proposta de alteração legislativa do Plano de Ação não consiste em uma inconstitucionalidade ou afronta ao Direito como Integridade aqui defendido; revela-se, de fato, íntegra, porque é coerente com os princípios que justificam e motivam o plano governamental. Trata-se de uma forma de garantir sua efetividade no plano prático, tendo em vista os empecilhos que a lógica da livre concorrência causaria em situações como esta.

Por fim, o incentivo à inovação, autorizado pela legislação de licitações, consiste num modo de atenuar a influência do mercado sobre a construção de uma esfera pública de discussão e reconstrução do escopo das políticas públicas. Esta só se viabiliza por meio do Direito como instrumento regulador e emancipador que cuida de corrigir as distorções e dificuldades geradas pela dominação econômica em todas as esferas da sociedade, no caso específico, a esfera produtivo-intelectual.

5. A questão das patentes

Antes de adentrar na temática específica do questionamento acerca das patentes, cabe tecer uma explicação sobre a proprie-

dade intelectual e a concessão dos direitos de exclusividade.

A propriedade intelectual consiste em uma ficção criada pelo Estado para garantir a exclusiva exploração sobre bens de natureza intangível que não ocorreria em uma situação de ausência de regulação. Tal fato decorre da tendência à livre dispersão característica dos bens imateriais, que são o objeto da proteção jurídica da propriedade intelectual.

Uma vez divulgada, uma invenção não possibilita ao seu inventor a prerrogativa de impedir que a coletividade também dela tire proveito e a utilize ilimitadamente. Essa situação de total compartilhamento com a sociedade dos inventos individualmente produzidos seria um desestímulo à inovação. Decerto não seria economicamente proveitoso o dispêndio de grandes quantias em pesquisa, sendo que, posteriormente, ao ser divulgada, a invenção poderia ser livremente apropriada por todos.

Dessa maneira, além de não ser um estímulo à produção intelectual, a natureza intangível desses bens faria com que os pesquisadores buscassem sempre a manutenção de seus inventos em segredo, não contribuindo para o progresso tecnológico e social. Portanto, ao criar-se uma regulação jurídica sobre os direitos de propriedade intelectual, garante-se, ao mesmo tempo, a publicação da invenção e um estímulo à inovação.

Nessa toada, concebe-se o direito de patente como uma concessão de exclusiva exploração de uma invenção por um determinado tempo. Assim, a propriedade intelectual do inventor sobre aquele bem imaterial existe enquanto durar a patente. Posteriormente, ao término do direito de exclusividade, a invenção até então protegida ingressa no Domínio Público, sendo legítimo que qualquer indivíduo faça uso legal da mesma e de produtos que dela dependem.

Uma interpretação conjunta dos artigos 2º e 8º da Lei nº 9.279/96 demonstra que a

concessão do direito de patente depende da consonância da invenção com o interesse social e de sua adequação aos objetivos de desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Além disso, a lei exige o preenchimento dos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial como condição essencial para a atribuição do monopólio legal.

Importante salientar, a partir dessa constatação, que o direito de patente não está condicionado a simples critérios instrumentais de características eminentemente privadas, mas que também se fundamenta em uma contrapartida social.

Portanto, argumenta-se que a propriedade intelectual – tendo em vista o seu fundamento, qual seja, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional – deve ser protegida na medida em que proporcione uma melhor competitividade no mercado, estimule a inovação e dissemine os benefícios das invenções. Realizadas essas funções, o direito à patente poderá sofrer limitações para que se atenda aos interesses da coletividade, principalmente de acesso às novas tecnologias.

5.1. Quem tem o direito?

Ao tratar-se de investimentos estatais em entidades privadas, no tocante à produção e aos incentivos tecnológicos, surgem inevitáveis indagações. Quem será o titular da propriedade intelectual eventualmente produzida? De que forma pode-se garantir ao Estado que este se beneficiará dos proveitos (logicamente em prol de sua população e seus programas de auxílios sociais, não em termos econômicos puros) daqueles inventos, uma vez garantido o monopólio de exploração destes às empresas pela concessão de patentes? Em casos de interesse público e relevância social, a solução seria o licenciamento compulsório?

A questão da titularidade poderia ser facilmente respondida ao argumentar-se que ambos, Estado e ente privado, podem ser proprietários do bem imaterial produ-

zido a partir de esforços mútuos. Todavia, é preciso resolver, de forma equânime, como se compartilhar o produto da invenção entre o Estado e o ente privado. Para solucionar essa situação, o próprio Estado, ao publicar o Plano de Ação, promulgou a Lei nº 11.487/06, que, além de regular a forma de incentivo às empresas produtoras de tecnologia (no caso com isenções e deduções fiscais em virtude de investimentos em projetos científicos a serem analisados por entidades estatais especializadas em ciência e tecnologia, as ICTs), dispôs no § 6º do artigo 2º que a participação de cada parte na titularidade da propriedade intelectual produzida será determinada a partir do percentual de imposto que foi deduzido.

No entanto, mesmo garantindo também ao Estado a propriedade de alguma fração do bem imaterial produzido, a referida lei não assegura o ganho social direto daquela invenção. Pode-se fazer tal afirmação tendo em vista que, sendo a titularidade do Estado, em certo invento, percentualmente pequena, o ente estatal ainda dependeria do pagamento de *royalties* à empresa, referentes ao restante de sua titularidade para poder utilizar-se de tal invenção legalmente.

Resolve-se o dilema exposto acima por meio de um mecanismo contratual entre ente público e ente privado, observadas as limitações legais. Ao viabilizar a dedução fiscal ou algum incentivo direto com o particular, a Instituição Científica Tecnológica (responsável por representar os interesses do Estado nesse caso) deverá firmar um acordo de pré-licenciamento de exploração do produto ou serviço pelo poder público. Nesse contexto, o ente privado deterá o direito de explorar a patente como um todo, sem que a entidade estatal deixe de poder explorar a invenção e os produtos decorrentes do privilégio. De um lado, a empresa desfrutaria dos proveitos econômicos e possibilidades jurídicas geradas pela exploração e disposição da patente, como licenciamento, a cessão, recebimento de *royalties* etc. E doutro, o Estado poderia

utilizar sua prerrogativa de explorar a invenção e, portanto, promover meios de disponibilizar aos programas sociais os inventos de seu interesse.

Nesse contexto, tem-se a garantia de acesso à tecnologia pela população necessitada e mantém-se o incentivo aos entes privados de investir maiores dividendos em inovação científica e tecnológica. Além disso, alcançam-se os objetivos de ambas as partes por meio da utilização de uma estrutura jurídica íntegra e não contraditória. Afinal, seria um contra-senso o Estado conceder incentivos à produção científica, assegurar ao ente privado o direito de propriedade e exclusiva exploração sobre aquele bem imaterial e, por fim, anular todo o processo de incentivo à pesquisa tecnológica privada por meio de licença compulsória para possibilitar seu livre uso em questões de interesse público.

5.2. A instrumentalidade do raciocínio

Apesar de, em alguns momentos, apresentar características típicas de uma racionalidade comunicativa, como a correta regulação das licitações para o desenvolvimento tecnológico, o plano demonstra a instrumentalidade do raciocínio de seus idealizadores ao tratar das patentes. Aquele refere-se a estas numericamente e não qualitativamente; comparando a produção científico-tecnológica nacional com a de outros países em desenvolvimento a partir de dados de pedidos de patentes e de patentes concedidas.

Acredita-se que uma discrepância quantitativa de grande monta possa realmente demonstrar diferenças quanto ao desenvolvimento de todo setor tecnológico de nações. No entanto, ao raciocinar-se de maneira meramente instrumental acerca da patente, incorre-se no risco de, através desta, instrumentalizar a própria pesquisa científica e seus resultados, que seriam os potenciais objetos de registro patentário.

Primeiramente, os fundamentos da existência do direito de exclusiva exploração

de um invento não devem ser olvidados, quais sejam, o desenvolvimento tecnológico e o interesse social. Sem dúvida, tais princípios devem ser os parâmetros máximos para a concessão ou não de monopólios temporários de exploração de um invento. Do contrário, na hipótese de a concessão se orientar apenas pelos critérios de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigo 8º, Lei 9.279 de 1996), as patentes serão transformadas em um simples instrumento de dominação de mercado. Dessa maneira, o Direito se revelaria como um mero legitimador da dominação econômica, pois, concedido o direito de exclusividade, o monopólio legal estará caracterizado sem sequer exercer sua primordial função social.

Portanto o desenvolvimento tecnológico, econômico e social, motivador do afastamento de valores igualmente constitucionais – como a livre concorrência – seria, ao fim, renegado injustificadamente pela adoção de critérios meramente instrumentais na concessão de direitos de exclusividade. Ao se restringir a análise patentária aos vinculados critérios legais de concessão do registro, atua-se em contradição performática, pois se rompe com o fundamento de incremento científico e tecnológico com base em análise exclusivamente formal do dispositivo legal.

Por fim, assevera-se que o raciocínio instrumental acerca das patentes apenas contribuirá para uma maior dominação econômica das demais esferas da sociedade. Afinal, além de não atender ao desenvolvimento tecnológico nacional, motivo de sua existência, transforma-se a patente em meio de colonização sistêmica juridicamente legitimado.

6. Pesquisa, desenvolvimento e inovação em áreas estratégicas

Com o Plano de Ação em tela, o Estado pretende investir em pesquisa, desenvolvimento e inovação em áreas consideradas estratégicas que, por isso, poderão contri-

buir para o desenvolvimento tecnológico, crescimento econômico, formação de recursos humanos nas áreas de meio ambiente, tecnologia e de insumos à saúde.

Para tanto, foram selecionadas áreas de maior interesse estratégico para o desenvolvimento científico e tecnológico, como a nanotecnologia, a biotecnologia, novos insumos à saúde e sustentabilidade ambiental. Acredita-se que tais escolhas, realizadas tomando por base o princípio do desenvolvimento tecnológico, sejam decisões de política. Nessas, o Estado realiza uma de suas funções ordinárias, qual seja, agir estrategicamente com o intuito de garantir a efetivação de um de seus princípios norteadores. Esse tipo de atitude não é criticável, já que o meio pelo qual o ente político deve atuar se funda nessa racionalidade de resultados. Em razão disso, a abordagem aqui volta-se para o seguinte questionamento: ainda que estabelecidas por um critério político, existe a possibilidade de a regulação jurídica do incentivo a essas áreas de especial investimento se dar de maneira íntegra, referendando as políticas públicas em princípios jurídicos, conforme se observa na proposta teórica de Dworkin (2001)?

Embora as áreas estratégicas tenham sido determinadas a partir de uma decisão política, a futura legislação que regule os investimentos pontuais e determine a forma de adquiri-los deve concretizar as metas políticas, compatibilizando-as com os princípios constitucionais.

As próprias decisões políticas tiveram por base o princípio do desenvolvimento tecnológico, econômico e social, consagrado pelos artigos 5º, XXIX, e 218 da Constituição Federal. Esse princípio é o fundamento que legitima toda a proteção especial conferida à propriedade intelectual, conforme assevera o artigo 2º da Lei nº 9.279 de 1996.

Com fundamento na integridade, conclui-se que qualquer forma de regulação ou determinação de privilégios futuros deve se pautar pelo desenvolvimento tecnológico

e pela igualdade de oportunidades, observadas as gradações políticas legítimas instituídas em prol do princípio estruturante do incentivo à inovação.

Portanto, parece perfeitamente viável a legitimidade de políticas de incentivo à ciência, pesquisa e inovação, desde que tenham por fundamento o princípio constitucional do desenvolvimento científico e tecnológico.

Apesar de áreas pontuais da ciência, tecnologia e desenvolvimento, como a nanotecnologia, biotecnologia, entre outras, terem sido determinadas por escolhas políticas, tal se desenvolveu em uma esfera legítima, atendendo aos interesses nacionais de desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Esse fato não justifica que, dentro dessas áreas específicas de inovação tecnológica, a legislação ou o poder público realize distinções arbitrárias. Sendo assim, os responsáveis devem estruturar, de maneira condizente com os princípios que justificam sua ação e a proteção à propriedade intelectual, formas equânimes, justas e que atendam a um procedimento legal de seleção das entidades ou pessoas específicas que receberão os investimentos, não cabendo espaço para discricionariedades.

7. Conclusão

Deve-se ter em mente que a proteção à propriedade intelectual não consiste em um fim em si mesma, mas trata-se, na verdade, de um meio para se garantir e incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade. Esse desenvolvimento, uma vez gerado por uma regulação jurídica que atenda a critérios de racionalidade comunicativa e que se mantenha íntegra, tem o potencial de favorecer diversas esferas da sociedade, visto que a produção científica e tecnológica desdobra-se em resultados benéficos ao sistema de saúde, pedagógico, de alimentação, entre outros.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Plano de Ação para incentivar a inovação

tecnológica do governo, apesar de algumas incoerências, possui grande potencial transformador. Com sua correta utilização – sempre auxiliada por instrumentos jurídicos pontuais, mas que atuem de forma sistêmica, íntegra e representativa dos anseios sociais –, pode-se alcançar grandes avanços em inovação científica e tecnológica para toda a população. Esses avanços representam, sobretudo, uma possibilidade fática de emancipação social. Adquirindo maior instrução, educação, conhecimento e tecnologia, com vistas a superar a dominação sistêmica, a esfera pública de discussão se institucionaliza como a melhor forma de construção e emancipação da sociedade brasileira.

Enfim, interpretar o Plano de Ação para inovação tecnológica depende da necessária recondução a uma determinada comunidade personificada, cujos valores morais legitimarão as diversas políticas de intervenção nos processos de construção da tecnologia e do desenvolvimento socioeconômico. Não basta cotejar as políticas instituídas e as futuras ações estatais com os instrumentos legais pontuais de registro ou de licenciamento de patentes; é crucial compreender essas intervenções públicas na área tecnológica dentro de uma racionalidade procedimental, porém calcada em escolhas morais que possam, assim, justificar, de modo coerente, as prováveis restrições aos direitos individuais dos inventores.

Referências

BARBOSA, D. B. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BARTON, J. *New trends in technology transfer: implications for national and international policy*. Issue Paper N° 18, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, 2004. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org/resources/docs/Barton%20New%20Trends%20Technology%20Transfer%200207>>. Acesso em: 01 set. 2007.

BOYLE, James. *A manifest on WIPO and the future of intellectual property*. Duke Law and Technology Review. 2004. Disponível em: <<http://www.law.duke>

edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009>. Acesso em: 31 ago. 2007.

_____. The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*. v. 66, 2003.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Plano de ação 2007-2010 "ciência, tecnologia e inovação para o desenvolvimento nacional"*. 2007. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/full/66226>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. v. 1, 3 ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. v. 2, 3 ed. Madrid: Taurus, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Preferências em licitações para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas de capital nacional. *Revista Diálogo Jurídico*. n.14. Salvador, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-%202002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO>. Acesso em: 15 dez. 2007.

Pettit, P. N. *Freedom in the market*. Philosophy, politics and economics. 2005. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=747705>. Acesso em: 01 set. 2007.

Lei Maria da Penha e ação penal no caso de lesão corporal leve

Rafael Cavalcanti Lemos

Sumário

1. Introdução. 2. Abordagem legislativa da ação penal. 3. Ação penal pública condicionada à representação. 4. Lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher e direito de representação. 5. Considerações conclusivas: a violência doméstica ou familiar contra a mulher como um problema de direito humano feminino internacional.

1. Introdução

O Código Penal, no *caput* do seu artigo 129, comina pena de detenção, de três meses a um ano, a quem ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

A supramencionada ofensa é dita leve em contraposição àquelas previstas nos parágrafos 1º e 2º do indigitado artigo, chamadas, respectivamente, de grave e gravíssima:

“sob a mesma rubrica, o legislador tipificou dois modelos distintos de lesão corporal: a grave e a gravíssima. Enquanto no § 1º encontram-se os casos de lesão corporal grave, no § 2º estão os casos de lesão corporal gravíssima. A diferença entre ambas as denominações emerge cristalina a partir da análise da pena cominada: reclusão de 1 a 5 anos para a hipótese grave e reclusão de 2 a 8 anos para a gravíssima. Assim, a lesão corporal grave (ou mesmo a gravíssima) é

Rafael Cavalcanti Lemos é Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE. Mestrando em Direito pela Universidade de Londres.

uma ofensa à integridade física ou à saúde da pessoa humana, considera-se muito mais séria e importante do que a lesão simples ou leve” (NUCCI, 2006a, p. 561).

Se a lesão corporal leve for praticada em situação de violência doméstica ou familiar, a pena é de três meses a três anos de detenção, consoante o parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, acrescentado pela Lei 10.886/2004 e modificado pela Lei 11.340/2006 no que diz respeito ao *quantum* repressor.

Dispôs, por seu turno, a Lei 9.099/1995, no artigo 88, batizada dos Juizados Especiais, que a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves depende de representação.

A Lei Maria da Penha, contudo, já referida no presente texto sob o número 11.340/2006, vedou, por meio do artigo 41, a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes de violência doméstica ou familiar, quando praticados contra mulher.

Este artigo visa justo discutir os efeitos da Lei 11.340/2006 sobre a ação penal no caso de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Para isso, servir-se-á da jurisprudência pátria e da doutrina jurídica nacional e estrangeira.

2. Abordagem legislativa da ação penal

A ação penal é tratada no Título VII da Parte Geral do Código Penal e no Título III do Livro I do Código de Processo Penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 769) entendem que

“Muito discutível é a legitimidade de disposições de preceitos relativos à ação penal no âmbito do Código Penal, posto que o tema pertence ao processo penal e não ao direito penal, e, não obstante isso, muitos códigos recentes mantêm tais disposições no seu contexto. É que o poder-dever de punir estatal só se realiza pelo exercí-

cio do *jus perseguendi*, ou, por outras palavras, é através da ação penal que movimentam os órgãos jurisdicionais do Estado que a ameaça abstrata contida no preceito sancionador da norma penal incriminadora pode se concretizar”.

A despeito da crítica transcrita acima, certo é que existe íntima relação entre a ação penal e a extinção da punibilidade, razão certa pela qual o legislador entendeu por bem tratar do primeiro instituto (ação penal) outrossim no código dedicado ao direito material.

3. Ação penal pública condicionada à representação

Toda ação penal é pública, salvo expressa ressalva legal (artigo 100, *caput*, do Código Penal), e a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido (artigos 129, inciso I, da Constituição da República e 100, § 1º, do Código Penal):

“A regra geral é a da competência do Ministério Público para, oferecendo denúncia, movimentar a ação criminal que apurará se é de aplicar-se pena ao infrator da lei penal. (...) Há mesmo sistemas legislativos, de que o francês se apresenta como o tipo clássico, nos quais impera o princípio de competir, somente, à justiça pública a promoção da ação para aplicação das penas; ao ofendido só se reconhece a ação civil, para reparação do dano. (...) Não seguiu o Código Penal vigente a orientação do de 1890, cujo art. 407, § 2º, enumerara as exceções ao princípio geral da ação penal ‘por denúncia do Ministério Público, em todos os crimes e contravenções’; exceções essas modificadas, com ampliações, em geral, pela legislação esparsa posterior, como documenta o art. 407, § 3º, da Consolidação das Leis Penais,

organizada por Vicente Piragibe. Em relação a cada crime, cuja perseguição não pode ser feita, quando existente, em ação iniciada por denúncia, ou quando a denúncia fica subordinada a condições e formalidades, é que o estatuto de 1940 focaliza a proibição ou a exigência especial". (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 372-375).

A representação do ofendido, portanto, quando exigida, é uma condição ou limite (FERRI, 1998, p. 149) de procedibilidade da ação penal pública:

"representa apenas e tão-somente uma condição de procedibilidade, representando uma *delatio criminis* postulatória, pois, com ela, não só se faz a comunicação da prática de um crime e de sua autoria, mas também se reclama que se instaure a *persecutio criminis*". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 770).

Não uma condição para a punibilidade, como a conceitua Fragoso (1990, p. 148):

"Estão, no caso, reunidas as características gerais de um crime: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Em certos casos excepcionais, a existência do crime, além das características gerais que indicamos, exige mais que ocorra *condição objetiva de punibilidade*. Entende-se por condição objetiva de punibilidade a condição exterior ao modelo legal de conduta punível (tipo), de que depende a ilicitude penal do fato (cf. nº 206, *infra*). É o caso, por exemplo, dos crimes falimentares, que dependem sempre da sentença declaratória de falência, que é condição objetiva de punibilidade. Como logo se percebe, nos casos em que a lei prevê condição objetiva de punibilidade, ela constitui pressuposto da pena, e, portanto, característica ou requisito do fato punível."

O mesmo é defendido por Marques (2000, p. 385), para quem, em face de a decadência do direito de representação ter

sido prevista como causa de extinção da punibilidade no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, o direito de o Estado punir não pode logicamente extinguir-se sem que tenha existido.

A ideia da punibilidade, *obiter dictum*, é essencial à conceituação do crime, pois este não existe sem que uma pena lhe seja cominada (GARCIA, 1977, p. 197).

Para Bruno (1984, p. 196-197), porém, apenas a anistia, por ficção jurídica, e a inovação de lei descriminante fazem desaparecer de um fato o caráter de ação típica necessário para sua definição como crime, porquanto a pena não pode ser tomada por momento constitutivo do atuar criminoso, podendo-se ver nela somente a sua consequência de direito específica, um dado posterior à existência do crime e que exige, para manifestar-se, que este se tenha constituído por inteiro.

De qualquer modo e fechado o parêntese acima, a vantagem da representação residiria em que,

"enquanto resguarda o interesse privado, permite que, uma vez satisfeita a condição de procedibilidade, por ser pública, apresente-se como mais idônea para se efetivar o processo de repressão ao crime". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 771).

Como leciona Espínola Filho (2000, p. 373),

"há, muita vez, a ponderar que, pela natureza da infração e pelos seus resultados, afetando, dum lado, interesses sociais, e, do outro, da forma mais imediata, os da vítima, a ação punitiva deve, como acentuou tão proficientemente Carrara (*Programma del corso di diritto criminale*, 11ª ed. vol 1º, §§ 548 e 549), atender mais ao amor da paz, ou ao decoro e conveniência do ofendido do que ao menor interesse social da repressão, que cumpre fazer ceder à perspectiva de uma publicidade considerada perigosa pelo mais direto interessado".

4. *Lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher e direito de representação*

Vozes respeitáveis, apesar do comando inserto no artigo 41 da Lei Maria da Penha, levantaram-se pela manutenção da representação como condição de procedibilidade para os crimes de lesão corporal leve ocorridos em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, como as Câmaras Criminais Primeira e Segunda do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE. AUDIÊNCIA ESPECIAL. RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INCONSISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o art. 41 da Lei 11.340 não veda apenas a aplicabilidade parcial da Lei 9.099/1995, mas sim a totalidade desta.

2. Também não é previsto na Lei 11.340 que a ação penal de lesão corporal de natureza leve cometida contra a mulher, no âmbito familiar, deva ser pública incondicionada.

3. Os fundamentos expendidos pelo magistrado singular têm amparo legal e estão revestidos de discernimento e sensatez.

4. Recurso não provido. Decisão unânime.

(Recurso em Sentido Estrito nº 0159179-3, 1ª Câmara Criminal do TJPE, Rel. Roberto Ferreira Lins. j. 20.12.2007, unânime, DOE 11.01.2008).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 129, § 9º DO CP).

PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ARBITRAMENTO DA FIANÇA PELO JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA PARA CONFIRMAR A DECISÃO LIMINAR.

1. *In casu*, o paciente encontra-se preso pela prática do delito tipificado no art. 129, § 9º, do CP, que, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, passou a ter como pena a detenção, de 03 (três) meses a 03 (três) anos, o que permite a fixação da liberdade provisória com fiança, que inclusive já havia sido arbitrada pela autoridade policial.

2. Ante a *renúncia expressa da vítima ao direito de representação*, estando o feito no aguardo da designação da audiência estabelecida pelo art. 16 da Lei 11.340/2006 para ser extinto sem punição do paciente, ou, na pior das hipóteses, havendo a continuidade do processo, por se tratar de delito cuja pena máxima cominada é de 03 (três) anos de reclusão, afigura-se possível, em tese, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito no momento da condenação, não sendo razoável, portanto, a restrição da liberdade do paciente, pois, como se sabe, na presente ordem jurídica a prisão cautelar é medida excepcional.

3. Ordem concedida para confirmar a decisão liminar. Decisão por unanimidade.

(*Habeas Corpus* nº 0161878-2, 2ª Câmara Criminal do TJPE, Rel. Mauro Alencar de Barros. j. 20.12.2007, unânime, DOE 10.01.2008).

Para quem assim pensa, a Lei Maria da Penha não teria visado acabar com o direito de representação da ofendida por lesão corporal leve porque

“as chances de um acertamento do conflito entre as partes são muito maiores se a vítima tiver a faculdade de fazer uso, como instrumento de negociação, do direito de livrar o agressor do processo criminal. [...] Esse ‘empoderamento’ da vítima restabelece o equilíbrio da relação. Assim, a mulher dispõe da possibilidade de dar prosseguimento ou não à ação penal, além de poder levar o agressor a concordar com a separação nos termos por ela propostos, rompendo-se o ciclo de violência. [...] Não há como pretender que prossiga a ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilha de bens e guarda de filhos e visitas. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito das Famílias, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas através das quais as mulheres podem exercer poder na relação com os companheiros”.

(DIAS, 2007, p. 120, 123-124).

Segundo Dias (2007, p. 124-125), ainda duas outras questões relevantes devem ser levadas em conta para a interpretação de que a lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher é de ação penal pública condicionada à representação: (A) o estímulo que a ausência dessa condição de procedibilidade traria ao silêncio da ofendida, a qual deixaria de comunicar à autoridade a agressão para que o ofensor não viesse a ser inexoravelmente processado, e (B) a previsão expressa de representação constante do artigo 30 do projeto de lei (numerado 4.559/2004) que deu origem à Lei Maria da Penha, artigo que findou por ser, de roldão, suprimido no Senado tão-só por

haver feito parte do rejeitado conjunto de normas minudentemente disciplinadoras do procedimento policial e do processo judicial pertinentes à violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, em 12 de agosto de 2008, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 96.992/DF, decidiu, rebatendo os argumentos acima, que o crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher é de ação penal pública incondicionada.

O Ministro Paulo Gallotti destacou, em seu Voto-vista, que:

“seja pela exacerbação da pena prevista para o crime de lesão corporal qualificada, seja pela expressa menção à inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995, sem qualquer restrição, penso que esse delito, praticado contra mulher no âmbito familiar, voltou a ser processado mediante ação penal pública incondicionada. É de ação penal pública condicionada à representação, dentre as lesões corporais, apenas a lesão corporal leve simples, vale dizer, sem a qualificadora do § 9º. (...) E sob um enfoque sociológico, é inegável reconhecer que grande parte das mulheres vítimas de violência doméstica, especialmente aquelas de classes econômicas menos favorecidas, quando levam seus casos ao conhecimento das chamadas ‘autoridades’, acabam por ser coagidas a se retratar, sofrendo intimidação de todos os tipos por parte dos infratores, inclusive físicas, morais, psicológicas, financeiras etc. (...) O argumento de que não se deve retirar da mulher o poder de decisão sobre a situação de violência em sua família, com todo o respeito aos que pensam de modo diverso, termina por não solucionar o grave problema, mantendo a possibilidade de serem vítimas de inaceitável coação na busca de impu-

nidade, circunstância que acaba por estimular a reiteração criminosa. (...) o agressor deve estar consciente de que responderá a um processo criminal e será punido se reconhecida sua culpabilidade. Embora haja expressa vedação legal à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/1995, a condenação não implicará necessariamente em privação da liberdade, dada a possibilidade de ser o agente beneficiado com a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos, com exceção das que possuam exclusivo conteúdo econômico, ou com a suspensão condicional da pena, a teor dos artigos 44 e 77 do Código Penal”.

Também em Voto-vista, já havia dito o Ministro Hamilton Carvalhido:

“A questão é a da natureza da ação penal nos crimes de lesões corporais leves ou culposas, praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (...) Relativamente ao crime de lesão corporal, especialmente dela tratam os artigos 7º, inciso I, como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, e 44, para aumentar a pena do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, de 1 (um) para 3 (três) anos de detenção, ambos da Lei nº 11.340/06 (...) A vigência da lei de criminalização derivada, que criou a forma qualificada do crime de lesão corporal leve, inserta no parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, número 10.886/04, tanto quanto a Lei nº 11.340/06, são de vigência posterior à lei que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e deu outras providências, entre as quais fazer da ação penal pública condicionada os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa. Não há, assim, falar em representação como condição da ação penal relativa ao crime de

lesão corporal leve qualificada, por estranha forma qualificada do delito ao suporte fático do artigo 88 da Lei nº 9.099/95 (...) É caso, pois, de ação penal pública incondicionada o do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, forma de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Outra não é a posição de Nucci (2006b, p. 884), para quem se pode mesmo compreender o artigo 41 da Lei Maria da Penha como uma amplificação do artigo 17 desse diploma legal:

“Embora severa, a disposição do art. 41 em comento, é constitucional. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite a transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e não da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11.340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a ‘pena de cesta básica’, além de outros benefícios (art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95”.

De fato, a Lei 11.340/2006 não enxerga a violência doméstica ou familiar contra a mulher como infração de menor potencial ofensivo, de maneira que, numa resposta forte porém constitucionalmente isonômica, o legislador achou oportuno e adequado afastar integralmente a aplicação, a situa-

ções daquela natureza, de uma lei voltada para delitos normativamente considerados menores, a 9.099/1995.

5. Considerações conclusivas: a violência doméstica ou familiar contra a mulher como um problema de direito humano feminino internacional

A violência doméstica ou familiar contra a mulher é um problema de direito humano feminino internacional.

Direito humano *feminino* porque a vítima de violência doméstica ou familiar *mulher* passa por constrangimentos sem equivalência com os sofridos por vítimas doutro gênero, uma vez que recebe a carga de uma violência sistêmica e estrutural consistente num mecanismo de controle patriarcal das mulheres nascido da ideia da superioridade masculina sobre a inferioridade feminina, do desempenho de papéis e do cumprimento de expectativas estereotipados, bem como da predominância econômica, social e política do homem em contraste com a dependência da mulher (COOK, 1994, p. 20).

As regras de processo, em situações assim, são tão significativas quanto aquelas de direito substantivo penal (CHARLESWORTH; CHINKIN, 2000, p. 324).

É por sua própria Constituição (artigos 5º, I e § 2º, e 226, § 8º) que o Estado brasileiro está obrigado a criar instrumentos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares, promovendo a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, mormente quando aqueles (instrumentos) têm fulcro nos tratados internacionais em que é parte e, sempre que não a contrariem mas a confirmem, a despeito de que (os tratados) não sejam considerados emenda à Constituição (artigo 5º, § 3º).

Uma aplicação androcêntrica do artigo 41 da Lei Maria da Penha, tomando por condicionada à representação a ação penal pública no caso de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar

contra a mulher, termina por frustrar o cumprimento de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, nomeadamente (na ementa e no artigo 1º da Lei 11.340/2006) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (de sigla inglesa CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará).

Referências

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4 ed. t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. *The boundaries of international law: a feminist analysis*. Manchester University Press, 2000.

COOK, Rebecca J. Women's international human rights law: the way forward. In: COOK, Rebecca J. (Org.). *Human rights of women*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: RT, 2007.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 1 ed. Revisão de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4 ed. 39a. tiragem. v. I, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1977.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 ed. v. I. Campinas: Millennium, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6 ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006a.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1 ed. 2a. tiragem. São Paulo: RT, 2006b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4 ed. revisada. São Paulo: RT, 2002.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.