

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Julho-Setembro/2004 – Ano 41 – Nº 163



M. Kalil, "Kobogs V", 1972. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 163

julho/setembro – 2004

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva

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

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano, Maria Vanessa Andrade Sampaio,
Soraya Virgínia Damasceno Fernandes

EDITORACÃO ELETRÔNICA: Anderson Gonçalves de Oliveira

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas, 1964- . .

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

{ENTRA FOTO DA CAPA COM LEGENDA}

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 41 · nº 163 · julho/setembro · 2004

Hee Moon Jo e Marcelo da Silva Sobrino	Soberania no Direito Internacional: evolução ou revolução? 7
Antonio G. Moreira Maués e Anelice F. Belém Leitão	Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos 31
Oswaldo Agripino de Castro Jr.	A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro: estudo de caso 51
Arnaldo Moraes Godoy	Direito e Filosofia nos Estados Unidos 69
Roberto Amaral	O constitucionalismo da Era Vargas 85
Agaciel da Silva Maia	A Antártica e o Brasil 93
Plínio Melgaré	Princípios, regras e a tese dos direitos: apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin 97
Otavio Luiz Rodrigues Junior	Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade 113
Jorge Barrientos-Parra	O Estatuto da Juventude: instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens 131
Thomas da Rosa de Bustamante	Tópica e argumentação jurídica 153
Jorge José Lawand	Direito penal da <i>internet</i> : o advento de novos fatos típicos 167
Marcos de Lima Porta	O Direito Administrativo Disciplinar 181
Dilvanir José da Costa	Quarenta séculos de codificação civil 185
Walter Nunes da Silva Júnior	O tratamento constitucional do sigilo da correspondência 193
Marco Antônio Ribeiro Tura	O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema 215
Eduardo Tomasevicius Filho	O tombamento no direito administrativo e internacional 231
Arnold Wald	A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano 249
Alvacir Alfredo Nicz	Iniciativa privada <i>versus</i> iniciativa estatal na Constituição 261

Carlos Alberto Simões de Tomaz	A compreensão do poder como fenômeno político-jurídico na nova ordem mundial (realismo e idealismo nas relações internacionais) 281
Amandino Teixeira Nunes Junior	O Estado Ambiental de Direito 295
José Elaeres Marques Teixeira	Os sistemas eleitoral e partidário no Brasil e na Alemanha 309
Marcílio Toscano Franca Filho	Os caminhos da Justiça Agrária no Brasil: um caso de engenharia político-constitucional 317
Leandro Novais e Silva	O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado 331
Hugo Hortêncio de Aguiar	Palestina – Parte I 347

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Clarita Costa Maia e Susan Elizabeth Martins Cesar	A diplomacia congressual: análise comparativa do papel dos Legislativos brasileiro e norte-americano na formulação da política exterior 363
--	---

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

Eduardo Andres Ferreira Rodriguez	Débitos judiciais no orçamento público: algumas considerações 391
-----------------------------------	---

Soberania no direito internacional

Evolução ou revolução?

Hee Moon Jo
Marcelo da Silva Sobrino

Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento do conceito de soberania. 2.1. Formação da teoria de soberania no direito internacional. 2.2. Soberania no sistema de Vestfália. 2.3. Soberania no sistema da Sociedade das Nações. 2.4. Soberania no sistema da Organização das Nações Unidas. 3. Globalização e a nova forma de intervenção. 4. Conclusão.

1. Introdução

O conceito moderno de soberania começou a tomar forma a partir do surgimento dos Estados centralizados absolutistas os quais, por sua vez, tiveram como nascedouro o antigo sistema político descentralizado da Europa feudal. Data desse período o Tratado de Vestfália (1648), o qual não apenas assinalou o final da Guerra dos Trinta Anos como estabeleceu o princípio de autodeterminação nacional para a formação dos Estados. Por esse motivo, o Estado passou, doravante, a ser reconhecido como uma instituição política, estando associado a uma população determinada que possui, a título de herança comum, cultura, língua, religião, etnia e história próprias. Nesse contexto, a idéia de soberania foi primeiramente incorporada pelo monarca, o qual reinava com total autonomia e discricionariedade, livre da interferência de outras autoridades e gozando de igualdade formal perante os outros monarcas. Todos esses direitos que os monarcas gozavam acabaram por se trans-

Hee Moon Jo é Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade São Francisco (USF) e da Universidade de Franca (Unifran); Coordenador do Nupaz (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da USF; Advogado e Árbitro Comercial Internacional; Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP).

Marcelo da Silva Sobrino é Advogado; Pesquisador do Nupaz (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da USF.

formar nas doutrinas de não-intervenção e de igualdade formal na esfera do direito internacional moderno. Com o surgimento do modelo de regime republicano, o qual sucedeu ao antigo regime monárquico em escala mundial, várias teorias, como a soberania popular e a soberania parlamentar, foram criadas para que se edificasse o arcabouço teórico necessário para a explicação e justificação da mudança da titularidade da soberania, qual seja, das mãos de uma pessoa (o monarca) para as mãos de uma coletividade (o povo). Enquanto isso, o princípio de não-intervenção vem sendo, através dos tempos, continuamente codificado e reiterado em vários acordos e tratados. Entre outros, o art. 2 (7) da Carta da ONU foi o que, até hoje, melhor expôs e contribuiu para a consolidação de tal princípio no âmbito do direito internacional:

7. “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”.

Prima facie, o princípio de não-intervenção significa que os Estados soberanos têm o direito de serem livres de qualquer interferência externa em seus assuntos domésticos. O princípio de igualdade formal, por seu turno, foi codificado no artigo 2 (1) da mesma Carta, o qual estatui que: “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros”.

Na realidade, nenhum dos Estados-Nações são iguais entre si nas suas capacidades; no entanto, a igualdade formal de soberania significa que eles são legalmente iguais em matéria de direitos e obrigações dentro do sistema jurídico internacional. A questão que se coloca é que esses princípios, ou seja, a igualdade soberana e a não-interven-

ção, os quais constituem as principais características legais internacionais da soberania, são aplicáveis apenas a um Estado previamente considerado como soberano. Por isso, a questão sobre o sistema de reconhecimento do Estado chamou muita atenção no direito internacional, desde que a sociedade internacional procurou tornar ilegal o uso de força militar, o que nos faz voltar, praticamente, à época da criação da Liga das Nações.

No entanto, até hoje não há uma norma internacional aceita universalmente sobre quais são exatamente as condições pelas quais se pode reconhecer um novo Estado soberano. As práticas dos Estados demonstram que, para ser entendido e aceito como uma instituição política soberana, o Estado deve possuir quatro elementos: um território, uma população, um governo que exerça um controle efetivo sobre esse território e essa população e, mais importante, o reconhecimento (como Estado) pelos outros Estados-Nações constituintes da sociedade internacional¹. Não discutiremos aqui os detalhes acerca de cada um desses elementos constitutivos. O que fica claro, desde então, é que essa questão é fundamentalmente política, sendo sua real solução algo intimamente ligado ao modo pelo qual será possível obter o reconhecimento dos outros países soberanos. Por exemplo, atualmente a Palestina conta com um território, uma população e uma autoridade (a Autoridade Palestina). No entanto, a Palestina não é soberana simplesmente porque ainda não foi reconhecida como tal pelos outros Estados soberanos. Assim, o conceito de soberania no direito internacional reflete tanto o seu aspecto jurídico quanto os seus aspectos sóciopolíticos. Essa formalidade processual, ou seja, o reconhecimento do Estado, é algo vital para que este possa desfrutar de todos os seus direitos e exercer todos os seus deveres na condição única de um Estado soberano.

A história do direito internacional confunde-se praticamente com a história da

consolidação do princípio de soberania no direito internacional. Paralelamente a esse desenvolvimento, os direitos humanos vêm adquirindo grande força normativa no direito internacional. Geralmente, os juristas tendem a tratar o princípio de soberania e os direitos humanos como algo inassociável, posto que os direitos humanos limitam a autoridade do Estado no trato com seu povo e em seu território. Assim, frequentemente aplica-se a fórmula da *zero-sum*, qual seja, quanto mais força ganham os direitos humanos, menor força terá a soberania, e vice-versa. Nesse contexto, tem sido revivido em grande escala o chamado “direito humanitário”, algo como um co-irmão dos direitos humanos, o qual passou a ser evocado, a partir da década de 80 e primordialmente em tempos de guerra, como justificativa para a chamada “intervenção humanitária”. Ora, a mistura tempestuosa das normas de direitos humanos e de direito humanitário apenas para que se pudesse justificar uma intervenção externa como sendo uma mera exceção ao princípio de soberania foi e ainda é algo tão danoso, grande e distorcido que chega a ameaçar o próprio fundamento do direito internacional, fundamento esse que vem sendo cuidadosamente desenvolvido durante mais de três séculos e meio.

Durante todo esse período, a sociedade internacional consolidou a regra da superioridade do direito internacional sobre os direitos domésticos, sendo que cabe ao direito internacional decidir sobre o que pode ser considerado como assunto doméstico exclusivo do Estado. Por exemplo, as normas internacionais e o sistema de segurança coletiva da ONU foram sendo construídos *evolutiveamente* justamente para impedir eventuais mudanças *revolutivas* no sistema jurídico internacional. Por isso, em geral, a observância da justiça processual é mais importante do que a da justiça substancial, em se tratando de direito internacional. Ora, os fins definitivamente não justificam os meios. Os casos de Kosovo, da guerra no

Afganistão e da guerra no Iraque continuam vários elementos preocupantes com relação à evolução do direito internacional. Tradicionalmente, o conceito de soberania evolui conforme as necessidades da sociedade internacional, sem conflitar frontalmente com os direitos humanos. A criação de várias cortes internacionais penais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional representa uma boa amostra dos resultados concretos e naturais dessa evolução.

Este trabalho pretende, enfim, analisar a formação teórica e histórica do princípio de soberania no direito internacional, para poder demonstrar a evolução de seu próprio conceito bem como sua relatividade, consoante o desenvolvimento da sociedade internacional.

2. Desenvolvimento do conceito de soberania

2.1. Formação da teoria de soberania no direito internacional

A teoria de soberania foi desenvolvida no século XVI por Jean Bodin (1530-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679), tendo sido aceita pelos países europeus já no século XVII (JO, 2000, p. 64). Na verdade os Estados, nos séculos XVI e XVII, contavam muito com essa teoria tanto para sua formação quanto para sua manutenção.

Jean BODIN (200-?) foi quem introduziu o conceito moderno de soberania. Professor e filósofo político francês, ele vivenciava a segunda metade do século XVI quando a França começou a enfrentar desordens causadas por guerras entre religiões. Nesse clima, publicou os *Six livres de la republique*, em 1576 (traduzidos posteriormente como os *Six bookes of the commonweale*, 1606; e mais tarde como os *Six books of the commonwealth*, 1955), nos quais ele argumentava que a restauração da ordem só seria possível por meio da tolerância religiosa e do estabelecimento da monarquia soberana. Ele acreditava que a monarquia soberana absoluta era vital

para que o Estado pudesse se organizar. Assim, a soberania seria um poder absoluto, perpétuo e originário, enquanto o Estado soberano absorveria todos os poderes sociais, transformando-se na autoridade última e inapelável.

Thomas Hobbes, John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) formaram a chamada “escola do contrato social”. Todos esses pensadores entendiam que a natureza da sociedade, quaisquer que fossem suas origens, estava em um acordo contratual firmado entre todos os membros desta. A razão última pela qual os homens formaram uma sociedade residia na necessidade de proteção contra os perigos resultantes da “situação de natureza” (*state of nature*). Tal raciocínio formou a base da soberania popular, posto que esta origina-se da noção de que o consentimento direto ou indireto dos indivíduos envolvidos legitima qualquer lei ou regra da sociedade. No entanto, as teorias de Hobbes e Locke diferem uma da outra, *latu sensu*, quanto à fundamentação e os resultados.

Thomas HOBBS (200-?), em *Leviathan*, publicado em 1651, argumentou que a única função da sociedade política era a de nomear um indivíduo ou um grupo de indivíduos como soberano. Esse soberano teria um poder absoluto, devendo cada cidadão prometer obediência absoluta. HOBBS entendia que a soberania popular existe momentaneamente e uma única vez. A unidade do poder é absoluta e não há autoridade superior à autoridade política; toda autoridade social fica na dependência imediata do poder político.

Já John LOCKE (200-?), consultor e teórico político inglês, argumentou no *Second treatise of government* (1690) que o contrato social era algo *permanente* e *irrevogável*. No entanto, cabia ao poder legislativo o dever de legislar para o bem público. Se tal confiança outorgada pelo povo fosse violada, este, por reter tal poder, poderia substituir o legislativo por um novo legislativo. No entanto, a argumentação de LOCKE, imprecisa

neste ponto, não permite que se entenda qual é o seu real pensamento, ou seja, se a soberania está depositada nas mãos do povo ou nas mãos do legislativo. Nesse sentido, parece-nos que ele entendeu que a soberania não era tão absoluta tal como Hobbes a idealizou. Sua visão, na realidade, alinha-se mais de perto com o pensamento da soberania parlamentar inglesa.

Por seu turno ROUSSEAU, autor e filósofo francês, argumentou, particularmente na sua obra máxima, intitulada *The social contract* (1762), que a lei somente pode exprimir a vontade comum dos membros da sociedade. No entanto, ROUSSEAU não explicou o que poderia ou deveria ocorrer em caso de violação dessas condições. Ele também propôs alguns mecanismos pelos quais seria possível descobrir qual era a vontade geral do povo, além de entender claramente que o poder legislativo era um poder *outorgado* pelo povo.

Destarte, podemos notar que há, nesse período, um grande desenvolvimento da teoria política, desde o limitado papel exercido pelo povo na teoria de Hobbes até a teoria de soberania popular de Rousseau.

Entretanto, foi John Austin (1790-1859)², jurista inglês, quem introduziu essa teoria política no sistema legal e em um contexto positivista, segundo o qual o direito internacional não constitui lei. Tal assertiva somente foi possível porque, conforme sua definição de lei, esta é composta por “general commands of a sovereign, supported by the threat of sanctions”. Portanto, para Austin a lei é a expressão da vontade da autoridade soberana, a qual não deve ser confundida com normas religiosas ou éticas. Assim, como toda lei tem de ser criada por um poder soberano e deve funcionar com o suporte da sanção, o direito internacional não se qualificaria nesse critério. Ainda segundo essa teoria, o soberano não pode ficar obrigado à lei que ele mesmo criou. Ora, tal teoria bem explica as relações entre “superiores” e “inferiores” dentro do Estado (soberania interna) e as relações entre os Esta-

dos (soberania externa). Em decorrência desse raciocínio, seria impossível a criação da lei nas relações horizontais (como são as relações internacionais), sendo possível apenas nas relações verticais (como ocorre em uma sociedade nacional). Em suma, para Austin o direito internacional, no âmbito das relações internacionais, não se qualifica como lei, limitando-se a ser um mero conjunto de regras de diplomacia.

O problema mais crítico enfrentado até então era como identificar tal soberano e tal lei, posto que os critérios existentes eram muito subjetivos. O direito internacional só decide se o Estado é soberano ou não, deixando ao cargo da lei doméstica a decisão sobre quem deve exercer a soberania. Por isso, soberania de Estado significa, em direito internacional, a *independência* deste nas relações entre os Estados. Não significa que ele se sobrepõe à lei. A independência da soberania do Estado é uma garantia dentro do direito internacional, e a história nos mostra que, do final do século XIX até as grandes guerras, os juristas, em particular os alemães, desenvolveram a doutrina de soberania e a teoria do Estado aos seus extremos. Porém, a trágica experiência das guerras mundiais levou os juristas a revisarem a teoria de soberania, de modo a torná-la mais flexível, pois estava sendo usada de um modo um tanto quanto irresponsável.

Hodiernamente, no âmbito normativo interno, temos que a grande maioria das constituições modernas (edificadas após o término da 2ª Grande Guerra), ao disporem sobre a soberania, fazem-no enfatizando seus dois pilares fundamentais, quais sejam, os princípios de não-intervenção e de igualdade entre os Estados. Como não poderia deixar de ser, também a nossa Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou, no rol dos princípios fundamentais, esses sustentáculos da soberania, entre outros princípios, como sendo parte integrante dos fundamentos teóricos que regem a República Federativa do Brasil na condução das suas relações internacionais³.

Com relação ao entendimento contemporâneo acerca do conceito de soberania, ensina Dalmo de Abreu DALLARI (1995, p. 63 et seq.) que, mesmo nos dias atuais, a sua noção continua ligada a uma concepção de poder, embora essa concepção tenha evoluído, ao longo dos séculos, de um sentido estritamente político para um marcadamente jurídico. Ainda segundo DALLARI (p. 68), a soberania, quando compreendida em termos unicamente políticos, expressava a idéia da plena eficácia do poder, sendo conceituada como “o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências”, de modo que ao poder soberano importava apenas ser absoluto, ilimitado, sendo sua legitimidade ou juridicidade algo totalmente irrelevante. Por outro lado, uma concepção estritamente jurídica da soberania continua a ser uma concepção de poder, mas agora de um poder jurídico empregado para fins jurídicos. Nessa linha, a soberania poderia ser conceituada como sendo “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas” (p. 68), ou seja, sobre a própria eficácia do direito. Dessa concepção nasceu a idéia de igualdade jurídica, pela qual não haveria como existir Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que estes não podem ser valorados pela simples extensão de seus poderes econômico, militar, etc., dado que, sob a esfera do Direito, todos se igualam em direitos e deveres. Ora, o princípio de igualdade jurídica, consoante o entendimento de Celso MELLO (2001, p. 423 et seq.), mesmo dominando a vida internacional, sofreu e ainda sofre várias exceções livremente estatuídas pelos próprios Estados. Na prática destes, esse princípio constitui verdadeira ficção jurídica, uma vez que os Estados são, de fato, desiguais. Assim, entende-se que, em termos de direito internacional, deve-se sempre levar em consideração as desigualdades materiais dos Estados, o que enseja a criação de “status jurídicos distintos” correspondentes às “diferentes capacidades dos Estados”. Tal fenômeno encontra dois desdo-

bramentos: por um lado, os Estados mais fracos (subdesenvolvidos) constantemente reivindicam maiores vantagens, uma vez que as chamadas “desigualdades compensatórias” não atentam contra o princípio de igualdade jurídica. Por outro, os Estados mais fortes (desenvolvidos), mormente via acordo, criam e reservam maiores direitos, na esfera da sociedade internacional, para determinados Estados, o que explica, por exemplo, a cláusula da nação mais favorecida (em acordos econômicos) e a existência do direito de veto, no âmbito do Conselho de Segurança, reservado apenas aos Estados com assento permanente neste (MELLO, 2001, p. 423).

Uma grande vantagem dessa conceituação, ainda que de difícil aplicação prática, reside na possibilidade de se qualificar um determinado ato de Estado (seja este “forte” ou “fraco”) como antijurídico. Assim sendo, esse Estado, ao violar a soberania de outrem, tornar-se-ia passivo de uma sanção jurídica a qual, mesmo carecendo hoje de plenos meios materiais para se efetivar, serviria ao menos de base a futuras reivindicações ou pedidos de reparações. Logo, ainda que sem uma efetiva sanção, o caráter antijurídico da violação de soberania perpetuar-se-ia no tempo, podendo ser invocado a qualquer hora.

Por fim, existe ainda uma terceira corrente (culturalista), que entende que o fenômeno da soberania não pode ser reduzido apenas a sua dimensão política ou jurídica, uma vez que os fenômenos do Estado são, indiscutivelmente, sociais, políticos e jurídicos. Nessa linha, preleciona Miguel REALE (1995, p. 68) que o conceito de soberania pode ser compreendido como “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões *nos limites dos fins éticos de convivência*” [grifo nosso]. Ora, assim expressada a soberania não pode ser entendida como a mera expressão de um poder, pois está submetida ao direito e aos fins éticos da convivência humana. Disso resultam, em

última análise, seus limites internos (ex: normas constitucionais, bem comum) e externos (ex: direito internacional), os quais orientam e disciplinam o exercício do poder soberano no sentido último da satisfação das necessidades do povo, e não do Estado, pois este somente existe em função daquele.

Celso MELLO (2001, p. 427), citando CHAUMONT, encerra sua argumentação afirmando que a soberania não deve ser compreendida como um conceito estático, mas sim como um *processo*⁴, dado esta possuir um caráter marcadamente histórico e, por conseguinte, ter a sua interpretação variado largamente no tempo e no espaço, conforme a realidade e as necessidades, primeiro dos Estados, depois de toda a sociedade internacional. De fato, a soberania é entendida, hoje, como absolutamente dependente da ordem jurídica internacional. Logo, soberano é o Estado “que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o direito internacional qualquer outra coletividade de permeio”, constituindo, assim, o principal sujeito de direito internacional (MELLO, 2001, p. 349).

Finalizando temos que, com o advento da globalização, o conceito de soberania, apesar de sua flexibilidade e da independência que goza nas relações internacionais, vem perdendo o seu significado, uma vez que a interdependência é a realidade. Por isso, a própria palavra *soberania* perde cada vez mais, a não ser em âmbito nacional, a sua utilidade. As tendências de integração regional, tais como a União Européia e o Mercosul, dificultam a explicação lógica do conceito de soberania tradicional. Portanto, dispensar essa palavra do direito internacional, substituindo-a por outros critérios (como, por exemplo, igualdade compensatória), seria algo mais adequado nesta sociedade internacional contemporânea. Por fim, a teoria de soberania introduzida no direito internacional no século XIX causou uma confusão desastrosa, fazendo com que este acabasse sendo confundido com a di-

plomacia, com a política internacional, etc., o que levou a um verdadeiro enfraquecimento dos valores normativos do próprio direito internacional.

Sendo assim, o reconhecimento da paridade legal, no mesmo sentido da igualdade soberana (*sovereign equality*) e da independência dos soberanos – ou seja, a paridade legal entre os Estados-Nações (*Nation-States*) –, independentemente de seus poderes ou riquezas, impõe-se hoje como o princípio fundamental do direito internacional. Conforme demonstramos neste breve histórico da soberania no direito internacional, a história da sociedade internacional nada mais é do que a história dos esforços empreendidos para o estabelecimento desse princípio nas relações internacionais, de modo a torná-las cada vez mais justas e iguais.

2.2. Soberania no sistema de Vestfália

O conceito de igualdade soberana é frequentemente entendido como sendo uma parte bem sólida da doutrina de soberania estatal. No entanto, o princípio de igualdade soberana percorreu um longo e árduo caminho até o seu reconhecimento pela sociedade internacional.

Na Europa, a Paz de Vestfália (*The Peace of Westphalia*; 14-24 de outubro de 1648) (THE AVALON project at Yale Law School, 200_?) acabou com as guerras religiosas entre os países católicos e protestantes. Com a derrota do papa e do imperador romano-germânico, os países protestantes foram reconhecidos e os católicos ganharam a independência da Igreja. As mais de 300 entidades políticas que constituíam o que sobrou do Sacro Império Romano-Germânico receberam o direito de formar alianças com os poderes estrangeiros; porém, sob certas restrições. Enquanto a Alemanha foi dividida em vários pequenos países, a França, a Suécia e a Holanda (Países Baixos e Holanda) surgiram sob a forma de novos grandes países. Com isso, o Império foi sendo desmontado e a Igreja acabou perdendo sua força política nas relações internacionais européias.

Tal evento histórico legitimou o poder externo que estava além do território soberano, reconhecendo-se, assim, o princípio de soberania territorial, o qual tornou-se a nova base das relações interestatais. Entretanto, isso não significou a consagração ou o mero reconhecimento da existência do direito internacional no seu sentido moderno. Em vez disso, este princípio de soberania territorial (e igualitária) seria aplicado restritivamente, ou seja, apenas aos poderosos países europeus, iniciando-se a formação do que se chamou, mais tarde, de um direito internacional europeu. Se existisse à época um conceito de comunidade internacional e fosse este devidamente aplicado, esta redundaria em uma comunidade européia *ficticiamente* formada entre os países europeus.

Assim, a Paz de Vestfália estabeleceu um sistema internacional baseado na pluralidade de Estados independentes e iguais. Ela visou formar um sistema de segurança coletiva, o qual obrigaria as partes a defenderem suas províncias contra ataques de terceiros. Eventuais disputas entre os Estados deveriam ser solucionadas via solução pacífica ou por adjudicação legal. Se a disputa não fosse solucionada dentro de três anos, todas as outras partes deveriam assistir à parte prejudicada, consentindo com o uso de força⁵. Entretanto, esse sistema de segurança coletiva nunca foi acionado na prática. Em vez deste ao menos teoricamente sólido sistema, os países optaram, na prática, pelo sistema do equilíbrio político internacional (*balance of power*) (VAGTS; VAGTS, 1992, p. 313-315), o qual não apenas foi uma adaptação das constantes mudanças de alianças como também tornou-se o princípio dominante na política internacional. Com base nessa realidade, o chamado Direito Público Europeu (*Ius Publicum Europaeum*; *Droit Public de l'Europe*; *European Public Law*) evoluiu constantemente por meio da diplomacia, da mudança das alianças e das guerras regionais, formando um sem-número de normas internacionais européias. O direito

internacional, a partir de então, assumiu fortes características diplomáticas.

A Paz de Vestfália, que foi a prova oficial do estabelecimento do sistema do interestatismo, perdurou até o Congresso de Viena (*Vienna Congress*) (cf. MÜNCH, 1984, p. 522-525), em 1815, o qual também assinalou a derrocada de Napoleão. A Revolução Francesa, em 1789, foi o evento-chave que desafiou as bases do então sistema internacional, por meio da propagação das idéias de liberdade e de autodeterminação dos povos. As idéias políticas de Locke e Rousseau sobre a soberania popular sustentaram o movimento revolucionário liberal. Tais idéias liberais se espalharam por toda a Europa e América, contestando o direito das monarquias de disporem do território e do povo de um determinado Estado apenas por obra de suas vontades, discricionariamente. Na verdade, a conquista da Europa por Napoleão suspendeu temporariamente o sistema do *balance of power*, mas ajudou na disseminação dessas novas idéias. Entretanto, após a queda de Napoleão, o Congresso de Viena (1815) restabeleceu a antiga ordem na Europa e introduziu as inovações necessárias para a criação de um novo sistema de segurança coletiva.

Os países europeus, liderados por Inglaterra, França e Holanda, passaram a explorar os países não-europeus buscando satisfazer seus crescentes interesses comerciais e expandir seus domínios sobre territórios exteriores, ou seja, começaram a formar colônias. A soberania, nessa época, começava a ser transferida da monarquia para o povo, fato esse que ficou muito claro já na Constituição dos EUA, segundo a sua Declaração de Independência (1776):

“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.—That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their

just powers from the consent of the governed. —That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness” (ESTADOS UNIDOS, 1776).

Esses países europeus, unificados pela Cristandade, consideravam os não-europeus como sendo “não-civilizados”. Entretanto, o tratamento dispensado à esses dependia da situação específica de cada caso enfrentado. Em alguns lugares, como no continente africano, o tratamento foi via de regra absolutamente desumano, enquanto o Império Otomano e a China foram tratados como países soberanos. De fato, nota-se que os europeus tinham um real interesse pela missão cristã. Ora, a exploração dos países não-europeus promoveu o contato do Direito Europeu com todos os outros direitos, ou seja, mudou a própria perspectiva de análise do direito internacional, porque até então o direito internacional discutido e trabalhado no continente europeu se resumia ao próprio Direito Europeu. Daí ter sido o contato inicial dos europeus com vários outros direitos de características marcadamente heterogêneas um verdadeiro choque cultural. Ainda assim, os países europeus estavam dispostos a admitir que os não-europeus possuíam alguns direitos sob a luz do direito internacional europeu. Por sua vez, os não-europeus também estavam frequentemente dispostos a admitir que os Estados europeus gozavam de alguns direitos, limitados à luz dos variados sistemas jurídicos internacionais não-europeus, o que tornava possível um relacionamento de caráter jurídico entre os Estados europeus e os não-europeus.

Contudo, essas relações não vieram a constituir um verdadeiro sistema legal universal baseado em valores comuns. Os eu-

ropeus efetivamente reconheceram o Império Mongol, a Índia, o Império Otomano, a Pérsia, a China, o Japão, a Birmânia, o Sião⁶ e a Etiópia como sendo entidades políticas estabelecidas; entretanto, esses países não eram entendidos como sendo os principais atores das relações globais, o que implica o não-reconhecimento do princípio de igualdade soberana. Com o Tratado de Paris (1856), encerrou-se a Guerra da Criméia, garantido-se a integridade da Turquia Otomana contra a Rússia e expressamente admitindo-a como o primeiro país não-cristão junto ao Concerto da Europa. De modo contrário, o Império Otomano e a China não aceitaram os países cristãos como iguais, insistindo nas suas alegações de superioridade. A Coreia e o Japão também decidiram por fechar suas portas para os europeus, os quais insistiam no fomento do comércio exterior. Assim, nota-se que era impossível uma harmonização entre essas várias culturas, uma vez que até mesmo as bases das relações entre os países era diferente.

Enquanto os países europeus baseavam suas relações internacionais no interestatismo, os países não-europeus (em particular, os asiáticos) ainda não tinham formado uma noção de soberania, o que implicava a aceitação da superioridade de um sobre o outro. Destarte, existiam somente conflitos entre os direitos internacionais regionais, cujo destino final era invariavelmente a opção pelo direito internacional europeu, o qual era “escolhido” ou imposto, uma vez que era considerado como “superior” a todos os outros. Em princípio, os países europeus consideravam os países não-europeus como não sendo soberanos, uma vez que não possuíam uma real capacidade de se defenderem. Portanto, se todos os países não-europeus desprovidos de capacidade de defesa não eram considerados como sendo soberanos, tornavam-se automaticamente países passíveis de colonização. Como a noção de soberania estava fundamentalmente baseada na força de defesa até o século XIX, quan-

do o uso de força foi legalizado, essa força de defesa servia praticamente como o único critério utilizado para a classificação de um país como soberano.

Durante toda a era colonial, os poderes europeus (aos quais já se alinhavam os EUA) controlavam diretamente os seus territórios conquistados e, em caso de conflito com governos regionais tais como o Império Otomano, a China, o Japão, etc., a não-aplicabilidade do direito de extraterritorialidade era a regra, ou seja, aplicava-se sempre a lei doméstica. Foi somente no século XIX que os países europeus decidiram por substituir os direitos internacionais regionais pelo seu direito internacional europeu. Assim, foram sendo abertas as portas da China, Japão e Coreia, por meio de ameaças e do uso de força, sob a alegação do princípio de liberdade de comércio, que era um valor sócio-econômico marcadamente europeu. Sendo assim, a formação do direito internacional deu-se, na verdade, não pela formação dos valores comuns dos países do mundo, mas pela substituição dos valores não-europeus pelos valores europeus, sempre com o apoio de força militar.

Os imperadores da Rússia, Áustria e Prússia acreditavam que o sistema de Viena poderia manter sua melhor forma por meio de alianças entre os poderes, principalmente para sustentar interesses dinásticos cristãos. O Tratado de Paris (1856), criado pela Santa Aliança das Nações Cristãs entre as monarquias da Áustria, Rússia e Prússia, e a aliança militar anti-revolucionária que unia Áustria, Prússia, Rússia e Inglaterra, acrescida mais tarde pela França, objetivando intervir contra revoltas liberais e nacionalistas, começaram a ameaçar a ordem européia recuperada. Nesse contexto, ou melhor, sob o sistema de Vestfália que perdurou – ainda que constantemente modificado – até a Primeira Guerra Mundial, a força militar superior foi o elemento garantidor da soberania.

O sistema de Vestfália, no seu crepúsculo, começou a ser muito atacado dentro e

fora da Europa, em particular, com o crescimento *quantitativo* e *qualitativo* dos países não-europeus. A era das alianças cooperativas entre os Grandes Poderes da Europa terminou com a disputa dos Balcãs e divergentes interesses sobre o Império Otomano em declínio. A Guerra da Criméia (1853-1856), na qual a Rússia foi derrotada pela Aliança formada entre a França e a Grã-Bretanha, apoiada por Piemonte-Sardenha e Turquia, terminou definitivamente com o Tratado de Paris (1856). Entretanto, o subsequente Congresso de Berlim (1878) não conseguiu solucionar os problemas dos Balcãs e nem o conflito entre os poderes europeus por uma fatia a mais no processo da desintegração do Império Otomano, fatos esses que culminaram na Guerra dos Balcãs (1912-13) e no encerramento definitivo do Concerto da Europa.

A Primeira Conferência de Haia (*The Hague Conference; 1899*) (THE AVALON..., 200_?a) foi uma tentativa no sentido da salvação do sistema interestatal regido pelo Direito Internacional Europeu, com a participação de países não-europeus que já possuíam um adequado poder de autodefesa, como o Japão, a China, o Império Otomano, a Pérsia e o Sião. A Primeira Conferência (*The First International Peace Conference*) realizou-se por convite da Rainha Wilhelmina da Holanda e do Czar Nicolau II da Rússia, consoante as palavras do Ministro das Relações Exteriores da Rússia, o Conde Mouravieff, que argumentou: "... with the object of seeking the most efficacious means for assuring to all peoples the blessings of real and lasting peace, and, above all, in order to put a stop to the progressive development of the present armaments, there appeared to be no obstacle in the way of the realization, at no distant date, of this humanitarian scheme" (THE AVALON..., 200_?b). Reuniram-se, para tanto, os representantes de vinte e cinco países, tendo as negociações durado quase 10 semanas e obtendo-se, como resultado, várias convenções e declarações. Todos esses documentos foram importantes

para a codificação das normas de direito internacional e para a institucionalização dos meios de solução pacífica de resolução de conflitos, o que resultou na criação da Corte Permanente de Arbitragem (*Permanent Court of Arbitration*). Enquanto isso, em 1905 o Japão, poderoso e emergente país asiático em plena expansão industrial, derrotou a Rússia, poderoso país europeu, na guerra Russo-Japonesa (1904-1905) pelo controle da Manchúria, ganhando não somente território mas um considerável respeito internacional, uma vez que sua inesperada vitória causou um enorme impacto nos países europeus, que ainda entendiam o direito internacional como sendo um *direito europeu, baseado no poderio militar e na superioridade racial, amplamente efetivo para a manutenção das relações interestatais*.

A Segunda Conferência de Haia (*The Second Hague Conference; 1907*) (STEIN, 200_?) tornou-se o primeiro encontro internacional em que os países europeus foram superados *numericamente* pelos países não-europeus, resultando em uma expressiva perda de domínio e poder, por parte dos europeus, no âmbito da Conferência. Foi durante os trabalhos desta que o princípio de igualdade soberana foi formulado, pela primeira vez, em termos jurídicos, por obra de Rui Barbosa. Infelizmente, essas duas grandes conferências de paz não resultaram, na prática, em nada do que era esperado. No entanto, iniciou-se uma mudança *qualitativa* no direito internacional, em particular, com a "deseuropeização", por assim dizer, do direito internacional e com a institucionalização da sociedade internacional. Tais eventos conduziram a uma profunda mudança nos paradigmas do direito internacional, indo do antigo sistema de Vestfália, baseado na força e em um conceito político de soberania, para um inteiramente novo sistema legal, baseado na sistematização normativa e em um conceito jurídico de soberania. O marco zero dessas mudanças foi, sem dúvida, a Primeira Guerra Mundial.

2.3. Soberania no sistema da Sociedade das Nações

Até a Primeira Guerra Mundial, o conceito de soberania em direito internacional vinha sendo formado a partir das várias condições que refletiam as características da sociedade internacional. Os princípios de igualdade soberana e de não-intervenção somente se aplicavam aos países que tinham uma efetiva força de autodefesa; a segurança coletiva internacional era administrada e exercida apenas por um pequeno grupo formado pelos países mais poderosos dentro do sistema de equilíbrio de poder; e o uso de força não era proibido. Dentro desse cenário, irrompeu a Primeira Guerra Mundial, ou seja, em um ambiente em que a segurança internacional era precária, defeituosa e dirigida pela força dos países mais poderosos.

O Presidente Woodrow Wilson (1856-1924) foi o responsável pela introdução, na sociedade internacional, do princípio de autodeterminação (*the principle of self-determination*)⁷, quando de seu famoso Discurso sobre os 14 pontos (*Fourteen Points Speech*) durante a Conferência de Paz em Paris (1919), para os recém-criados países da Europa Central. Essa declaração foi significativa para o desenvolvimento do direito internacional, posto que, após a Guerra e o colapso total do sistema de Vestfália, os países começavam a acreditar enfaticamente que a proteção de seus interesses domésticos, ou seja, o auto-interesse, era o único fundamento que deveria nortear suas respectivas políticas exteriores. Nesse conturbado ambiente, Woodrow Wilson introduziu o que viria a ser classificado posteriormente como o pensamento idealista nas relações internacionais, qual seja, a idéia de que os critérios da moralidade e da ética deveriam ser os fundamentos da política externa de todas as sociedades democráticas. Na verdade, esta foi uma tentativa de transposição de valores tradicionalmente pertencentes ao campo da política doméstica (ex: mo-

ral e ética) para a esfera internacional, via renovação das bases filosóficas da política externa. Pouco tempo antes do discurso de W. Wilson, Vladimir Lênin anunciou a chamada Declaração dos Direitos das Pessoas (*Declaration of the Rights of the Toiling and Exploited People*) (cf. LENIN, 200_?)⁸, em janeiro de 1918, a qual, apesar de ter sido a extensão desse mesmo princípio para o “resto do mundo”, não conseguiu atrair as atenções do Ocidente. Esse novo princípio, baseado principalmente no conceito de soberania territorial, provocou muitas reações negativas por parte de políticos ocidentais, já que esses temiam que esse novo princípio viesse a enfraquecer substancialmente o vigente princípio do “direito é poder”, base tradicional do direito internacional europeu, além de fortalecer em demasia a própria soberania territorial.

O que a Sociedade das Nações fez, visando a prevenção de novos conflitos internacionais e com base na experiência da Grande Guerra, foi tentar reduzir *legalmente* o abuso de poder dos países ocidentais, principalmente por meio da introdução do sistema de mandato (*the mandate system*) para impedir a expansão territorial, ou seja, a colonização, e por meio do fortalecimento do princípio de igualdade soberana. O grande problema teórico, à época, era a falta de regras de direito internacional no sentido da proibição das práticas de guerra e do uso de força militar. Até mesmo Emerich de Vattel (1714-67) entendia que o ato de declaração de guerra tornava esta lícita. Entretanto, os sofrimentos sem precedentes ocasionados pela Primeira Guerra Mundial alteraram radicalmente as atitudes relativas à guerra, fazendo-se necessário um maior controle do uso de força. De fato, antes da Primeira Guerra Mundial, era idéia corrente nos séculos XVIII e XIX considerar-se a guerra como sendo parte da ordem natural das coisas.

Assim, a necessidade da limitação do uso de força pelos Estados e da manutenção da paz internacional por meio da im-

plementação de um sistema coletivo de segurança internacional foram os principais motivos da criação da Sociedade das Nações. Entretanto, o Pacto da Sociedade das Nações, assinado em 1919, não proibia a guerra em geral, limitando-se, no artigo 12(1), a afirmar que:

“Os Membros da Sociedade acordam que, no caso de surgir entre eles algum conflito capaz de ocasionar uma ruptura, submeterão a arbitragem, resolução judicial ou a inquérito do conselho, e acordam que *em nenhum caso recorrerão à guerra antes de decorrido um prazo de três meses depois da sentença dos árbitros, da decisão judicial ou do relatório do Conselho*” [grifo nosso].

De fato, os Estados ocidentais não se interessavam pela proibição total do uso de força, que era, até então, um elemento fundamental da política exterior. Assim, no sistema da Sociedade das Nações, algumas guerras foram proibidas e outras legalizadas, apesar destas sofrerem certas restrições e condições. Portanto, ainda não era possível uma separação total da clássica doutrina da guerra justa e injusta⁹.

Nesse sistema interestatal, o princípio de igualdade soberana não foi bem trabalhado no Pacto. Este referiu-se à expressão “soberania” apenas no seu artigo 22¹⁰, com o fito de expressar a autoridade de um país. Em vez disso, o Pacto se preocupou mais com o aspecto da não-intervenção em assuntos domésticos, o que redundava no tema da soberania territorial. Entretanto, em parte alguma foi usada a expressão “não-intervenção”. Antes da criação da Sociedade das Nações, em 1919, por não haver um dispositivo legal, esse assunto era discutido somente em bases teóricas. A opinião dominante era a de que o domínio reservado (*reserved domain; domestic problems*) referia-se aos assuntos relacionados à soberania de um Estado independente como, por exemplo, o seu sistema político, o seu sistema constitucional, etc. Nesse sentido, os Estados Anglo-Saxões usavam comumente o

termo assuntos domésticos. Tal concepção da existência dos “assuntos domésticos” foi baseada na teoria de soberania absoluta do Estado. Segundo essa teoria, o direito internacional está baseado no consentimento dos Estados, existindo, portanto, alguns assuntos que não podem ser objeto de discussão no direito internacional.

O Pacto da Sociedade das Nações expressou *unicamente* no seu artigo 15(8) o domínio reservado em competência exclusiva (*domestic jurisdiction*), dispondo que:

8.” Se uma das partes pretender e o Conselho reconhecer que a controvérsia versa sobre uma questão que o direito internacional deixa à *competência exclusiva* dessa parte, o Conselho o consignará num relatório, mas sem recomendar nenhuma solução” [grifo nosso].

Assim, a Sociedade das Nações entendeu que a competência exclusiva (*domestic jurisdiction*) do Estado era, na realidade, outorgada pelo direito internacional a ele, e quem decidia se o assunto que o Estado alegava era de sua competência exclusiva ou não era o Conselho da Sociedade das Nações, e não o Estado. Portanto, a expressão ‘competência exclusiva’ significava que o domínio reservado era uma questão de direito discricionário, determinado pelo direito internacional. Nesse sentido, a Corte Permanente de Justiça Internacional, quando do *Caso de Nacionalidade da Tunísia e do Marrocos*, em 1923, confirmou o mesmo entendimento:

“The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a state is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain. For the purpose of the present opinion, it is enough to observe that it may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle,

regulated by international law, the right of a state to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other states. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the state, is limited by rules of international law” (NATIONALITY decrees in Tunis and Morocco, 1923, p. 24).

Na prática, dentro do sistema da Sociedade das Nações o princípio de igualdade soberana ficou nas mãos de uns poucos países, e o direito de autodeterminação foi muito pouco aplicado. De fato, apesar das disposições do Pacto, o princípio de igualdade soberana vigorou exclusivamente entre os países ocidentais mais poderosos. O Japão tentou incluir no Pacto da Sociedade das Nações uma cláusula sobre a igualdade racial, mas tal disposição foi rejeitada pelos países europeus e pelos EUA:

“At the time of the enactment of the Covenant of the League of Nations, Japan, the only advanced nation in Asia at the time, proposed the inclusion of a clause to eliminate racial discrimination, which was rejected because of opposition from the United States and European nations. Yet following World War II, this was incorporated into the UN Charter as ‘the equal rights of peoples’, one of the principles of the postwar international order. This, together with the principle of self-determination declared in the Atlantic Charter and reaffirmed by Yalta Communique V: Declaration on Liberated Europe, became important UN principles, which subsequently promoted the independence of colonies” (IRIE, 1998).

Todos esses fatos demonstram que o princípio de igualdade soberana não foi bem aceito no sistema da Sociedade das Nações e, na prática, coube quase que exclusivamente aos países ocidentais o uso e a valoração dos critérios de igualdade soberana e de intervenção.

2.4. Soberania no sistema da Organização das Nações Unidas

A eclosão da Segunda Guerra Mundial mudou novamente os paradigmas da política internacional, como exemplos: a União Soviética estabeleceu com os EUA um sistema bipolar e os movimentos de libertação nacional se disseminaram por todo o mundo, alcançando grandes proporções principalmente na África, na Ásia e no Oriente Médio. Além disso, todas aquelas idéias discriminatórias relativas à raça, império, etc. foram varridas do mapa com a queda do nazismo; porém, novos conflitos ideológicos começaram a se instalar, opondo o capitalismo ao comunismo, os países ricos aos países em desenvolvimento, etc., o que levou, em última análise, não apenas a uma agressiva fragmentação e oposição de idéias como também promoveu uma nova divisão do mundo, consoante critérios nunca antes adotados.

O sistema da ONU, nesse contexto, veio para transformar, reorganizar e aperfeiçoar os antigos sistemas de Vestfália e da Sociedade das Nações. O número de países independentes havia aumentado, e o princípio de autodeterminação começava a ser aplicado às antigas colônias. Os países ocidentais reconheceram a queda do Império Britânico e o fato da bipolarização ideológica do mundo, o que levava à configuração de um novo sistema internacional. Como essa bipolarização não estava baseada no diálogo, mas sim no confronto ideológico, a introdução de um sistema de controle legal fazia-se plenamente necessária para diminuir os atritos, o que acabou por resultar na Carta da ONU. Desse modo, concretizava-se a aceitação de um novo sistema internacional legal, liderado outra vez pelos países mais poderosos (vencedores da Segunda Guerra) e com a firme intenção de promover a paz e a segurança internacionais.

A introdução, na prática, do conceito de igualdade soberana dentro desse novo sistema internacional foi algo absolutamente

necessário. Assim, a Carta da ONU, visando edificar um sistema internacional regido por normas internacionais, *expressamente* reconheceu o princípio de igualdade soberana. O artigo 2(1) da Carta afirma *explicitamente* o “princípio de igualdade soberana” como sendo um dos princípios fundamentais do sistema da ONU, ou seja, nos termos da Carta: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”. Como uma prova concreta da aplicação desse princípio, que estava guardado havia muito tempo “na gaveta”, por assim dizer, muitos países novos foram criados já com o *status* de país soberano. Ora, o reconhecimento da igualdade soberana no sistema da ONU era vital. No entanto, a manutenção de um sistema coletivo para a área de segurança internacional (ou seja, a área militar), por meio da cooperação entre os países mais poderosos, ainda era uma questão fechada. Assim, como nenhuma das partes estava disposta a abrir mão de seu poder, criou-se o Conselho de Segurança, reservando-se um assento vitalício e poder de veto para cada um dos cinco países que saíram vitoriosos e fortalecidos da Segunda Guerra: EUA, Grã-Bretanha, França, China e Rússia. Como se pode notar, o sistema da ONU é uma mistura de elementos dos sistemas antigos com elementos formadores da nova realidade: por um lado, reconhece-se a existência da “desigualdade” soberana entre os países-membros permanentes do Conselho de Segurança na área militar e, por outro, reconhece-se a igualdade soberana, dentro da Assembléia Geral, para todos os assuntos de caráter “genérico”.

O princípio de não-intervenção também foi *expressamente* reconhecido pela Carta da ONU, no seu art. 2(7), com a eliminação definitiva do termo “guerra” do art. 2(4)¹¹. No contexto da evolução do direito internacional, essa foi uma grande conquista, já que o direito dos países mais poderosos de utilizarem força militar contra os países mais fracos, permitido no sistema de Vestfália, foi definitivamente tornado *ilegal*, substituindo-se este “direito” pelo sistema de segurança coletiva da ONU.

do-se este “direito” pelo sistema de segurança coletiva da ONU.

O que queremos esclarecer com esse raciocínio é que o princípio de igualdade soberana e o princípio de não-intervenção se tornaram os dois pilares básicos do sistema da ONU, resultantes da longa história do desenvolvimento do direito internacional. Como o direito internacional tradicional, até meados do século XX, tratava basicamente de assuntos diplomático-militares, a renúncia *legal* do direito de fazer guerra ou de usar força militar pelos países soberanos implicou o rompimento do princípio mais importante do sistema internacional anterior. Obviamente, a sociedade internacional teve primeiro que arcar com altíssimos custos em vidas humanas para poder decidir-se pelo rompimento com a antiga mentalidade e o antigo sistema. Desse modo, o derradeiro fim do sistema de Vestfália implicou o fim da legitimidade do uso de força pelos países mais poderosos. Ora, o rompimento com o sistema de Vestfália exigiu um extraordinário esforço coletivo da sociedade internacional no sentido de consolidar tal ruptura. É claro que aqueles países que possuíam força e sempre puderam utilizá-la quando e como quisessem no passado continuariam desejosos, “tentados” a lançar mão dela na condução de suas políticas externas. E é igualmente evidente que, para aqueles que têm força, não poder usá-la gera uma enorme frustração. Daí a necessidade, quando da substituição da “desigualdade” soberana na área militar por uma efetiva igualdade soberana, do emprego de um conjunto de ações cooperativas, no seio da sociedade internacional, para que o abandono da força seja aceito, de fato, na prática dos países mais poderosos. Entretanto, mesmo sendo a desigualdade militar e econômica uma realidade incontestada, estas nada têm que ver com a igualdade *legal* e *formal* preconizada pelo sistema da ONU.

Na Carta da ONU, o termo “soberania” foi usado em dois artigos, qual sejam, nos artigos 2(1) e 78. Assim, ela dispõe com rela-

ção ao tema da igualdade soberana que:

Article 2 (1): “The Organization is based on the *principle of the sovereign equality* of all its Members”.

Article 78: “The trusteeship system shall not apply to territories which have become Members of the United Nations, relationship among which shall be based on respect for the *principle of sovereign equality*” [grifos nossos].

O outro sentido de soberania, ou seja, o de não-intervenção em assuntos domésticos, foi empregado *única e somente* no artigo 2(7), por meio da expressão “jurisdição doméstica” (*domestic jurisdiction; compétence nationale*).

7. “Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to *intervene* in matters which are essentially within the *domestic jurisdiction* of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII” [grifo nosso].

A expressão textual do art. 2(7) da Carta parece dar mais poder discricionário ao Estado na determinação da jurisdição doméstica do que a do art. 15(8) do Pacto da Sociedade das Nações, uma vez que o art. 2(7) usa a expressão *assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado*, ao invés da *uma questão que o direito internacional deixa à competência exclusiva dessa parte*, que era a expressão utilizada pelo art. 15(8) do Pacto. Aliás, diferentemente do art. 15(8) do Pacto, por meio do qual a Sociedade das Nações determinava o que era jurisdição exclusiva, o art. 2(7) nada diz se a ONU deve determinar a jurisdição doméstica ou não.

O artigo 2(7) tem gerado mais controvérsias do que qualquer outra disposição da Carta. A Conferência de São Francisco rejeitou deliberadamente a idéia de que a jurisdição doméstica, expressa na Carta, fosse

definida com referência ao direito internacional (cf. MAGARASEVIC, 1972, p. 189-193). Isso ocorreu porque os Estados-membros da Carta estavam preocupados tanto com a expansão do poder da ONU quanto com a perda gradativa de seu poder soberano perante o direito internacional. Assim, a opção por uma expressão mais forte do que aquela que o Pacto apresentava serviria para compensar a preocupação desses Estados. Por isso, a divergência sobre a interpretação desse artigo tem sido uma constante nas relações internacionais.

A princípio, cabe ao próprio Estado determinar se um assunto é ou não de sua jurisdição doméstica. A ONU não exerce essa função, embora o Conselho da Sociedade das Nações o fizesse regularmente com vistas à resolução dos conflitos internacionais. Entretanto, a interpretação da Carta da ONU pelas cortes internacionais tem sido tão flexível, variando conforme o desenvolvimento das normas internacionais, que a abrangência dos assuntos domésticos vêm, ao longo dos tempos, sofrendo uma progressiva e considerável redução. De fato, consoante várias jurisprudências internacionais, temos que o princípio estabelecido pelo Pacto da Sociedade das Nações, ou seja, “a jurisdição exclusiva é outorgada pelo direito internacional e a sua decisão pertence à sociedade internacional”, e confirmado pela Corte Permanente de Justiça Internacional no *Caso de Nacionalidade da Tunísia e do Marrocos* (1923), tem sido reiteradamente confirmado, como se pode notar no *Caso Nottebohm* (1955)¹², no *Caso Interhandel* (1959)¹³ e no *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano* (1960)¹⁴. Desse modo, o direito internacional outorga ao Estado a jurisdição na qual este exercerá suas atividades jurídicas, ou seja, sua jurisdição doméstica. Logo, o Estado está subordinado e é regido pelo direito internacional.

Entretanto, na atualidade, o Estado exerce uma jurisdição relativamente liberal, já que o direito internacional ainda não elaborou as regras gerais sobre a jurisdição do

Estado. Por outro lado, com o aumento da cooperação internacional, as práticas da ONU apontam para uma tendência à facilitação da “intervenção” por motivos de interesse comunitário internacional. De fato, qualquer ameaça ou infração à paz, ou qualquer ato de agressão é hoje automaticamente considerado como uma questão que foge à jurisdição doméstica dos Estados, o que vem ampliando o seu espectro de aplicação nesta era de globalização.

3. *Globalização e a nova forma de intervenção*

Na área da segurança internacional, até o final dos anos 80, apesar dos vários conflitos regionais, a mobilização de força militar pelos países mais poderosos não foi algo tão significativo no sentido de criar uma ameaça ao sistema da ONU. No entanto, a partir da queda do Muro de Berlim e do desmembramento da União Soviética, um novo tipo de intervenção, a qual pode efetivamente ameaçar as bases fundamentais do sistema da ONU, começou a surgir. Uma consideração importante a ser feita aqui é que toda mobilização de força militar é acompanhada de uma tentativa de justificação do seu emprego com base no direito internacional, o que é, ao mínimo, algo positivo para a sociedade internacional. Posto assim, o surgimento de um novo tipo de intervenção baseada no direito internacional poderia ser encarada no contexto de uma tentativa de alteração das normas existentes. Porém, o que essa nova intervenção visa, de fato, é a abertura de uma exceção ao princípio fundamental do direito internacional contemporâneo, tornando-se, assim, francamente necessária sua rigorosa avaliação como valor fundamental do direito internacional.

A questão da nova intervenção pode ser resumida da seguinte forma: os países ocidentais entendem que, apesar do respeito ao princípio de não-intervenção e de igualdade soberana, existe uma norma internacional fundamental, consolidada no siste-

ma da ONU, que é o chamado direito humano. Essa norma deve ser interpretada como uma exceção aos princípios básicos, visando-se sempre o pleno resguardo do valor humano. Nesses termos, os países ainda são todos iguais; porém, aqueles governos que não respeitarem esse valor legal internacional não serão merecedores de respeito.

Além de toda a argumentação acerca desse novo valor jurídico internacional, que forma a base da chamada “intervenção humanitária”, muito recentemente os países ocidentais começaram a fazer uso do combate ao terrorismo como o mais novo fundamento para a intervenção, incluindo nessa lista países como o Iraque, a Coréia do Norte, a Líbia, o Irã, a Somália, etc. Afirma-se, assim, a tese da separação entre o Estado soberano e o governo. Segundo esse pensamento, o princípio de igualdade soberana e o de não-intervenção podem ser interpretados *evolutiveamente* ou *revolutiveamente*, conforme o desenvolvimento do direito internacional. Ora, nesses termos, uma resistência à evolução do conceito de soberania poderia dificultar a punição de governos ditatoriais, terroristas, etc., ou seja, de “maus governos” (mas nunca do Estado-Nação soberano), que representam uma clara ameaça à paz internacional. Esse mesmo pensamento também entende que, por estar o direito internacional continuamente em transformação, alterando suas características, aceitando a subjetividade dos indivíduos e criando mais normas aplicáveis a estes, isso significaria que esse mesmo direito está suficientemente desenvolvido e preparado para limitar a jurisdição doméstica dos Estados em razão da proteção da vida humana. Por conta disso, a intervenção humanitária e a eliminação do terrorismo se enquadram perfeitamente nos limites dessa nova interpretação. A idéia de se promover a alteração do conceito das normas internacionais fundamentais do sistema da ONU, em um curto prazo, está fundada na alegação da busca pela justiça e pela paz. E essa justiça, lastreada na alegada proteção

dos direitos individuais (ou difusos) contra um governo de um país soberano, torna-se um novo caminho para a manutenção da paz internacional.

Todavia, essa é uma linha de raciocínio muito preocupante, quando se pensa no bem-estar da sociedade internacional. Eventualmente, no caso da consolidação e aceitação desse raciocínio, por meio do qual a intervenção humanitária venha a prevalecer sobre o princípio de não-intervenção em um país soberano, os meios pelos quais hoje os poderes ocidentais intervêm em Estados soberanos abrirão os caminhos para a legalização da intervenção. Essa tentativa de alteração das vigentes normas de direito internacional foi muito bem explicada por Robert COOPER (apud CHANDLER, 2002), consultor político de Tony Blair, atual premiê da Grã-Bretanha. Segundo ele, o cenário internacional atual não permite mais que os poderes ocidentais se limitem a agir estritamente dentro das ultrapassadas normas do direito internacional na questão do trato com os Estados. Eles devem e podem fazer uso de força militar independentemente da ONU, além de poderem impor protetorados quando da substituição de regimes “delinqüentes” ou que “pessimamente” governam. Tal posição, denominada de “novo imperialismo liberal” (*new liberal imperialism*), conflita direta e frontalmente com as normas internacionais formuladas durante o curso de mais de três séculos e meio. Evidentemente, eles sabem que os atos que conduziram, por exemplo, nos casos de Kosovo e da guerra contra o Afeganistão, não têm a menor justificativa jurídica, e muito menos uma mera justificativa moral. Sobre esse ponto, afirma David CHANDLER que:

“The Foreign Affairs Committee concluded, for example, that the 1999 bombing of Yugoslavia could be justified ‘on moral grounds’ rather than legal ones. Former Labour Defence Secretary, now NATO Secretary-General, Lord George Robertson argues that the job of Western leaders is the

‘balancing of law, morality and the use of force’. Of course, once the law is secondary to what NATO leaders Blair and Bush consider to be morally necessary, the logical conclusion is that there can be no legal limits to intervention across the globe, as long as the cause is right.

Lord Robertson explains ‘the only morality is not to do what one has to do, when one has to do it’. In this context the decision of when and if to intervene is purely a matter for the selective ‘conscience’ of the leaders of the world’s most powerful states”.

Em resumo, o que esses países mais poderosos estão pretendendo criar é uma exceção ampla e claramente definida ao princípio de não-intervenção. Para tanto, duas manobras estão em curso a um mesmo tempo: por um lado, ataca-se o princípio de igualdade soberana, na tentativa de fazer prevalecer sobre este a nova teoria de soberania limitada (*limited sovereignty*), e, por outro, ataca-se o princípio de não-intervenção em assuntos domésticos, com a introdução da figura da intervenção humanitária como sendo um direito/dever (*droit/devoir d’ingérence; right/duty to intervene*) nascido dos direitos humanos (cf. SANDOZ, 1992, p. 215-227).

De fato, a teoria de soberania absoluta já foi superada em várias áreas do direito internacional; logo, isso não constitui exatamente um fato novo. A questão é que, na esfera dos assuntos diplomático-militares (como, por ex., na escolha do regime político, na manutenção e operacionalização das forças militares, etc.), o assunto soberania é discutido no contexto da não-intervenção (nas relações internas) e da igualdade soberana (nas relações externas). A razão da introdução do conceito de soberania relativa nos assuntos econômicos ou mesmo criminais é que o “absolutismo” soberano sempre prejudicou a parte vitimada, afetada. Já nos assuntos diplomático-militares, o apoio e o uso do princípio de não-intervenção e de

igualdade soberana não produz uma parte “afetada”, qual seja, uma vítima, no contexto das relações interestatais. Partindo-se desse ponto de vista, a introdução da soberania limitada (ou relativa) na área político-militar é uma novidade no direito internacional, porque o que está em discussão agora se refere aos amplos estragos causados nos dois princípios fundamentais que sustentam o conceito de soberania.

Ora, a alegação do dever de intervenção humanitária, com base nos direitos humanos, é algo muito discutível. Em primeiro lugar, ainda não temos a consolidação desse dever de intervenção no direito internacional. O direito internacional estabelece as normas para a sua correta aplicação. No entanto, não cria um dever, ou seja, o dever da intervenção, no sentido de uma obrigação política. É evidente que o direito internacional nunca evoluiu nessa direção, pois ele não possui valores politicamente orientados. E, em termos históricos, os países nunca demonstraram, em tempo algum, essa pretensão, uma vez que a criação de uma norma com valor politicamente orientado e auto-aplicável resultaria tão-somente em uma desculpa para a intervenção em um dado país. De fato, até mesmo alguns ativistas dos direitos humanos não concordam com a teoria da intervenção humanitária e com o uso de força armada, os quais conflitam fortemente com o atual sistema de segurança internacional. Sobre esse ponto, vale a observação de Yves SANDOZ (1992, p. 215-227):

”Apart from the debate on advisability, the ICRC, as we have seen above, has no option but to consider that any armed intervention, regardless of its reasons, entails application of international humanitarian law. The ICRC cannot therefore be associated with armed action for humanitarian purposes, but must analyze the new situation created by such action in order to envisage, together with all the parties involved, the role it is required

to play to ensure respect for international humanitarian law and to cooperate actively in the implementation thereof”.

Em termos concisos, o direito internacional é um sistema que requer uma formalidade legal e limites explícitos para a sua boa aplicação na sociedade internacional. Logo, a alegação de que a intervenção humanitária não é uma prerrogativa da ONU, podendo intervir todo aquele que possua poder e força militar suficiente, visa apenas a destruição do próprio direito internacional, o qual vem sendo criado e aperfeiçoado por mais de três séculos e meio. Com o crescimento dos direitos humanos, o âmbito de aplicação do princípio de não-intervenção vem sendo gradativamente reduzido. Essa é uma clara tendência no direito internacional. Contudo, a questão fundamental é que não cabe aos países “acelerar” essa tendência por motivação político-ideológica, criando novas práticas internacionais por meio do emprego de suas forças dominantes.

Quem advoga por tal obrigação defende, ao mesmo tempo, o direito de quem acredita ter essa obrigação. Já está se tornando comum a defesa da obrigatoriedade da intervenção, independentemente do sistema da ONU, por ser esta “oriunda” dos direitos humanos, *como se fosse uma obrigação advinda do direito natural*. Essa alegação vem sendo apoiada até mesmo por ativistas dos direitos humanos, que entendem que a soberania estatal é uma barreira artificial que impede a efetiva proteção dos direitos humanos. No entanto, esse tipo de pensamento pode, ao fortalecer a teoria de intervenção, ajudar a criar uma situação temerária, na qual um país poderoso poderia efetuar uma intervenção tendo em vista objetivos claramente diferentes, sem nenhum motivo humanitário de fato, o qual seria alegado apenas para dar uma “aparência de legalidade” ao seu ato (FALK, 2000, p. 60, 75 et seq.). Como o resultado deste ato também não seria desejado pela comunidade internacional, a somatória dos acontecimentos

poderia muito bem gerar uma situação anárquica.

4. Conclusão

A intervenção humanitária, dirigida por poderosos países ocidentais, é um fenômeno novo dentro do contexto das políticas externas desses países. E tal fenômeno, diga-se de passagem, começou a se manifestar de um modo marcadamente audacioso, a partir da queda do Muro de Berlim e do Império Soviético. Em tese, essa política intervencionista poderia até vir a ser benéfica, uma vez que supostamente funda-se no argumento da proteção do valor individual da vida humana; no entanto, o preço que a humanidade tem pago por ela é altíssimo. Mesmo que não considerássemos os elevados custos em vidas civis, a mera tentativa de legitimação do uso de força militar fora do sistema da ONU é um desafio fatal, uma verdadeira ameaça de morte contra o próprio direito internacional. Além de tentarem passar sobre suas políticas externas uma espécie de “verniz” ético, destacando um alegado valor humanitário, esses mesmos países estão desenvolvendo um grande esforço no sentido da legitimação do uso de força. Após os terríveis ataques do 11 de setembro de 2001, que acabaram por promover as guerras no Afeganistão e no Iraque, vem sendo desenvolvida e posta à prova a teoria de “perigo iminente”, utilizada como justificativa para atacar ou iniciar uma guerra contra qualquer país que venha a ser considerado protetor ou financiador de grupos terroristas ou, em termos mais simples, “inimigo dos ocidentais”. Essa agressiva teoria está sendo enfaticamente defendida pelos chamados neoconservadores (*neoconservatism*), que insistem em dividir o mundo entre os “bons” e os “maus”. O “bom”, nessa linha, teria o pleno direito de fazer uso de força para atacar e eliminar por completo o “mal”. Obviamente, esse argumento maniqueísta não tem nenhuma base legal no que concerne ao direito internacional contem-

porâneo. No entanto, seus teóricos pretendem justificá-lo valendo-se de uma ampla e incontestavelmente duvidosa interpretação da Carta da ONU. Eles argumentam que os países “bons” têm o direito de intervir, a título de medida preventiva, para evitar que venham a sofrer um suposto ataque terrorista ou que uma suposta guerra tenha início. Em escala menor, isso equivaleria à decretação da prisão de um indivíduo qualquer para que se evite que ele venha a cometer um crime no futuro, uma vez que esse indivíduo possui um comportamento considerado, digamos, “suspeito”.

Complementando, esses teóricos também sustentam que a experiência passada, acumulada nos casos da Bósnia-Herzegovina, da Somália, etc., demonstra claramente que o mundo “bom” sabia, de antemão, o que viria a acontecer na seqüência; no entanto, devido às restrições impostas pelas normas internacionais, nada puderam fazer no sentido preventivo, de modo a impedirem que os desastrosos resultados se materializassem. Daí a necessidade de se tomar todas as medidas preventivas possíveis no intuito de impedir que indivíduos, grupos ou Estados “maus” obtenham sucesso nas suas ações contra o mundo “bom”. Destarte, é fundamental que a sociedade internacional evolua e aprimore sua consciência para que a “paz e a segurança” sejam atingidas.

Contudo, uma transição abrupta como essa, por melhor que possam ser suas intenções, não encontra justificativa no contexto do direito internacional. Os próprios direitos humanos ainda não foram bem definidos na esfera do direito internacional, e a sua aplicação via *manu militari* para justificar a quebra do tradicional princípio de não-intervenção não tem o menor cabimento. Aliás, sequer a idéia da primazia dos direitos humanos sobre o tradicional direito do Estado soberano, em um contexto político-militar, possui algum fundamento jurídico no direito internacional. A sociedade internacional não se encontra tão bem organizada e desenvolvida a ponto de poder obrigar

os países a intervirem militarmente com o intuito da alegada proteção dos direitos individuais. Se os países-membros da ONU realmente possuem tal preocupação humanitária, melhor seria que assistissem aos países necessitados nas áreas econômico-sociais. Porém, como essa teoria de intervenção humanitária, na realidade, tem que ver com a volta do sistema de Vestfália, ou seja, com a instauração de um sistema arbitrário, centrado nas mãos dos países mais poderosos, aos quais caberia “zelar” pela paz e pela segurança internacionais, ou melhor, pela paz e segurança dos Estados “bons”, em substituição ao atual sistema da ONU referente à área da segurança coletiva, o uso dos direitos humanos como fundamento e justificativa nos parece ser, na verdade, um abuso e até mesmo uma descaracterização dos direitos humanos.

Gostaríamos de tecer mais uma observação acerca da intervenção humanitária. Entendemos que tal prática, por parte dos países mais poderosos, fatalmente continuará a servir como um poderoso instrumento, tanto dissuasivo quanto coercivo, a ser empregado contra países soberanos por um longo tempo. Ora, o fenômeno da globalização forneceu (e ainda fornece) várias justificativas para essa prática, tais como a proteção dos direitos humanos, dos grupos étnicos, dos regimes democráticos, etc., e até mesmo para que se possa intervir no caso da “falência” de um governo (embora seja um conceito novo – o do “Estado falido” –, este vem ganhando força a cada dia). Logo, todas essas justificativas de cunho social, político, jurídico ou até mesmo econômico servem como substrato, como verdadeiras provas, hoje, para a fundamentação jurídica da teoria de intervenção humanitária. Como o sistema da ONU banuiu expressamente o uso de força pelos Estados, uma apropriada justificativa no campo do direito internacional é tudo o que os países poderosos e agressores poderiam querer. Desde que o sistema de segurança coletiva da ONU substituiu o uso de força militar do

Estado por outros instrumentos, para que se garantisse a própria segurança dos Estados, a limitação do poder soberano estatal pelo direito internacional foi o preço a ser pago, pelos países, para a instauração de uma nova ordem fundada no consenso e na regra de lei. É claro que tanto o desenvolvimento da sociedade internacional quanto o do direito internacional naturalmente limitam a jurisdição exclusiva do Estado. Assim, para que se possa estabelecer um controle sobre a prática da intervenção humanitária, a sua precisa conceituação e a definição de seus critérios formais poderiam constituir uma solução minimamente aceitável para o caso. Considerando que a doutrina de intervenção humanitária visa superar as limitações do direito internacional contemporâneo, a normatização dessa prática seria o único caminho, a nosso ver, para que se evitassem quaisquer quebras de princípios ou fossem criadas e estimuladas formas radicais de reforma do direito internacional. Vale lembrar, novamente, que custou à sociedade internacional e ao direito internacional mais de três séculos e meio de esforços, duas grandes guerras e incontáveis conflitos regionais para que fossem estabelecidos os dois princípios basilares do vigente conceito de soberania. Indubitavelmente, se esse é o caminho, deveriam ser experimentadas outras alternativas institucionais, ou seja, possibilidades de reforma do atual sistema a serem conduzidas dentro dos princípios e das normas internacionais, e de modo algum optar-se por trilhar caminhos arbitrários, ilegais, ilegítimos ou até revolucionários para a reconfiguração do sistema internacional de segurança coletiva.

A ONU foi fundada sob o princípio de igualdade soberana. No entanto, todos nós sabemos que essa igualdade soberana é um princípio ao qual aplicam-se várias exceções. A própria estrutura do Conselho de Segurança representa claramente um caso de não-observância desse princípio. Contudo, a ONU, quando da sua formação, ba-

seou-se na presunção de que todos os Estados soberanos aceitariam voluntariamente as limitações legais impostas pelo direito internacional.

Hoje, com a globalização, o princípio de igualdade soberana começou a assumir uma importância cada vez maior no quadro das relações jurídicas internacionais. E o conceito de soberania no direito internacional tem incessantemente evoluído, de modo a garantir e consolidar a igualdade soberana *formal* nas relações político-militares e a igualdade soberana *substancial* nas relações sócio-econômicas, com o devido reconhecimento da desigualdade factual entre os Estados soberanos. O desenvolvimento assimétrico da sociedade internacional, somado à globalização de temas como meio ambiente, pobreza, desigualdade, tráfico de drogas e de armas, terrorismo, entre tantos outros, levou essa mesma sociedade a reconhecer a desigualdade reinante entre os Estados soberanos e, com isso, iniciar os trabalhos com vistas a buscar solucionar esses problemas. A busca por um tratamento diferenciado nas áreas econômica e social, tal como já é praticado hoje, em alguns casos, na condução das relações com os países em desenvolvimento, faz parte desses esforços. O que ainda sentimos falta é de um empenho maior, no âmbito da sociedade internacional, no sentido da criação de uma obrigação legal internacional na área da segurança social, para que passem a existir as mínimas condições materiais necessárias ao fomento da eliminação gradual das disparidades entre os Estados, de modo a abrirem-se os caminhos em direção à consecução da igualdade *substancial* entre os Estados soberanos.

Por outro lado, o princípio de não-intervenção sofrerá um processo de renovação conceitual natural, conforme o desenvolvimento do direito internacional. Tanto a Carta da ONU quanto a jurisprudência internacional não deixam dúvidas quanto ao fato de que a limitação do poder soberano sempre se dará conforme o desenvolvimento do

direito internacional. A questão, agora, é como garantir o emprego dos meios mais justos para tal limitação. Os meios legais seriam, obviamente, aqueles dispostos pela própria Carta. Entretanto, os países que se sentem, digamos, “tentados” a usar de força militar buscam ampliar o espectro de interpretação dos termos da Carta, o que comumente resulta na criação de algumas impropriedades, dada a larga extensão dessa ampliação. É entendimento consolidado que, em se tratando de direito internacional, a justiça processual é muito mais importante que a justiça substancial. Por isso, os Estados devem sempre cuidar para que não se cometa uma injustiça processual, pois a ocorrência desta minaria todas as possibilidades de se alcançar a justiça substancial. Os casos de Kosovo, do Afeganistão e do Iraque são ótimos exemplos disso. Em falhando a justiça processual, resta impossível a obtenção da justiça substancial. Logo, se o sistema da ONU não conseguir frear essas “tentações”, de modo a impedir o uso indiscriminado de força, o fatídico destino do direito internacional será o amargo retorno ao sistema de Vestfália.

Finalizando, temos que o conceito de soberania vem evoluindo conforme evolui o direito internacional. A história do direito internacional até aqui foi a história da conceituação da soberania em dois termos: igualdade soberana e não-intervenção. De fato, a soberania tem uma importância inconteste no direito doméstico. Neste, ela significa a supremacia, o poder sobre um território e uma população. Ela garante o controle interno do Estado, muito embora a forma desse controle varie de um país para outro. Logo, poder-se-ia aduzir prematuramente que o direito internacional não se preocupa com o conceito de soberania interna. Porém, como o direito internacional foi e vem sendo formado conforme as necessidades da sociedade internacional, impõe-se a limitação do poder soberano tanto em seu âmbito internacional quanto em seu âmbito doméstico. A consagração dos direitos hu-

manos, em última análise, demonstra perfeitamente a necessidade dessa limitação, exercida via direito internacional sobre qualquer poder soberano estatal. Assim sendo, conclui-se que o conceito de soberania assumiu um caráter relativo desde a criação do sistema internacional de segurança coletiva.

Notas

¹ Em outras palavras, a capacidade de entrar em relações com outros Estados (cf. JO, 2000, p. 204).

² John Austin, jurista inglês, foi professor da Universidade de Londres. Publicou, entre outros, *The province of jurisprudence determined* (1832) e *Lectures on jurisprudence* (1861), esse último após falecimento.

³ Constituição Federal; art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

(...)”.

⁴ Quanto a esse ponto, pondera Celso Ribeiro BASTOS (1995, p. 27) se esse termo (soberania) ainda conserva alguma utilidade para a qualificação do poder do Estado. Entende BASTOS que esse termo somente pode ser considerado como atual caso signifique uma qualidade da ordem jurídica estatal, e não mais a antiga idéia de um poder incontestável, contra o qual não cabem restrições.

⁵ Treaty of Westphalia; October 24, 1648. (Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies):

CXXIII. “That nevertheless the concluded Peace shall remain in force, and all Parties in this Transaction shall be obliged to defend and protect all and every Article of this Peace against any one, without distinction of Religion; and if it happens any point shall be violated, the Offended shall before all things exhort the Offender not to come to any Hostility, submitting the Cause to a friendly Composition, or the ordinary Proceedings of Justice”.

CXXIV. “Nevertheless, if for the space of three years the Difference cannot be terminated by any of those means, all and every one of those concerned in this Transaction shall be obliged to join the injured Party, and assist him with Counsel and Force to repel the Injury, being first advertised by the injured that gentle Means and Justice prevailed nothing; but without prejudice, nevertheless, to every one’s

Jurisdiction, and the Administration of Justice conformable to the Laws of each Prince and State: and it shall not be permitted to any State of the Empire to pursue his Right by Force and Arms; but if any difference has happened or happens for the future, every one shall try the means of ordinary Justice, and the Contravener shall be regarded as an Infringer of the Peace. That which has been determined by Sentence of the Judge, shall be put in execution, without distinction of Condition, as the Laws of the Empire enjoin touching the Execution of Arrests and Sentences”.

⁶ Tailândia, a partir de 1939.

⁷ Em particular, os pontos V e VI:

V. “A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determined”.

VI. “The evacuation of all Russian territory and such a settlement of all questions affecting Russia as will secure the best and freest cooperation of the other nations of the world in obtaining for her an unhampered and unembarrassed opportunity for the independent determination of her own political development and national policy and assure her of a sincere welcome into the society of free nations under institutions of her own choosing; and, more than a welcome, assistance also of every kind that she may need and may herself desire. The treatment accorded Russia by her sister nations in the months to come will be the acid test of their good will, of their comprehension of her needs as distinguished from their own interests, and of their intelligent and unselfish sympathy.”

⁸ É muito interessante comparar as duas declarações.

⁹ Além das guerras permitidas, a *represália armada* não foi regulamentada no sistema da Sociedade das Nações.

¹⁰ Art. 22: “To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the *sovereignty* of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilization and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant” [grifo nosso].

¹¹ Art. 2(4): “All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any manner inconsistent with the purposes of the United Nations”.

¹² In: *ICJ Report*, 1955. p. 20-21.

¹³ In: *ICJ Report*, 1959. p. 24.

¹⁴ In: *ICJ Report*, 1960. p. 33.

Bibliografia

THE AVALON project at Yale Law School. *Laws of war: final act of the International Peace Conference*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/awofwar/final99.htm>>. Acesso em: [200-?]a.

THE AVALON project at Yale Law School. *Peace conference at the hague 1899: russian circular January 11, 1899*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague99/hag99-02.htm>>. Acesso em: [200-?]b.

THE AVALON project at Yale Law School. *Treaty of Westphalia*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/westphal.htm>>. Acesso em: [200-?]c.

BODIN, J. *Six books of the commonwealth*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/bodin/bodin.txt>>. Acesso em: [200-?].

CHANDLER, D. *Imperialism may be out, but aggressive wards and colonial protectorates are back*. Disponível em: <<http://www.observer.co.uk/worldview>>. Acesso: 2002.

ESTADOS UNIDOS. *The declaration of Independence: the Constitution of the United States of America*. Washington: Congress, 1776.

DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FALK, R. *Human rights horizons: the pursuit of justice in a globalizing world*. London: Routledge, 2000.

HOBBS, T. *Leviathan*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/th/leviatha.htm>>. Acesso em: [200-?].

IRIE, M. *Religious freedom and the new world order*. Tokyo: [s. n.], 1998. Disponível em: <http://www.religiousfreedom.com/Conference/japan/Irie.htm>. Acesso em: [200-?].

JO, H. M. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: Ltr., 2000.

LENIN, V. I. Declaration of Rights of the working and exploited people. In: _____. *Collected works*. 4th ed. Moscow: Progress Publishers, 1964. v. 26, p. 423-425. Disponível em: <<http://www.marx2mao.org/Lenin/DRWP18.html>>. Acesso em: [200-?].

LOCKE, J. *Second treatise of government*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>>. Acesso em: [200-?].

MAGARASEVIC, A. The sovereign equality of states. In: SAHOVIC, M. (Ed.). *Principles of international law concerning friendly relations and cooperation*. New York: Ocean Publications, 1972. p. 189-193.

MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1.

MÜNCH, F. Vienna congress. In: 7 ENCYCLOPEDIA of public international law. 1984. p. 522-525.

NATIONALITY decrees in Tunis and Morocco. The Philippine Center for Investigative Journalism, [S. l.], n. 4, series B, p. 24, 2 July 1923.

REALE, M. Teoria do direito e do Estado. In: DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROUSSEAU, J. J. *The social contract or principles of political right*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jjr/socon.txt>>. Acesso em: [200-?].

SANDOZ, Y. *Droit or devoir d'ingérence and the right to assistance: the issues involved*. International review of the red cross, [S. l.], n. 288, p. 215-227, June 30, 1992.

STEIN, S. D. (Org.). *Final act of second Peace Conference: the Hague*. Disponível em: <<http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/IntLaw6.html>>. Acesso em: [200-?].

VAGTS, A. VAGTS, D. Balance of power. In: 1 ENCYCLOPEDIA of public international law. 1992. p. 313-315.

Dimensões da judicialização da política no Brasil

As ADIns dos partidos políticos

Antonio G. Moreira Maués
Anelice F. Belém Leitão

Sumário

1. Introdução. 2. Análise das ADIns. 2.1. ADIns não conhecidas. 2.2. ADIns indeferidas. 2.3. ADIns deferidas. 3. Conclusões.

1. Introdução

Ao ampliar a legitimidade ativa nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), a Constituição de 1988 provocou uma profunda mudança no sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil, já que a iniciativa nesse sistema, até então, coubera exclusivamente ao Procurador-Geral da República¹.

Esse monopólio da propositura do controle concentrado afastava o sistema brasileiro do modelo “europeu” original. Quando de sua criação, pelas Constituições da Tchecoslováquia (1920), Áustria (1920) e Espanha (1931), o sistema concentrado visava, principalmente, estabelecer um mecanismo de proteção da divisão territorial do poder adotada nesses países, sob a forma de um Estado Federal (Áustria), ou sob a forma do reconhecimento de um alto grau de autonomia para determinadas regiões (Tchecoslováquia e Espanha). Em razão disso, a legitimidade ativa era reconhecida aos órgãos políticos do poder central e dos entes territoriais autônomos, a fim de que ambos pudessem buscar a proteção de suas prerrogativas junto ao Tribunal Constitucional, especialmente no campo das competências legislativas (VILLALÓN, 1987)².

Antonio G. Moreira Maués é Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Anelice F. Belém Leitão é Bolsista de iniciação científica (CNPq) do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará.

As primeiras experiências com o controle concentrado já indicavam, portanto, que a defesa da Constituição pela via direta dependeria da emergência de determinados conflitos políticos que viessem motivar o recurso dos legitimados ao Tribunal Constitucional. Visando diminuir essa vinculação, a Constituição Austríaca adotou, em 1929, a via incidental no sistema concentrado, permitindo que os dois órgãos judiciários superiores provocassem o Tribunal Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 106). Apesar disso, a limitação da legitimidade ativa, que caracteriza o controle concentrado (VILLALÓN, 1987, p. 414; FAVOREU, 1988, p. 58), obriga o legislador a decidir sobre a titularidade da ação, a qual, recaindo sobre agentes e órgãos políticos, permite que essa modalidade de controle também seja utilizada para a resolução de seus conflitos.

A tendência tornar-se-ia mais acentuada naqueles países em que a legitimidade ativa foi estendida às minorias parlamentares, como Alemanha (1949), Espanha (1978) e Portugal (1982, na primeira revisão constitucional), o que possibilitou trazer para o âmbito do controle concentrado, independentemente de sua base territorial, os conflitos entre maioria e minoria políticas³. Essa ampliação resultava do reconhecimento da importância dos partidos políticos como vetores dos conflitos sociais em uma democracia pluralista, mas também conferia um novo conteúdo à idéia de que a Constituição deveria ser protegida do Legislativo⁴. Na forma em que foi proposta originalmente pelos federalistas norte-americanos, a defesa da Constituição por meio do *judicial review* pretendia impedir que uma “facção”, ao obter a maioria política, ultrapassasse as barreiras constitucionais e desrespeitasse os direitos individuais (HAMILTON; MADISON; JAY, 1982, n. 10, 78). Já nas Constituições compromissórias do século XX, sua defesa devia garantir que os acordos firmados no momento constituinte fossem respeitados pela maioria parlamentar,

a fim de preservar os direitos e interesses fundamentais dos diferentes grupos e classes que compõem a sociedade pluralista moderna (MAUÉS, 1999, cap. I).

O contexto acima descrito também se aplica à Constituição de 1988, que, ao reconhecer a titularidade de partidos políticos e entidades da sociedade civil na ação direta de inconstitucionalidade, veio unir a defesa de sua supremacia à defesa do pluralismo político. A experiência brasileira parece confirmar a necessidade e o acerto dessa decisão: utilizando os dados de VIANNA et al. (1999, p. 59-60), que alcançam as 1.935 ADIns ajuizadas até o final do ano de 1998, verificamos que 17,5% delas foram apresentadas por partidos políticos e 29,9% pelo Conselho Federal da OAB, confederações sindicais e entidades de classe. Em relação aos partidos políticos, o número é mais expressivo quando consideramos apenas as 357 ADIns apresentadas contra o legislativo federal, entre as quais eles são responsáveis por 97 ações (27,1%).

No entanto, os números referentes aos partidos políticos trazem algumas inquietações, já que podem manifestar duas tendências que, apesar de suas diferenças, são ambas anticonstitucionais. Na primeira delas, o acentuado uso das ADIns pelos partidos significaria que o Legislativo e o Executivo violam freqüentemente a Constituição, obrigando a oposição a recorrer ao Supremo Tribunal Federal em defesa da Lei Maior. Na segunda, os números indicariam que esses mesmos partidos, ao não terem suas propostas contempladas nas negociações parlamentares, utilizam-se das ADIns com o objetivo de converter o STF em uma terceira “Casa Legislativa” na qual fosse possível modificar as decisões da maioria. Menos aparente, esse comportamento é uma forma igualmente grave de violar a Constituição, já que implica um desrespeito à regra de maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs.

Manifestando-se ou não essas tendências anticonstitucionais, o constante recurso da minoria ao Tribunal Constitucional, como forma de solução de seus conflitos com a maioria, leva-nos ao tema da “judicialização da política”, isto é, ao crescente controle efetuado por órgãos judiciários sobre as decisões políticas. É inegável que, em maior ou menor grau, esse fenômeno faz parte da paisagem dos Estados Constitucionais contemporâneos, a ponto de ser considerado uma consequência da adoção de formas de controle judicial de constitucionalidade (SWEET, 1999, p. 118). Não obstante, as análises dos processos de judicialização da política também indicam que eles comportam dois riscos para o sistema constitucional: de um lado, haveria uma tendência de os conflitos políticos passarem a ser decididos por um órgão de caráter jurisdicional, que não goza da legitimidade democrática direta que as eleições conferem ao Legislativo e ao Executivo; de outro lado, o Tribunal Constitucional, diante de matérias de alto grau de conflitividade, acabaria por se afastar das razões jurídicas para decidir de acordo com razões políticas, ditadas pela sua relação de apoio ou oposição à maioria governante.

Dessa forma, os estudos sobre a judicialização da política acabam trazendo questões que demandam uma teoria normativa do controle de constitucionalidade: quais os limites do exercício do controle judicial de constitucionalidade? Como evitar que, pela própria pressão dos partidos, o Tribunal Constitucional invada a competência do Legislativo? O Tribunal Constitucional, ao exercer sua função, protege as minorias ou legitima o domínio político da maioria?

Evitando esses juízos de valor, os trabalhos no campo da ciência política lançam mão de análises quantitativas que permitem aferir algumas dimensões das relações entre sistema judicial e sistema político. Assim, é possível identificar se os partidos têm êxito em suas demandas (VIANNA et al., p. 129-130), ou se as decisões do Tribunal Constitucional são mais favoráveis ao

interesse público ou ao interesse privado (CASTRO, 1997).

Não há dúvida de que esses trabalhos trazem importantes contribuições para a análise dos fenômenos aqui tratados. Sem embargo, eles não esclarecem um tema fundamental: as demandas apresentadas pelos partidos políticos ao Tribunal Constitucional possuem ou não fundamento constitucional? Dito de outro modo: as ações de inconstitucionalidade contêm argumentos convincentes de que a Constituição foi violada pela maioria política?

A resposta a essas perguntas é necessária para que se possa compreender o sentido das ações das minorias políticas junto à jurisdição constitucional: se elas são mais bem interpretadas como tentativas de desrespeito à regra de maioria ou como ações em defesa da Constituição. Tal resposta, no entanto, não é de fácil obtenção, já que as próprias decisões no controle judicial de constitucionalidade demonstram a existência de grandes divergências sobre o que está ou não de acordo com a Constituição. Essas divergências são acentuadas por algumas características dos textos constitucionais contemporâneos, tais como sua ambigüidade e vagueza, a utilização de conceitos essencialmente controvertidos e a ocorrência de conflitos entre suas disposições (COMELLA, 1997, p. 19-36), mas incidem também sobre os próprios critérios que devem ser utilizados para identificar e interpretar a Constituição, como ocorre, de modo geral, com o Direito (DWORKIN, 1991, cap. 1).

Diante dessas dificuldades, parece inevitável que o pesquisador lance mão de uma teoria normativa do controle de constitucionalidade para interpretar os argumentos das ações dos partidos políticos. Não obstante a importância dessa linha de investigação, ela acaba por deslocar o debate para o valor das diferentes teorias normativas do controle de constitucionalidade. Assim, decidindo qual a teoria mais adequada, disporíamos dos critérios para julgar as ações da minoria política.

Há, no entanto, um outro caminho possível de ser trilhado para compreender o sentido dessas ações: o exame da interpretação que elas recebem do Tribunal Constitucional. Para seguir esse caminho, vale recorrer ao conceito de “interpretação construtiva”, formulado por DWORKIN (1991, cap. 2). Segundo o autor, os participantes de uma prática social desenvolvem uma “atitude interpretativa” em relação a ela quando passam a lhe atribuir sentido. Isso requer que os participantes considerem que determinada prática não apenas existe, mas possui valor, ou seja, serve a algum interesse ou propósito ou reforça algum princípio. Em um segundo momento, quando a atitude interpretativa encontra-se bem desenvolvida, a prática passa a ser reestruturada de acordo com o sentido que lhe é atribuído.

Para DWORKIN (1991), a interpretação das práticas sociais, em que o objeto é algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta a elas, difere da situação mais comum de interpretação, que é aquela que se dá no decorrer de uma conversação. Nesse caso, interpretamos os sons ou sinais que uma outra pessoa emite para compreender suas intenções; já no caso das práticas sociais, o intérprete *atribui* um valor à prática, ainda que condicionado pela sua história⁵.

Em conclusão, DWORKIN (1991) afirma que, sendo uma prática social, o direito é interpretado pelos seus participantes de modo construtivo, isto é, de acordo com suas concepções sobre o princípio, objetivo ou propósito que o justificam. Assim, em cada período histórico, os participantes da comunidade jurídica irão compartilhar algumas dessas concepções e divergir sobre outras, o que provocará o surgimento de interpretações concorrentes sobre o sentido do direito.

Uma primeira aplicação dessas idéias ao campo do controle concentrado de constitucionalidade nos permite considerar que os autores das demandas, como participantes da comunidade jurídica, buscam formular argumentos em que a inconstitucionalidade da lei aparece como a melhor interpre-

tação do direito constitucional. Mais interessante para nossos propósitos, contudo, é observar que o Tribunal Constitucional desenvolve uma interpretação construtiva desses argumentos, atribuindo-lhes ou não o valor de defesa da Constituição.

No julgamento das ações de inconstitucionalidade, as eventuais intenções dos autores, entendidas como o estado mental consciente que os levaram a ajuizá-las, são de pouca relevância. O caráter abstrato do controle concentrado faz com que os argumentos apresentados dirijam-se à defesa do texto constitucional, e não à defesa de interesses em litígio, como no controle concreto. Assim, é com base em suas concepções do direito constitucional que os juízes irão interpretar esses argumentos para decidir se eles possuem fundamento constitucional.

Por isso, o estudo da interpretação das ações de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional deve ser direcionado à motivação da decisão, a fim de que se possam identificar as razões que os levaram a decidir pela procedência ou improcedência da ação. Exemplar, sob esse aspecto, são as decisões tomadas por maioria, em que a existência de interpretações divergentes só pode ser esclarecida com o exame da fundamentação dos votos.

Mais cuidado ainda requerem as ações em que a maioria decide pelo indeferimento, já que isso significa que parte do Tribunal compreendeu a ação como uma tentativa de defesa da Constituição. Apesar de minoritários, os votos divergentes podem demonstrar a plausibilidade das alegações de que a Constituição foi violada, já que os juízes constitucionais, ao decidirem, observam o princípio da presunção de constitucionalidade da lei, julgando-a inconstitucional somente quando há fortes argumentos nesse sentido e não é possível utilizar a interpretação conforme a Constituição. Contrariamente, a ocorrência de decisões unânimes⁶ indica que os critérios compartilhados de interpretação do direito constitucional se impuseram sobre a pluralidade de

concepções presentes no Tribunal Constitucional,⁷ indicando um juízo mais firme acerca da existência ou não de fundamento na ação.

Além disso, vale observar que, ao desenvolver essa atitude interpretativa, o Tribunal Constitucional também busca atender à especial exigência de fundamentação das decisões adotadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade. Já no início do século passado, KELSEN (1995, p. 33) alertara que Constituições formuladas em termos demasiado gerais, como as que acabaram predominando no Ocidente a partir do século XX, poderiam tornar ilimitado o poder do Tribunal Constitucional, subvertendo sua função de legislador negativo. Assim, o reconhecimento de que há várias interpretações possíveis do texto constitucional acentua, em vez de eliminar, a necessidade de fundamentação das decisões da justiça constitucional. De outra forma, sua legitimidade ver-se-ia abalada, já que, como qualquer outro órgão jurisdicional, os Tribunais Constitucionais devem possuir um caráter imparcial. Somente assim, a enorme interferência que esses Tribunais promovem na vida política e seu inevitável envolvimento com os conflitos políticos podem ser admitidos pelos agentes políticos e apoiados pela comunidade jurídica⁸.

Por último, cabe lembrar que, mesmo a defesa de interesses particulares pode igualmente promover a defesa da Constituição. Essa possibilidade surge especialmente com as Constituições sociais, que, a partir do século XX, superaram o modelo procedimental de Constituição⁹. Com o reconhecimento dos direitos sociais e o aparecimento da “constituição econômica”, as Constituições passaram a conter normas que regulavam diretamente os conflitos sociais, influenciando a distribuição de recursos de poder entre grupos e classes sociais e protegendo direta ou indiretamente seus interesses (MAUÉS, 1999, cap. II), os quais, sendo violados, também fundamentam o recurso ao Tribunal Constitucional.

Com base nessas idéias, desenvolveremos a seguir uma análise da jurisprudência do STF nas ADIns apresentadas por partidos políticos contra leis federais, buscando identificar qual o sentido atribuído pelo Tribunal a essas ações. Assim, esperamos ter elementos para oferecer respostas ao problema da compreensão das ADIns apresentadas pelos partidos no direito brasileiro.

2. Análise das ADIns

Nesta pesquisa, foram analisados 33 acórdãos referentes a 29 ADIns, publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) no período de outubro de 1988 a junho de 2001, correspondente aos volumes 126 a 172. Entre as ADIns, sete não foram conhecidas, quatorze tiveram a medida cautelar indeferida, uma foi julgada improcedente e sete tiveram a cautelar deferida total ou parcialmente. Os quatro acórdãos restantes referem-se a uma das ADIns cuja cautelar foi indeferida, julgando-a prejudicada, e a três julgamentos de mérito de ADIns cuja cautelar fora deferida.

2.1. ADIns não conhecidas

Todas as sete decisões pelo não conhecimento são tomadas por unanimidade pelo STF, o que pode ser explicado pela utilização coerente, nesses casos, da jurisprudência que o próprio Tribunal construiu a partir da interpretação de sua competência no controle concentrado. Tendo em vista que, nessas ações, por definição, não há uma manifestação do STF sobre a constitucionalidade das normas impugnadas, não é possível analisar exaustivamente a interpretação dada pelo Tribunal aos argumentos apresentados pelos autores.

Cabe observar, no entanto, que em duas dessas ADIns questionava-se a constitucionalidade do critério de distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, os quais, estabelecidos de modo semelhante na Lei nº 9.100/95, foram considerados inconstitucionais pelo Rela-

tor na ADIn nº 1.408, que será analisada abaixo. A primeira dessas ações, de nº 109, foi ajuizada pelo Partido Liberal Progressista (PLP), contra a Lei 7.773/89, que regulava as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e especificamente contra seu art. 17, que estabelecia aqueles critérios. O fundamento da decisão do STF pelo não conhecimento foi a ausência de *jus postulandi* do signatário da inicial, que era o próprio Presidente do PLP, engenheiro civil de profissão (RTJ 130/522).

Já na ADIn nº 1.822, apresentada pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra dispositivos da Lei 9.504/97, o STF não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que seu deferimento implicaria que o Tribunal agisse como legislador positivo, invertendo os critérios estabelecidos pelo Congresso. De acordo com o Min. Moreira Alves, Relator,

“a argüição de inconstitucionalidade visa a que, se ela for acolhida, reste, de todos os dispositivos atacados, apenas a expressão ‘igualmente’ no inciso I do § 2º do artigo 47 da Lei 9.504/97, o que implicará que se fará igualmente, entre os Partidos Políticos e suas coligações, a distribuição dos horários de propaganda eleitoral gratuita pelo rádio e pela televisão. Não podendo o pedido do requerente ser ampliado para alcançar todo o sistema dessa distribuição estabelecido pelos dispositivos impugnados nessa primeira alternativa, pretende ele, com a declaração de inconstitucionalidade como requerida, modificar o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo” (RTJ 172/435).

Raciocínio semelhante foi desenvolvido na ADIn nº 1.622. Nela, o Partido dos Trabalhadores (PT) questionava dispositivos da

Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que, ao excluir da incidência do ICMS as exportações de produtos primários e semi-elaborados, teria violado o art. 155, X, a, da CF e, ao garantir crédito relativo a mercadoria destinada ao uso ou consumo permanente, teria violado o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, II e seu § 2º, I). O objetivo da ação era evitar a redução da arrecadação do ICMS pelos Estados, que decorreria da aplicação da lei, mas o Min. Nelson Jobim, Relator, considerou o pedido juridicamente impossível, tendo em vista que o STF não pode ampliar o pedido:

“a lei impôs perdas aos Estados e Municípios e, ao mesmo tempo, assegurou compensação temporária. A ação direta visa, exclusivamente, parte dos dispositivos que determinam as perdas (não ataca a isenção, na exportação, de produtos primários), mas não abrange aquele que institui a compensação. A consequência desta demanda, se vier a ser conhecida e julgada procedente, seria o desaparecimento de parte das perdas e a manutenção integral da obrigação temporária da União quanto à integralidade das compensações. Atacada parte da causa, a inicial teria que atacar, também, o tratamento legal dado à parte das consequências. Caberia à inicial formular pedido completo. Não o fez. Não nos cabe estender o objeto do pedido” (RTJ 167/78)¹⁰.

Nos demais casos, também verificamos que o não conhecimento se funda em jurisprudência firmada pelo STF. Assim, na ADIn nº 385, o Partido Trabalhista Renovador (PTR) questionava, com base no § 2º do art. 77 da CF, a constitucionalidade do art. 106 do Código Eleitoral, que estabelecia o cômputo dos votos em branco como válidos. O STF não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a inadequação da ação direta para o questionamento da constitucionalidade de norma anterior à Constituição, entendimento firma-

do desde a ADIn nº 2. Citando o seu voto na ADIn nº 381, sobre o mesmo tema, o Relator, Min. Moreira Alves, afirmava que

“a declaração de inconstitucionalidade se limita à incompatibilidade entre a lei infraconstitucional e a Constituição, quando aquela é posterior a esta, pois na hipótese inversa o problema se situa no âmbito da revogação da lei infraconstitucional anterior pela Constituição a ela posterior” (RTJ 142/23)¹¹.

Na ADIn nº 2.047, ajuizada pelo PCdoB, solicitava-se o pronunciamento da Corte para, com base no direito adquirido, excluir os servidores públicos que adquiriram estabilidade até 4 de julho de 1998 da aplicação de vários dispositivos da Emenda Constitucional nº 19 referentes à estabilidade e à colocação em disponibilidade. No entendimento do Min. Ilmar Galvão, Relator, esse pedido não poderia ser apreciado:

“Conforme se viu, a EC 19/98 não contém dispositivo expresso mandando aplicar as novas normas a situações jurídicas anteriormente constituídas, cujo alcance houvesse de ser examinado pelo STF, em face do princípio do direito adquirido. Na verdade, o que fez o autor, neste caso, foi formular consulta ao Tribunal acerca da interpretação a ser dada às novas disposições da emenda constitucional pela qual foi veiculada a chamada ‘reforma administrativa’, diante da situação dos servidores que encontrou no gozo da estabilidade funcional adquirida antes dela, objetivo para o qual se mostra inadequada a ação direta de inconstitucionalidade” (RTJ 172/460).

Na ADIn nº 1.640, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido Verde (PV) requeriam a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orçamentária Anual (Lei nº 9.438/97) que utilizava recursos oriundos

da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) para o Fundo de Amparo ao Trabalhador, por infração do § 3º do art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que vinculava os recursos da CPMF ao Fundo Nacional de Saúde. Corroborando sua jurisprudência, o STF não conheceu da ação, já que não se pretendia

“a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, mas de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, “a” da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo” (RTJ 167/85).

Por fim, na ADIn nº 1.900, proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), buscava-se a declaração de inconstitucionalidade, sem redução do texto, do art. 201, II, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que excluía da promoção por merecimento, até um dia após o regresso, o membro do Ministério Público afastado da carreira para exercer outro cargo público permitido por lei. O argumento principal era que esse dispositivo contrariava o art. 7º, II, da Lei 1.341/51, violando o direito assegurado aos membros do Ministério Público da União admitidos antes de 5 de outubro de 1988 de optarem pelo regime anterior estabelecido naquela lei (art. 29, § 3º, do ADCT). Também aqui, o STF reafirmou sua jurisprudência de que não cabe a ação direta quando a situação de inconstitucionalidade depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional (RTJ 172/850).

Nos dois últimos acórdãos, há ainda um aspecto a destacar: neles, o próprio Relator,

ou um dos Ministros, indica que a via incidental seria mais adequada do que a via direta para o controle da constitucionalidade das normas impugnadas. Isso nos alerta para o fato de que a convivência dos dois sistemas no Brasil permite que o STF, mesmo reconhecendo a possibilidade de que a Constituição tenha sido violada, deixe de apreciar a matéria.

2.2. ADIns indeferidas

A maioria dos acórdãos analisados examina o pedido de medida cautelar e o indefere. À primeira vista, isso significa que o STF não admitiu os argumentos apresentados pelos autores contra a constitucionalidade das normas. A análise mais detida revela, no entanto, que em cinco dessas ocasiões a decisão pelo indeferimento não foi tomada por unanimidade, o que significa que pelo menos uma parte dos membros da Corte atribuiu às alegações do autor o sentido de defesa da Constituição. Além disso, em dois outros casos, nos quais a decisão foi unânime, alguns Ministros reconhecem a presença do *fumus boni juris*, mas negam a cautelar pela ausência ou insuficiência do *periculum in mora*.

Nossa análise das cautelares indeferidas por maioria começa pela ADIn nº 688, em que ficaram vencidos os Min. Celso de Mello, Paulo Brossard, Otávio Gallotti e Néri da Silveira. Nessa ação, o Partido Social Trabalhista (PST) argüia a inconstitucionalidade total da Lei nº 8.388/91, que autorizava o Poder Executivo a consolidar e refinar a dívida das administrações direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto a órgãos e entidades controladas, direta e indiretamente, pela União. O argumento principal do autor era a ocorrência de invasão pelo Poder Executivo da competência privativa do Senado Federal sobre a matéria (art. 52, VI a IX). A concordância com essa tese pode ser exemplificada pelo voto do Min. Celso de Mello:

“(...) tenho por juridicamente relevantes os fundamentos com que ajuizada

a presente ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se de analisar a legitimidade constitucional do ato estatal impugnado, cuja edição – sustenta o autor – teria implicado usurpação da competência privativa do Senado Federal. O conteúdo material da lei ora impugnada (...) submeter-se-ia, em função de sua natureza mesma, à atividade unicameral do Senado da República, a quem efetivamente compete, mediante Resolução própria, dispor sobre a disciplina e o regramento das matérias consubstanciadas nos incisos V a IX do art. 52 da Constituição Federal. A plausibilidade jurídica da tese ora deduzida nesta sede jurisdicional concentrada encontra-se bem evidenciada (...)” (RTJ 147/75-76).

Já para a maioria, representada pelo Relator, Min. Ilmar Galvão,

“Ao contratar a consolidação e refinanciamento desses débitos, nem os entes devedores nem a União estão aumentando sua dívida pública. E quando tratou a lei de refinanciamento (...) fê-lo com a ressalva de que sejam observados os limites estabelecidos em resoluções do Senado Federal (...)” (RTJ 147/74).

Na ADIn nº 1.408, o Relator, Min. Ilmar Galvão, ficou vencido. Já citada acima, essa ação foi ajuizada pelo PCdoB contra os incisos I e II do art. 57 da Lei nº 9.100/95, que estabeleciam a distribuição de quatro quintos do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão com base no número de representantes na Câmara dos Deputados dos partidos e coligações. Ao conceder a cautelar, o Relator baseou-se no fato de que já se conhecia a composição das bancadas no momento de feitura da lei: “Conhecida que já era do legislador essa participação, parece haver ele elaborado *lex ad hoc* ou *ad persona*, destituída, por isso, do indispensável caráter de generalidade, e afrontosa ao princípio do devido processo

legal” (RTJ 166/886). Além disso, a lei havia utilizado as bancadas federais como critério de distribuição do tempo de propaganda para eleições municipais, o que também pareceu inconstitucional ao Ministro:

“Na verdade, se o funcionamento parlamentar devesse, efetivamente, servir de baliza ao exercício do direito de antena, em eleição municipal, como a que se avizinha, haveria o requisito de ser considerado em relação às representações partidárias perante a respectiva Câmara Municipal, única hipótese em que se estaria diante de requisito razoavelmente dimensionado em face do desempenho eleitoral de cada agremiação.”

E conclui:

“A reserva que a Constituição fez à lei ordinária, no § 3º do art. 17, para regulamentar o acesso gratuito dos Partidos Políticos ao rádio e à televisão, por si só, não pode ser vista como uma delegação para instituir discriminação entre os partidos, em razão de sua maior ou menor expressão político-representativa, muito menos, como foi feito, sem a menor consideração às peculiaridades regionais ou locais, como se o bipartidarismo houvesse sido eleito como valor supremo a ser realizado a curto ou médio prazo” (RTJ 166/887).

A maioria, no entanto, decidiu contrariamente. Um dos argumentos para a negativa da cautelar, trazido pelo Min. Francisco Rezek, fundamenta-se na ausência de inconstitucionalidade no critério adotado:

“Não me parece desarrazoado o critério adotado pela lei. Se fôssemos investidos de mandato popular e devêssemos fazer a melhor opção política, poder-se-ia instalar aqui amplo debate sobre o que convém mais. Tal não é o caso. (...) Quanto ao princípio da isonomia, é de ver que partidos políticos são profundamente desiguais e desigualmente devem ser tra-

tados, sobretudo no que concerne ao tempo de uso gratuito da televisão (...) é uma desigualdade que as urnas determinam, e que há de ser vista com respeito pelo democrata” (RTJ 166/888).

Mas, a maioria dos Ministros que se manifestam indeferem a cautelar por causa dos problemas que adviriam para regular a distribuição do tempo da propaganda, como exemplifica o voto do Min. Maurício Corrêa:

“Não vejo como, pelo teor da norma, se possa deixar ao arbítrio do TSE a regulamentação de tais critérios, caso se suprimissem os incisos a que se refere o voto do Relator. Qualquer que fosse a solução encontrada – se se delegasse tal atribuição ao Tribunal Superior Eleitoral – seguramente geraria problemas. Suprimindo os incisos, como proposto pelo Relator, *data venia*, ficaria um *buraco negro* ou *zona cinzenta*, que certamente produziria o caos para essas eleições municipais que já estão prestes a se realizar no corrente ano. Há, pois, mais do que tudo, um argumento de ordem de *eminente conveniência*, que recomenda a manutenção do texto como está, razão pela qual, pedindo vênias ao e. Relator, indefiro a liminar.” (RTJ 166/888).

No mesmo diapasão se inscrevem os Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Este último, ainda que reconhecendo a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade e a necessidade de sopesar os resultados eleitorais dos partidos com outros critérios para atribuir-lhes tratamento diferenciado no processo eleitoral, destaca que com o deferimento da cautelar

“teríamos um vácuo legislativo, agravado pelo art. 16 da Constituição, que já não possibilita, pelo menos na via da legislação ordinária, preenchê-lo a tempo de reger a campanha das próximas eleições municipais. Admitido

que fosse, nesse vácuo, a atuação do TSE, este, por outro lado, não teria outro critério plausível a seguir que não fosse o desempenho passado dos partidos políticos ou a simples divisão igualitária do tempo, que nenhum ordenamento pratica; fosse ele o desempenho passado nas eleições federais, fosse nas eleições municipais.” (RTJ 166/889).

Assim, nota-se que, nesse caso, mesmo os Ministros que indeferem a cautelar não refutam os argumentos admitidos pelo Relator, reconhecendo a plausibilidade da alegação de que a Constituição foi violada.

Entre as ADIns cuja cautelar foi indeferida por maioria, é provável que não haja nenhuma mais propensa a ser interpretada como uma indevida tentativa de se opor à decisão da maioria do que as duas ADIns referentes às privatizações. A primeira dessas ações, de nº 562, foi ajuizada pelo PSB contra dispositivos da Lei 8.031/90, que instituía o Programa Nacional de Desestatização. No julgamento da cautelar, o Relator, Min. Ilmar Galvão, busca logo no início de seu voto despolitizar a questão:

“Assente-se, por primeiro, que não constitui objeto desta ação a política desestatizante do Governo, a circunstância de haver nela sido envolvida essa ou aquela empresa, nem tampouco os valores eventualmente fixados para a transferência de mão, de controles acionários ou acervos patrimoniais” (RTJ 146/453).

Em seguida, passa a analisar os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para julgar o pedido de suspensão do processo de privatização, considerando que a profundidade do exame do primeiro requisito é determinada pela análise do segundo, já que “importando a medida cautelar, de ordinário, grave restrição ao exercício de direitos e faculdades, não raro também causa danos, por igual irreparáveis ou de difícil reparação” (RTJ 146/454). Essa hipótese aplicar-se-ia ao caso, pois

“se de um lado, foi apontado risco de dano na aplicação da lei que possibilita alienação, tida por indevida, de controle de empresas estatais, de outro, não é difícil vislumbrar efeitos patrimoniais negativos da abrupta interrupção de execução do programa de privatização de empresas (...) Para não falar dos efeitos que medida de tal gravidade acarretará, em termos de abalo de confiança do público interessado na aquisição das empresas postas à venda e, conseqüentemente, nos valores dos lances a serem ofertados.”

Assim, havendo *periculum in mora* em ambas as alternativas, “já não bastará a existência de mera fumaça, exigindo-se, de logo, uma irrefreável tendência à admissão da inconstitucionalidade, para que se possa deferir a liminar” (RTJ 146/454).

Ao voltar-se para a análise dos fundamentos da impetração, o Relator considera que todas as alegações do autor são improcedentes e não merecem maior atenção, à exceção daquela que afirma que a Lei nº 8.031/90, ao dispor, genericamente, sobre a privatização de entes públicos, teria infringido os incisos XIX e XX do art. 37 da CF, que submetem ao princípio da reserva legal a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, e suas subsidiárias. De acordo com o autor, a exigência de autorização legislativa para criação também implicaria autorização legislativa específica para extinção, liquidação, dissolução ou alienação do controle estatal dos entes públicos em referência, já que o que a lei especificamente criou não poderia ser extinto de forma genérica. Esse argumento seria reforçado pelo disposto no art. 173 da CF, que impõe a definição em lei dos critérios de segurança nacional e de relevante interesse coletivo que permitem ao Estado a exploração direta da atividade econômica. Assim, as empresas criadas com o objetivo de exercer essa exploração só poderiam ser extintas ou ajustadas ao novo sistema por meio de lei específica, já que

uma lei genérica, como a questionada, permitiria ao Poder Executivo, isoladamente, dispor sobre aqueles critérios.

Mesmo esses argumentos, entretanto, não foram considerados suficientes para a concessão da cautelar pelo Min. Ilmar Galvão:

“A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração. A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justificava a sua manutenção, a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa” (RTJ 146/456).

O contrário ocorreu com o Min. Sepúlveda Pertence, que deferiu o pedido com base nas seguintes razões:

“(…) parece-me indiscutível a relevância do argumento extraído da combinação do art. 37, XIX e XX, com o *caput* do art. 173 da Constituição. (...) o art. 173 deu à lei um juízo fundamental, o de verificar em que casos, nos termos da própria Constituição, concorrem os ‘imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo’, a impor o controle estatal de determinados setores da atividade econômica. Ora, é evidente que a chamada ‘desestatização’ ou ‘privatização’ de empresas estatais envolve um juízo negativo da concorrência desses ‘imperativos’ que a Constituição considerou e determinou que, quando ocorressem a juízo do legislador, deversem levar à intervenção direta, na ati-

vidade econômica, e ao controle de determinados setores da economia pelo Estado. (...) O eminente Relator viu, no caso, o que temos chamado de risco bilateral. Contudo, na hipótese de que se venha declarar inconstitucional esta delegação indiscriminada da privatização de variadas empresas públicas, vejo que os riscos são de tal dimensão que não creio possível cotejá-los com aqueles, de mera conveniência administrativa, aventados pelo Relator, para o caso de constitucionalidade” (RTJ 146/457-458).

Outro Ministro, Sydney Sanches, também considerou relevantes os fundamentos da ação, mas indeferiu a cautelar por julgar que o perigo da demora no seu deferimento era maior que no seu indeferimento (RJT 146/460).

Também contra a política de privatização, a ADIn nº 1.998 igualmente contou com um voto vencido. O PDT apresentou-a contra o art. 6º da Lei nº 9.648/98 e o art. 6º da Medida Provisória nº 1.819-1/99, que aumentaram para noventa e cento e vinte dias, respectivamente, o prazo para as empresas incluídas em programas de privatização levantarem balanço, modificando o prazo de trinta dias estabelecido no § 1º do artigo 21 da Lei nº 9.249/95 para o caso de empresas que tivessem parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão. O principal argumento apresentado baseava-se na violação do inciso II do § 1º do art. 173 da CF, que estabelece a sujeição das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas. O Relator, Min. Maurício Corrêa, negou o pedido:

“não se pode acolher a alegação de que as empresas públicas sujeitas a *processo de privatização* devem ter o mesmo tratamento dado às empresas privadas submetidas a *processo de incorporação, fusão ou cisão*, visto não estarem sujeitas aos mesmo cânones, como, por exemplo, a publicação de editais e obediência aos seus prazos” (RTJ 172/863).

Mas o Min. Marco Aurélio deferiu a liminar, por entender que a discriminação não era “plausível”, já que o prazo visa evitar um descompasso entre o valor dos bens e direitos apurados e o real valor na data da alienação das ações da própria empresa (RTJ 172/864).

Mas, entre as ADIns em que a cautelar é indeferida por maioria, aquela que melhor expressa que esse tipo de decisão nem sempre significa que o STF considera sem fundamento os argumentos apresentados pelos autores é a de nº 534, ajuizada pelo PSB contra a retenção de cruzados novos estabelecida na Lei nº 8.024/90 (Plano Collor), resultante da conversão da Medida Provisória nº 168/90. O argumento principal do requerente era de que a retenção constituía um empréstimo compulsório, instituído em desrespeito ao art. 148 da CF. O Relator, Min. Celso de Mello, manifestou-se favorável à concessão da cautelar:

“Tenho, pois, como satisfatoriamente evidenciada, em face do exposto, a plausibilidade jurídica da tese sustentada pelo Autor, que demonstrou que as medidas de bloqueio, ora impugnadas, ao converterem o Banco Central em verdadeiro depositário dos recursos financeiros existentes nas contas bancárias, privaram os seus titulares do direito à sua livre movimentação, em clara interferência geradora de ofensa, quer ao direito de propriedade, quer ao ato jurídico perfeito. (...) Analisada, desse modo, Sr. Presidente, a questão concernente ao *fumus boni juris*, resta verificar a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*, a partir da constatação da irreparabilidade e da insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos estatais impugnados, que têm infligido a milhões de depositantes graves prejuízos, geradores, até, de dramáticas situações pessoais (...)” (RTJ 152/708-709).

Tal posição foi acompanhada pelos Ministros Paulo Brossard e Néri da Silveira. Para a maioria, no entanto, apesar da relevância da questão, no exame do *periculum in mora* deveria ser apreciada a situação de ambas as partes envolvidas na relação jurídica. Nas palavras do Min. Ilmar Galvão:

“Há que atentar-se, com efeito, não apenas para o dano que a execução da lei impugnada está causando aos depositantes, mas também para o prejuízo que a suspensão desta poderá acarretar para o interesse público. (...) Comparadas, entretanto, as duas situações, ninguém poderá hesitar em concluir no sentido de que a reparação do dano, no caso, seria muito mais difícil para o Estado, ou, melhor dizendo, para a sociedade, onde se inclui o universo dos depositantes, se devidamente avaliado o risco de precipitação do retorno do processo de aviltamento da moeda, em ritmo de hiperinflação, proclamado pelos entendidos como o mais temido fator de desintegração da economia, e do próprio Estado” (RTJ 152/713-714).

Outro argumento da maioria, apresentado pelo Min. Carlos Velloso, diz respeito ao caráter satisfativo da cautelar no caso, o que causaria dano irreparável ao Estado caso a decisão no mérito fosse diferente, porque “liquídaria com o plano econômico que, bem ou mal, é opção política dos Poderes Executivo e Legislativo” (RTJ 152/716).

O julgamento do mérito dessa ação também é importante por indicar que o indeferimento da cautelar pode impedir que as inconstitucionalidades da lei venham a ser posteriormente sanadas. Neste caso, o STF só veio a se manifestar no mérito um ano após o julgamento da cautelar, quando já se havia completado a devolução dos valores retidos com o Plano Collor. Responsabilizando pelo atraso no julgamento a Procuradoria-Geral da República, o Min. Celso de Mello reconheceu a prejudicialidade, advinda da transitoriedade das normas impug-

nadas, e o pleno exaurimento de seu conteúdo eficaz, decorrente da liberação da última parcela dos cruzados novos retidos:

“A cessação da vigência da lei ou da espécie normativa argüida de inconstitucional inibe, na linha da reiterada jurisprudência desta Corte (...), o prosseguimento da ação direta, desde que inexistam efeitos residuais concretos, decorrentes da aplicação do ato estatal impugnado” (RTJ 152/735).

Em três outros casos, verificamos a prejudicialidade em ADIn cuja cautelar foi indeferida: ADIn nº 562, em virtude da alteração de diversos preceitos da Lei nº 8.031/90 por medidas provisórias, ADIn nº 1.062 (ver *infra*), em virtude do exaurimento da eficácia da norma, e ADIn nº 1.408, pela mesma razão. Essa situação traz o risco de preservação dos efeitos da lei inconstitucional, já que a via incidental não é o meio mais eficaz para saná-los de modo generalizado¹².

Com esses dados, vê-se reforçada a importância da análise de outras duas ADIns, nas quais, ainda que a cautelar tenha sido indeferida por unanimidade, alguns Ministros manifestam concordância com as teses levantadas pelo autor, negando o pedido pela ausência do *periculum in mora*. Na ADIn nº 370, o PDT pedia a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.037/90, que modificava as regras do Código Eleitoral referentes à interpretação da cédula contraditória, favorecendo a contagem do voto para o candidato e não para o partido. Apesar de os Ministros Carlos Velloso, Relator, e Sepúlveda Pertence terem considerado irrelevante o argumento de que esse critério violaria a democracia partidária inscrita na Constituição de 1988, o Min. Paulo Brossard manifestou-se de modo exatamente contrário, indicando sua concordância com a tese, apesar de acompanhar o Relator no indeferimento da cautelar (RTJ 135/15).

O caráter decisivo da análise do *periculum in mora*, mesmo quando há o reconhecimento do *fumus boni juris* no julgamento da

cautelar, fica ainda mais claro na ADIn nº 1.312. Nela, o PT pedira a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8, 9, 10 e 11 da Lei nº 9.069/95, oriunda da Medida Provisória que instituiu o Plano Real, e de suas sucessivas reedições. Tais dispositivos referiam-se à composição do Conselho Monetário Nacional (CMN) e seu modo de deliberação, à composição e competência da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito e criavam outras Comissões Consultivas junto ao CMN. A alegação era de ofensa ao art. 192 da Constituição Federal, já que os dispositivos constituiriam matéria reservada à lei complementar. Em seu voto, o Min. Moreira Alves, Relator, reconhece a plausibilidade da alegação:

“Não deixa de ser relevante o fundamento, para a sustentação da inconstitucionalidade argüida na presente ação direta, segundo o qual o Conselho Monetário Nacional, por integrar o sistema financeiro nacional, está incluído entre as entidades financeiras públicas aludidas no inciso IV do art. 192 da Constituição, e, conseqüentemente, normas que dizem respeito à sua organização e funcionamento devem constar de legislação complementar, o que não teria sido observado com referência aos dispositivos legais ora impugnados. Essa relevância jurídica, no entanto, não tem a intensidade que se faz mister para a concessão dessa medida excepcional que é a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, porquanto, por meio dela, se suspende, por suspeita de inconstitucionalidade, a eficácia *ex nunc* da norma atacada. E não tem a intensidade exigida para essa concessão, porque não deixa de ser relevante, também, a objeção que se lhe opõe no sentido de que na expressão ‘instituições *financeiras públicas*’ não estaria compreendido o Conselho Monetário Nacional, não só porque, pela sua estatura dentro do sistema

financeiro nacional, deveria, como sucede com o Banco Central, ser mencionado expressamente, ao invés de ficar incluído na referida expressão genérica, mas também porque – como acentuaram as informações do Exmo. Sr. Presidente da República – é ele a ‘entidade governamental reguladora do sistema como um todo não podendo ser confundida com as instituições públicas ou privadas a ela subordinadas’” (RTJ 166/132).

No confronto entre esses dois argumentos, o segundo acaba prevalecendo em sede cautelar, também em razão da ausência do *periculum in mora*, já que as alterações no Conselho Monetário Nacional estavam em vigor há um ano, graças às sucessivas reedições da Medida Provisória.

Portanto, nesses dois casos verificamos que, apesar do indeferimento unânime da cautelar, houve o reconhecimento de que os argumentos apresentados podiam ser interpretados como argumentos em defesa da Constituição, o que torna grave a não apreciação do mérito pelo STF, que permitiria uma análise mais completa da questão.

Em outras sete ADIn's, o indeferimento unânime da cautelar significa que nenhum dos membros do STF reconheceu a presença de qualquer inconstitucionalidade nas normas impugnadas. São elas:

a) ADIn nº 55, ajuizada pelo Partido Liberal (PL) contra a Lei nº 7.710/88, que fixava normas para as eleições nos Municípios criados até 15 de julho de 1988 (RTJ 146/3)¹³;

b) ADIn nº 1.062, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL) contra o art. 70 da Lei nº 8.713/93, que vedava, a partir da data de escolha de candidato pelo partido, a transmissão de programa de rádio ou televisão por ele apresentado, bem como a divulgação do nome do programa, sendo este o mesmo que o do candidato (RTJ 157/478);

c) ADIn nº 1.082, ajuizada pelo PSB contra o parágrafo único do art. 7º e o art. 23 da Lei Complementar nº 64/90, que permitia a

apreciação pelo juiz eleitoral de circunstâncias não alegadas pelas partes no julgamento dos casos de inelegibilidade (RTJ 154/807);

d) ADIn nº 1.183, ajuizada pelo PCdoB contra o art. 48 da Lei nº 8.935/94, que autorizava a contratação de escreventes e auxiliares de cartório (RTJ 163/66);

e) ADIn nº 1.813, ajuizada pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN) contra o § 2º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, que vinculava o número de candidatos por partidos às vagas destinadas ao Estado na Câmara dos Deputados (RTJ 167/92)¹⁴;

f) ADIn nº 1.840, ajuizada pelo PT contra o inciso I do art. 189 da Lei nº 9.472/97 e o Decreto nº 2.546/98, Anexo – art. 3º, que determinava a cisão do sistema Telebrás para fins de privatização (RTJ 168/144);

g) ADIn nº 1.878, ajuizada pelo PMDB contra o art. 5º da Lei nº 9.528/97, que estabelecia a aposentadoria dos juizes classistas e dos juizes eleitorais escolhidos entre os advogados de acordo com o regime a que estavam submetidos antes da investidura (RTJ 168/152)¹⁵.

Nesses casos, vale observar que, em três deles, trata-se do pedido de inconstitucionalidade de normas eleitorais, campo em que não é estranho que partidos minoritários busquem uma decisão do STF para melhorar suas posições na disputa eleitoral.

Por fim, há um único acórdão em que temos um julgamento no mérito pelo indeferimento, obtido por maioria, assim como ocorrera com a cautelar. A ADIn nº 829 foi apresentada pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) contra a Emenda Constitucional nº 2, que antecipava para 21 de abril de 1993 a realização do plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, além de estabelecer a data de 1º de janeiro de 1995 para a vigência da forma e do sistema de governo nele definidos. As marcadas divergências manifestadas pelos Ministros nessa ação merecem ser apreciadas. De acordo com o autor, as disposições do ADCT não poderiam ser reformadas e, ainda que o pudessem, a data do plebiscito constituiria um

limite temporal ao poder de reforma. A maioria do STF recusou esses argumentos, como exemplifica o voto do Relator, Min. Moreira Alves:

“Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tendo sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta (...) Ademais, a transitoriedade em si mesma não torna impossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se a exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa de sua transitoriedade, e (*sic*) seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilatar-se o período da transitoriedade.” (RTJ 156/461-462). (...) “A data que, no artigo 2º do ADCT, se estabeleceu para o plebiscito – 7 de setembro de 1993 – indica, claramente, que, com ela, se visa a vincular essa decisão ao procedimento de reforma previsto no art. 3º do ADCT. Essa data, porém, é uma limitação temporal ao próprio procedimento da revisão em si mesmo? Parece-me evidente que não. Ela diz respeito a uma fase preparatória desse procedimento, ainda que condicionante para ele, no tocante à alteração dessas matérias. Mais. Estando a revisão limitada temporalmente pelo artigo 3º, a limitação temporal que não pode ser modificada por emenda é esta e não a de fase preparatória para ela no tocante à forma e ao sistema de governo” (RTJ 156/465).

No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello afirmou:

“(...) a rigidez dos preceitos constitucionais não significa a *perpetuidade*

das Constituições, que são documentos jurídicos *essencialmente mutáveis*, em função, até mesmo, de *novas exigências* políticas, econômicas, culturais ou éticas, ditadas pela própria complexidade, conveniência ou necessidade da vida social. Essa essencial modificabilidade do ADCT sujeita-se à mesma disciplina ritual fixada para o procedimento de reforma das disposições constitucionais permanentes (...). Em princípio, *nada obsta* a reformabilidade dos preceitos consubstanciados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especialmente quando *inocorre* – e é o que me parece evidente na espécie – qualquer situação configuradora de ofensa ao dogma da insuperabilidade dos limites, *explícitos ou implícitos*, que condicionam o exercício da atividade constituinte secundária. (...) A simples alteração de data que foi originariamente fixada para a realização da consulta plebiscitária, por representar um dado meramente secundário, destituído de maior relevo jurídico na definição do alcance do poder de reforma constitucional outorgado ao Congresso, não importou em transgressão a qualquer dos parâmetros que subordinam o válido exercício da atividade constituinte derivada” (RTJ 156/478-480).

No entanto, o Min. Marco Aurélio referendou os argumentos pela inconstitucionalidade da emenda:

“O poder de emenda de que trata o artigo 60 da Constituição Federal refere-se a esta última e, se feita a pergunta acerca dos artigos que a integram, ninguém ousará responder que extravasa os duzentos e quarenta e cinco nela contidos, a revelarem um conjunto de regras permanentes, projetadas no tempo sem balizas que lhe limitem a vigência por período certo. É justamente a indeterminação tem-

poral da vigência das regras que justifica a previsão do poder de emenda. (...) Dir-se-á, e não chego ao extremo de negá-lo, que também os preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias possuem dignidade constitucional. Assim o é. Contudo, nem por isso deixam de consubstanciar corpo distinto da Carta em si, que é o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, conjunto de normas nascidas para vigor por período certo, a pressupor uma definição política que não se coaduna com alteração a ser perpetrada por poder diverso daquela que a formalizou. (...) Desde logo, assentou-se o exaurimento de efeitos, o que equivale dizer, em palavras de compreensão mediana, que as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias surgiram por força de circunstâncias reinantes em um certo período, a exigir tratamento diferenciado e definitivo que necessariamente há de ocorrer” (RTJ 156/468-469).

A mesma posição foi manifestada pelo Min. Carlos Velloso:

“Senhor Presidente, os artigos 2º e 3º do ADCT não podem ser alterados pelo poder constituído, porque se referem ao próprio limite formal, contêm matéria relativa ao processo de revisão. As matérias relativas ao processo de emenda ou de revisão são intangíveis, não podem ser alteradas pelo poder de revisão, que é poder constituído. (...) Finalmente, se é certo que o constituinte derivado não pode alterar a forma da consulta plebiscitária, nem suprimi-la, segue-se que também não é possível a alteração da data em que será ela realizada, data fixada expressamente na Constituição. É que, com tal modo de proceder, estaria o poder constituído modificando, indiretamente, a forma da consulta plebiscitária, certo que a alteração

da data do plebiscito constituiria alteração substancial e não apenas formal da decisão fundamental” (RTJ 156/474 e 476).

Por fim, ainda que admitindo a reforma de disposições do ADCT, o Min. Sepúlveda Pertence também julgou inconstitucional a alteração da data do plebiscito:

“Não se trata, a meu ver, *data venia*, apenas de assegurar um intervalo de estabilidade às instituições ditas em 1988, mas também de reclamar um período de maturação a qualquer proposta reformista, a exigir o trânsito desses cinco anos da promulgação até o início da revisão. (...) O plebiscito constituiu-se na devolução à manifestação popular de decisões fundamentais a serem concretizadas na revisão, e o Constituinte quis, por isso, que a consulta plebiscitária se fizesse, portanto, o mais próximo possível do quinquênio que se reputou necessário para o início da revisão pelo Congresso Nacional. (...) faz parte do conteúdo, do objeto dessa revisão constitucional, fixar-lhe o início da vigência; a emenda constitucional, no entanto, antecipa essa decisão – instituindo uma *vacatio constitutionis* –, que, a meu ver, repito, se compreende no âmbito material da revisão confiada ao Congresso, após 5 de outubro de 1993” (RTJ 156/484).

2.3. ADIns deferidas

Entre as ADIns examinadas, sete delas tiveram a cautelar deferida total ou parcialmente, sempre por unanimidade e sem manifestações a favor da constitucionalidade da norma. Considerando essa característica, faremos apenas uma breve exposição dos argumentos que fundamentaram as decisões:

a) ADIn nº 447, ajuizada pelo PSB contra a Lei nº 8.155/90, que instituía a Taxa de Conservação Rodoviária. O STF acolheu o pedido de cautelar considerando que o fato

gerador do tributo seria a aquisição de combustível líquido, o que violaria a imunidade relativa das operações relacionadas a combustíveis estabelecida no art. 155, § 3º, da CF. Vale observar que, no julgamento do mérito, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso refutaram essa tese, indeferindo a ação (RTJ 145/744 e RTJ 145/15);

b) ADIn nº 513, ajuizada pelo PDT contra o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.134/90, que estabelecia o coeficiente de correção monetária do imposto de renda a pagar ou a restituir. O STF deferiu a cautelar por violação dos princípios da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III, *a e b*, da CF) mantendo a decisão no mérito (RTJ 141/723 e RTJ 141/739);

c) ADIn nº 1.382, ajuizada pelo PL contra o § 2º do art. 73 da Lei nº 9.100/95, que estabelecia o prazo de doze meses antes das eleições para que os agentes políticos municipais transferissem seu domicílio eleitoral para outro município. O STF deferiu a cautelar considerando que, ao entrar em vigor um dia antes do prazo estabelecido, a lei colocava em risco a segurança do processo eleitoral (RTJ 159/435)¹⁶;

d) ADIn nº 1.459, ajuizada pelo PT contra a Lei Complementar nº 86/96, que criava a ação rescisória eleitoral e possibilitava o exercício do mandato eletivo até seu trânsito em julgado, aplicando a lei também às decisões havidas até cento e vinte dias anteriores à sua vigência. O STF deferiu parcialmente a cautelar, considerando constitucional a criação da ação rescisória, mas suspendendo os demais preceitos, por violação da coisa julgada e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF). A decisão foi mantida no mérito (RTJ 166/432 e RTJ 169/15);

e) ADIn nº 1.620, ajuizada pelo PT contra o *caput* do art. 54 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que estabelecia planos de carreira e regime jurídico especiais para o pessoal das universidades públicas. O STF deferiu parcialmente a cautelar para, utilizando a interpretação conforme a Constituição, considerar incluí-

dos nesse dispositivo apenas os integrantes do magistério, excluindo da abrangência da lei o pessoal burocrático, por violação do art. 39, *caput*, da CF (RTJ 164/548);

f) ADIn nº 1.627, ajuizada pelo PT contra vários dispositivos da Lei nº 9.424/96, que regulava o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). O STF deferiu parcialmente a cautelar para suspender a eficácia das expressões constantes no art. 9º, *caput*, e art. 10, II, que impunham prazos aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem sobre os Planos de Carreira e Remuneração do Magistério, por violação da autonomia federativa (RTJ 170/432);

g) ADIn nº 1.770, ajuizada pelo PDT e PCdoB contra o § 1º do art. 453 da CLT, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, e contra o art. 11 da mesma lei, referentes à aposentadoria espontânea dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. O STF deferiu parcialmente a cautelar, por violação dos preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia da percepção dos benefícios previdenciários, já que a nova redação pressupunha a extinção do vínculo empregatício em decorrência da aposentadoria espontânea. Quanto ao art. 11, que estabelecia regras transitórias desse regime, o STF julgou prejudicado por perda de objeto (RTJ 168/128)¹⁷.

3. Conclusões

Neste estudo, verificamos que, apesar de somente sete das ADIns ajuizadas pelos partidos políticos terem sido deferidas, o que indica um baixo índice de êxito (24%) nessas ações, o mesmo número de sete ADIns compreende aquelas em que, no julgamento da cautelar, nenhum dos membros do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma ou reconheceu a presença do *fumus boni juris* na ação.

Assim, de acordo com os critérios utilizados, pode-se dizer que somente nessas sete

ações não se verifica a atribuição do sentido de defesa da Constituição pelo STF. Nas demais ações cuja cautelar foi indeferida, e naquela que foi julgada improcedente, há o reconhecimento, por uma parte do Tribunal, da presença de fundamentos constitucionais na argumentação apresentada pelos autores, o que indica a plausibilidade da alegação de que a Constituição fora violada.

Além disso, vale ressaltar a importância de algumas das ADIns deferidas pelo STF, que tratam de matéria constitucional cuja violação pelo Legislador é particularmente grave, tais como normas eleitorais (ADIns nºs 1.382 e 1.459), autonomia dos entes federativos (ADIn nº 1.627) e garantias do contribuinte (ADIns nºs 447 e 513). Por outro lado, mesmo quando os direitos que estão sendo defendidos pelos partidos podem ser classificados como interesses corporativos, também encontramos casos em que o STF decidiu cautelarmente que tais direitos estavam assegurados pela Constituição (ADIns nºs 1.620 e 1.770).

Em conclusão, a pesquisa indica que, de acordo com os julgados do STF, as ADIns apresentadas pelos partidos políticos no período são mais bem interpretadas como ações em defesa da Constituição, já que, em sua maioria, ofereceram argumentos que assim foram compreendidos ao menos por uma parte do Tribunal. Portanto, essa específica dimensão da judicialização da política no Brasil tende a responder a possíveis violações da Constituição cometidas pela maioria política, o que demanda um Tribunal Constitucional mais ativo no exercício de sua competência.

Notas

¹ Pode-se considerar que os primeiros passos para a implantação do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento foram dados pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2º), que submetia à apreciação da Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, a lei federal que houvesse decretado intervenção no

Estado-Membro para garantir a observância dos princípios constitucionais do art. 7º, I. A Constituição de 1946 aperfeiçoou o instituto, exigindo como pressuposto da intervenção federal, no caso de violação dos princípios constitucionais do art. 7º, VII, a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8º, parágrafo único). Mas o marco do sistema concentrado no Brasil é a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que estabeleceu a competência do STF para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”, inovação mantida pela Constituição de 1967 (art. 114, I, I).

² A não atribuição de legitimidade ativa aos órgãos dos Estados-Membros no Brasil nos permite levantar a hipótese de que a criação do controle concentrado de constitucionalidade, pela Emenda Constitucional nº 16, teve como objetivo reforçar a centralização política do regime militar, estabelecendo um mecanismo de controle do exercício das competências das Assembléias Legislativas. O grande número de representações de inconstitucionalidade apresentadas contra leis estaduais (MENDES, 1996, p. 75) é um indicador da validade dessa hipótese.

³ Em sua clássica réplica a Carl Schmitt, KELSEN (1995, p. 50-57) já indicava a importância da justiça constitucional para a solução dos conflitos entre maioria e minoria parlamentar.

⁴ A preocupação em proteger a Constituição perante ao Poder Legislativo é uma característica da experiência constitucional norte-americana, que se relaciona com a luta desenvolvida pelos colonos americanos contra o Parlamento inglês em defesa de seus direitos. Cabe lembrar que o modelo de constitucionalismo gerado pela Revolução Francesa, ao contrário, colocava o Parlamento como o defensor da Constituição, já que as leis por ele elaboradas expressavam a vontade geral. As diferenças entre os dois modelos de constitucionalismo são analisadas por VALDÉS (1998).

⁵ Essa inadequação do modelo conversacional de interpretação às práticas sociais também se explica porque elas tanto criam quanto pressupõem uma distinção crucial entre a interpretação dos atos e pensamentos dos participantes um por um e a interpretação da própria prática, ou seja, daquilo que os participantes fazem coletivamente. Assim, são os próprios participantes que distinguem entre o que eles pensam da prática e o que ela significa.

⁶ Como veremos abaixo, mesmo em decisões unânimes que indeferem o pedido de cautelar, o STF pode vir a reconhecer a presença do *fumus boni juris* na argumentação dos autores.

⁷ No caso dos Tribunais Constitucionais europeus, essa pluralidade é garantida, basicamente, pela participação do Parlamento na escolha dos

juízes, por meio de maiorias qualificadas. Mas, mesmo no Brasil, em que a indicação do Presidente da República costuma ser referendada pelo Senado, o Supremo Tribunal Federal era composto, ao final de 2002, por Ministros nomeados por seis diferentes Presidentes da República: Ernesto Geisel (1), João Figueiredo (1), José Sarney (2), Fernando Collor (3), Itamar Franco (1) e Fernando Henrique Cardoso (3).

⁸ O caráter recorrente do debate sobre a legitimidade da justiça constitucional – que implica uma reflexão sobre os limites do controle judicial de constitucionalidade – demonstra o questionamento que essa instituição recebe a partir de argumentos democráticos. Além dos autores já citados, algumas das discussões mais relevantes sobre o tema encontram-se em CAPPELLETTI (1984) e MOREIRA (1995).

⁹ Vale observar que, mesmo nesse modelo, as Constituições também incorporam valores substantivos, não sendo correto tratá-las como Constituições “neutras” (cf. SUNSTEIN, 1993).

¹⁰ Vale observar que, sendo o objetivo do controle concentrado a defesa da Constituição, esta poderia ser mais bem atendida com a extensão da declaração de inconstitucionalidade, por conexão ou consequência, a dispositivos da mesma lei que não foram impugnados, como reconhece o ordenamento espanhol (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 39.1)

¹¹ Como a jurisprudência sobre a inépcia da ação direta contra normas anteriores à Constituição não contou com a concordância de todos os membros do STF, a unanimidade nessa ADIn representa apenas a aceitação pela minoria da posição firmada pela maioria. Para uma crítica dessa jurisprudência, conferir MAUÉS e COLARES (2002).

¹² Essas informações foram colhidas na página do STF (www.stf.gov.br) em 13/1/2003. De acordo com a mesma base de dados, as seguintes ADIns com cautelar indeferida não haviam tido julgamento definitivo até aquela data (os parênteses informam a última movimentação processual relevante): ADIn nº 370 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela prejudicialidade, em 04/12/2001); ADIn nº 688 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 14/05/02); ADIn nº 1.082 (incluída em pauta em 04/12/02); ADIn nº 1.183 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 08/03/2002); ADIn nº 1.312 (recebido o Parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 12/09/2001); ADIn nº 1.840 (recebido o Parecer da Procuradoria-Geral da República, pelo indeferimento, em 16/11/2001); ADIn nº 1.998 (vistas ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da Repúbli-

ca em 15/2/2000). Deve-se observar que, na maioria dos casos, a demora no julgamento deve-se ao tempo gasto para a manifestação da Procuradoria-Geral da República: 97 meses na ADIn nº 370, 89 meses na ADIn nº 1.062, 81 meses na ADIn nº 1.082, 76 meses na ADIn nº 1.183, 69 meses na ADIn nº 1.312 e 37 meses na ADIn nº 1.840.

¹³ Esta ADIn teve negado seguimento em 31/01/1995, por ausência de regularização da representação processual. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁴ Esta ADIn teve negado seguimento em 13/03/2002, por perda da legitimidade ativa decorrente da perda superveniente de representação no Congresso Nacional. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁵ No julgamento do mérito dessa ação, ainda em curso, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira julgaram-na procedente. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁶ Essa ADIn foi julgada prejudicada pela Relatora, por perda do objeto, em 1.8.2002. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁷ Essas três últimas ações ainda não tiveram julgamento definitivo. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

Bibliografia

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrî: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrî: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Londres: Fontana Press, 1991.

FAVOREU, Louis. Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle. *Annuaire international de justice constitutionnelle*. Paris, v. IV, p. 51-66, 1988.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Bantam Books, 1982.

- KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAUÉS, Antonio Moreira; COLARES, Patrick Menezes. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. *Plúrima: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, Porto Alegre, n. 6, p. 173-188, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: BRITO, J. Souza et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- SWEET, Alec Stone. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, G.; FRANÇOIS, B.; MOLFESSIS, N. (Org.). *La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro

Estudo de caso

Osvaldo Agripino de Castro Jr.

Sumário

Introdução. 1. Direito Comparado. 1.1. Microcomparação. 1.2. Macrocomparação. 1.3. Elementos determinantes. 2. Direito e desenvolvimento. 2.1. Conceito. 2.2. A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento ao ensino jurídico. 3. Sugestões para a reforma do sistema judicial brasileiro à luz da comparação com os elementos determinantes do sistema norte-americano. 3.1. Organização judiciária. 3.2. O método jurisdicional de resolução de conflitos. 3.3. O papel do Supremo Tribunal Federal na construção da segurança jurídica. 3.4. Os métodos alternativos de resolução de conflitos. 3.5. Os órgãos que colaboram para a eficiência do sistema judicial. 3.6. Os Juizados Especiais. 3.7. O papel da advocacia. 3.8. O processo de seleção e controle da atividade dos juizes. 3.9. Os movimentos de reforma judicial. 3.10. Aspectos processuais. 3.11. Sistema judicial e supranacionalidade. Conclusão.

“Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido) significa aumentar o seu próprio horizonte e sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.”

(Tulio Ascarelli)

Osvaldo Agripino de Castro Jr. é Advogado e consultor, Doutor em Direito (UFSC), *Visiting Scholar* na *Stanford Law School*, professor da Faculdade de Direito do CESUSC e convidado da FGV-RJ. Coordenador Geral do Instituto Brasileiro de Direito e Desenvolvimento (IBRADD).

Introdução

A crise do sistema judicial brasileiro, agravada no mês de março de 2003 pelos assassinatos de dois juizes estaduais, um

em São Paulo e outro no Espírito Santo, que atuavam com execução penal, e pela percepção de insegurança e medo da população brasileira, especialmente nos grandes centros urbanos, em face da ação impune do crime organizado¹ e dos atentados a órgãos públicos do Estado do Rio de Janeiro, como prédio da Prefeitura Municipal e Delegacia Policial, exige respostas que requeiram políticas públicas de reforma desse sistema.

Por sua vez, o ensino de direito e a pesquisa jurídica no Brasil têm dado poucas alternativas ou sugestões para a reforma do sistema judicial, sendo o pouco uso de estudos comparativos uma das causas dessa carência de propostas para o aperfeiçoamento da Justiça. Assim sendo, o presente artigo objetiva introduzir e conceituar o Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento em face da relevância como método científico e disciplina, respectivamente, e contribuir para a transformação da justiça brasileira. Nesse sentido, na primeira parte, tratar-se-á do conceito de Direito Comparado e suas características básicas, como micro-comparação, macrocomparação e elementos determinantes, para, na segunda parte, abordar-se o Direito e Desenvolvimento e, na parte final, discorrer-se sobre a importância de tais ferramentas ao ensino jurídico. Na terceira e última parte, serão feitas sugestões para a reforma do sistema judicial brasileiro à luz da comparação com o sistema norte-americano.

1. Direito Comparado

A justificativa do estudo e uso do Direito Comparado decorre de o mesmo ser uma ferramenta útil à reforma² da legislação e do sistema judicial (Cf. DE CRUZ, 1999, p. 18)³, bem como, de acordo com Ehrmann (apud DE CRUZ, 1999, p. 11), à integração de sistemas econômicos, uma vez que somente a análise de uma variedade de culturas e sistemas judiciais, jurídicos e econômicos demonstra o que é fundamental e conceitual-

mente necessário para um sistema, ou que é acidental, mais do que necessário; o que é permanente, mais do que modificável nas normas jurídicas e instituições judiciais; e o que caracteriza as crenças e valores que fundamentam. Desse modo, por meio da comparação, poder-se-á descobrir alternativas e percepções que venham a colaborar para a melhoria do sistema doméstico. Trata-se de um método que proporciona não somente soluções alternativas para serem usadas em reformas do sistema judicial, mas também um melhor entendimento do sistema doméstico.

O Direito Comparado, ao contrário da maioria dos temas estudados por advogados, não é um conjunto de regras e princípios. Comparar, mais do que um método de análise do direito, de um processo de estudo das relações dos sistemas judiciais e suas regras, requer um conhecimento maior do que as regras de outros países. Comparar sistemas judiciais e jurídicos, bem como conceitos, é também uma avenida para novas percepções acerca do sistema judicial e jurídico do próprio pesquisador, de modo que é ferramenta de indispensável valor para juristas, cientistas sociais e operadores do direito, porque conduz ao enriquecimento do conhecimento, que é preexistente do próprio direito, proporcionando um maior entendimento e agilidade intelectual no direito, bem como mudanças positivas nos direitos material e formal (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 333-4).

Quando se trata de definir Direito Comparado, cabe a questão: qual é a sua natureza? É um ramo do direito, como o Direito de Família, Direito Marítimo ou Direito Penal, ou, mais profundamente, tendo em vista que o direito é algumas vezes definido como um conjunto de regras, há algum conjunto de normas conhecido como Direito Comparado? A resposta às perguntas é negativa, pois, como um objeto acadêmico, não tem um núcleo de áreas temáticas e não se trata de um ramo de direito material. Ao contrário, de acordo com Zweigert e Kötz (apud DE

CRUZ, 1999, p. 3), caracteriza-se como “uma atividade intelectual com o direito como seu objeto e a comparação como seu processo”.

Trata-se de estudo da relação entre sistemas judiciais ou entre regras de mais de um sistema no contexto de uma relação histórica. Segundo Watson (apud DE CRUZ, 1999, p. 6), analisa-se a natureza do direito e do desenvolvimento jurídico, por meio da Sociologia do Direito e da História do Direito⁴, como ferramentas essenciais para atingir o seu objeto. É que a Sociologia do Direito e o Direito Comparado estão empenhados em descobrir a extensão com que o direito influencia e determina o comportamento do ser humano e o papel exercido pelo direito na organização social (Cf. DE CRUZ, 1999, p. 10). O seu objeto não é uniformizar a individualidade de um sistema, mas aperfeiçoar a análise, para evitar a imitação cega ou preconceito, pois, no caso de recepção, esta deve ser uma recriação, porque o Direito Comparado enriquece os sistemas judiciais e jurídicos e não os empobrece (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 422).

É essencialmente um método de estudo mais do que um conjunto de regras, que usa a ciência social, considerando os dados obtidos não somente como uma parte do método, mas como elementos que formam um corpo separado de conhecimento. Inexiste um padrão para o Direito Comparado, mas deve ser feito um esforço, inclusive para o conhecimento da língua do país cujo elemento é comparado, para descobrir os detalhes de certos aspectos de um ou mais sistemas judiciais e jurídicos e obter proveito de tal conhecimento, por meio das semelhanças e diferenças, o que é pré-requisito do método comparativo: beneficiar-se da comparação para mudar o que está sendo comparado (Cf. REITZ, 1998a, p. 620).

A maioria dos profissionais faz comparação quotidianamente, todavia, de forma inconsciente. A comparação não traz somente novas idéias ao cenário, mas pode mostrar também como diferentes sistemas usam as suas ferramentas metodológicas, poden-

do conduzir a surpreendentes e úteis idéias e resultados (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 370). Contudo, para pesquisar outras culturas é necessário não ter os preconceitos que podem ser adquiridos na cultura do próprio sistema doméstico. Assim, em termos metodológicos, todos os esforços devem ser feitos para abordar uma cultura jurídica diversa tal como um antropólogo aproxima-se e estuda uma civilização alienígena (Cf. CURRAN, 1998a, p. 661).

O Direito Comparado normalmente dedica um esforço substancial para explorar o grau que existe ou inexistente acerca de elementos comparativos equivalentes relevantes para o objeto do estudo no outro sistema que será comparado. Em regra, no final, poucos elementos ou instituições, às vezes nenhuma, possuem termos equivalentes precisos, ainda que haja muitas instituições que sejam profundamente similares ou similares de alguma maneira: a análise comparativa do direito ocorre na tensão entre esses dois extremos (Cf. REITZ, 1998, p. 622). Por sua vez, o moderno Direito Comparado usa várias disciplinas para atingir o seu objeto. Eclético na sua seleção, reconhece a importante relação entre Direito, História e cultura, e opera com uma metodologia que considera cada sistema jurídico e judicial como uma especial combinação do espírito do seu povo, sendo produto de várias interconexões e interações dos eventos históricos, que produzem um determinado caráter e ambiente nacional (Cf. REITZ, 1998, p. 6).

A metodologia comparativa para o estudo do direito nos currículos das Faculdades de Direito norte-americanas já era defendida por Roscoe Pound (1934, p. 161), que foi um grande advogado do método como ferramenta científica indispensável para a ciência jurídica do futuro e que inclusive defendia a comparação com o *civil law*, a ser efetuada por professores e pesquisadores. Em 1992-1993, cerca de 445 cursos de Direito Comparado estavam listados no *The Association of American Law Schools Directory of Law Teachers* (apud KOZYRIS, 1994,

p. 169), o que é um dado importante e revela a difusão que tal disciplina vem tendo nos Estados Unidos⁵, nação líder na eficiência de contratos internacionais empresariais com forte impacto na globalização da economia.

Agindo com o Direito Comparado, o profissional do direito salta para fora do seu ambiente doméstico e intelectualmente entra num mundo novo e diverso, amplia o seu horizonte intelectual, torna-se analiticamente melhor preparado, mais flexível e aberto para tratar temas complexos dentro do seu próprio sistema jurídico. Também ganha habilidade para entender com profundidade aspectos típicos do seu sistema. Essa distância do seu íntimo e familiar sistema jurídico proporciona uma perspectiva que capacita o comparativista a obter uma visão crítica mais ampla, tornando-se uma vantagem (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 344), além de, pelo contraste, resolver com mais segurança problemas político-jurídicos e econômicos.

Relativizar políticas diferentes para ambos os sistemas, com base em valores culturais e morais, é um bom procedimento para evitar tendências totalitárias, o que faz com que o Direito Comparado tenha uma função relevante, pois abre a sociedade para o novo e aumenta o arsenal de alternativas para solucionar tal problema. Isso ocorre porque o direito doméstico, em regra, sempre atua de forma limitada para tratar os seus problemas. Assim, ao estudar sistemas jurídicos e judiciais de países com regimes totalitários, além das estruturas formais, o Direito Comparado pode revelar a existência de diversidade e alternativas pertinentes, mostrando que não há verdades simples. De acordo com Ralph Dahrendorf (apud SCHADBACH, 1998, p. 348), o mencionado método informa os cidadãos e contribui para uma sociedade aberta.

O Direito Comparado é imprescindível para a criação ou alteração de um determinado instituto jurídico, pois, segundo Losano (1978, p. 27),

“como um critério mais concreto de avaliação consiste em ver quais as regras com que uma dada estrutura social administra as suas relações econômicas e em constatar até que ponto aquelas regras cumprem as tarefas que lhes são impostas por aquela sociedade: só assim se evitam transferências gratuitas de conceitos de uma cultura para outra, como se todas fossem homogêneas e como se uma fosse melhor do que as outras”.

A ciência do Direito Comparado é produto do encontro de dois fenômenos importantes: i) o alargamento do horizonte histórico e científico, sem o qual, o Direito Comparado não ultrapassaria os limites de uma simples curiosidade científica; ii) a radical e cada vez mais acelerada transformação do mundo, pois sem a percepção dessa transformação, sem a compreensão do seu significado, o Direito Comparado seria condenado a ser simplesmente um método. Assim, a necessidade de precisar e aprofundar esses fenômenos indica a perspectiva na qual se situa o Direito Comparado (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 9).

O movimento do Direito Comparado, iniciado após a Segunda Guerra Mundial, decorreu do processo que os países sofreram para melhorar as suas estruturas políticas e econômicas, numa busca de aperfeiçoamento das suas constituições e democracia liberal, por meio do Direito Constitucional Comparado, que se iniciou com o *judicial review* e se expandiu para os direitos civis, políticos e humanos. Por sua vez, com a formação da União Européia e a desintegração dos Estados do bloco soviético, o federalismo comparado tem se tornado um tópico fascinante e complexo, de modo que o Direito Público Comparado torna-se mais difícil porque requer não só conhecimento técnico, mas também uma habilidade para se aprofundar nos temas políticos de diversos contextos sociais (Cf. KOZYRIS, 1994, p. 171). No que tange ao processo de unificação européia, Constantinesco (1974, p. 32)

já vislumbrava essa transformação: “As necessidades de ordem econômica têm sempre se constituído no principal motor da unificação internacional”.

Ambas as ordens são pela centralização e contra os particularismos; pela segurança jurídica e contra a desordem; articulam-se entre si e uma ajuda no progresso da outra. Todavia, essa observação é particularmente exata, pois o direito é orientado na direção da prática e elaborado de maneira pragmática, por um corpo de juristas, cada vez mais estruturado socialmente em castas mais ou menos fechadas (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 25). Se o papel do direito é ordenar as relações sócio-econômicas, constata-se que seu objeto é submetido a uma transformação contínua e a uma evolução constante.

Embora possam ter iniciado antes, os precursores do Direito Comparado mais conhecidos são os suecos e finlandeses. Estes criaram uma universidade em Turku, Finlândia, em 1640, e tomaram o estatuto da Universidade de Uppsala, Suécia, que obrigava os professores a desenvolver o seu ensino de maneira comparativa. Por isso, alguns professores trocaram correspondências sobre o Direito sueco e romano e faziam comparações com outras ordens jurídicas daquela época. Por outro lado, até o final do século XVII, foram os ingleses aqueles que mais examinaram o direito de forma crítica, com a ajuda do método comparativo (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 53-4), possivelmente com o objetivo de conhecer mais detalhadamente novas ordens jurídicas para facilitar a expansão do império anglo-saxônico.

Aplicar o método comparativo para aperfeiçoar o direito doméstico é uma questão de política jurídica ou legislativa e só existirá se houver comparativistas, pois não há Direito Comparado sem aquele que faça a comparação. Como exemplo brasileiro de estudo de Direito Comparado, pode-se citar as pesquisas efetuadas para a elaboração da Constituição Federal de 1891, a primeira

constituição federativa republicana, em que se estudou o constitucionalismo norte-americano para subsidiar os debates naquela assembléia constituinte. Nesse sentido, Constantinesco (1974, p. 133) menciona que, ao longo do século XIX, os países da Europa Oriental e da América do Sul que conquistaram sua independência recorreram “(...) senão ao Direito Comparado, ou pelo menos ao direito estrangeiro, para concretizarem as suas autonomias e suas identidades legislativas introduzindo, parcial ou totalmente, códigos europeus tais como os códigos francês, italiano, português ou espanhol”.

Para avaliar as vantagens intelectuais obtidas com o uso do Direito Comparado, de acordo com Kai Schadbach, é necessário distinguir as partes do conhecimento e entendimento adquiridas com essa disciplina, de modo que, como o conhecimento, por si mesmo, pode ser medido imediatamente pela quantidade de informação reunida, os benefícios do entendimento são principalmente dependentes do indivíduo e considera a seguinte fórmula :

$$B = K + \nabla fn + U$$

Onde :

B = benefício intelectual do Direito Comparado

K = conhecimento

U = entendimento, e

∇fn = variáveis dos fatores

$fn = f1 + f2 + \dots + f5$

De acordo com tal fórmula (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 361), os benefícios intelectuais do Direito Comparado são decorrentes da soma do novo conhecimento e os acréscimos marginais no entendimento do seu próprio sistema, dependendo dos fatores circunstanciais e individuais [fn], formando a variável [∇]. Quanto mais fortes esses fatores, mais eficiente é o estudo do Direito Comparado. Os benefícios intelectuais do uso do Direito Comparado aumentam na medida em que os cinco fatores são preenchidos. Tais fatores de avaliação não são exclusivos e mostram a possibilidade

de serem mais eficientes, dependendo do comparativista e do sistema comparado. A magnitude do aumento do entendimento é representada por ∇ e depende, primeiro, da familiaridade do comparativista com o seu próprio sistema [f1], de modo que quanto maior o seu entendimento, maior a habilidade para reconhecer temas e institutos para serem comparados (elementos comparativos). O seu conhecimento preliminar é a base para a justaposição com o sistema estrangeiro. Pode-se inferir que é útil, senão imprescindível, conhecer o seu próprio sistema e ver as suas fraquezas diante de outro sistema cujo desempenho seja melhor.

O segundo fator que afeta o valor de ∇ é a flexibilidade intelectual [f2] do comparativista. Tal fator poderia efetivamente trabalhar contra o primeiro fator em relação à eficiência do estudo do Direito Comparado: quanto mais cedo o advogado ou pesquisador estudar Direito Comparado, por exemplo, maior será a quantidade das suas decisões que estarão livres de valores e idéias pré-concebidas (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 361). O terceiro fator é a variável da similaridade [f3] dos sistemas comparados, e a transferência de conceitos é facilitada quando o anfitrião (sistema doméstico) aceita o transplante. Todavia, segundo Franz Werro, dependendo da região pesquisada, a aceitação ocorre mais provavelmente quando os sistemas comparados compartilham fatores sócio-culturais, econômicos ou políticos (apud SCHADBACH, 1998, p. 361). O quarto fator [f4] é a distância estrutural entre o sistema doméstico e o sistema comparado, de modo que se denomina intra-sistemática quando a comparação é entre sistemas da mesma família; todavia, a comparação entre sistemas de famílias diferentes também pode ser efetuada (extra-sistemática).

A desvantagem da comparação intra-sistemática é que, freqüentemente, ela não proporciona novas visões e a distância necessária para propor reformas no seu sistema doméstico, embora tenha como vantagem principal a facilidade de recepção dos

institutos pesquisados, pois o corpo jurídico é o mesmo, o que facilita o transplante (recepção). Por outro lado, a comparação extra-sistemática ainda aguarda maior difusão e exploração intelectual. O quinto fator [f5] é um parâmetro de relativa eficiência e sofisticação, pois depende da elaboração, estrutura e coerência do sistema judicial e jurídico, de modo que critérios como custos judiciais, efetividade e segurança jurídica são usados para tal cálculo (Cf. SCHADBACH, 1998, p. 364-5).

A metodologia do Direito Comparado, de acordo com Mattei (1998), tem se consolidado como muito útil para o Direito e Economia (*Law and Economics*), particularmente quando pode suprir a análise econômica como uma reserva de alternativas institucionais, que não são meramente teóricas, mas testadas realmente pela história do direito. Além disso, Mattei discute os horizontes que podem ser abertos para os estudos de Direito Comparado, por meio do Direito e Economia e outras ciências sociais⁶, nesta fase de aumento da interdisciplinariedade no ensino jurídico. Campos de conhecimento como Antropologia⁷, Linguística, Filosofia, História e Ciência Política têm muito a oferecer (Cf. MATTEI, 1998, p. 709-718).

Enfim, num mundo em constante e rápida transformação, em que mudanças estão geralmente associadas à difusão/aceitação de desenvolvimento de modelos neoliberais, orientados para o mercado, tais como as reformas da legislação comercial de vários países e o avanço do supranacionalismo, entre outras, a necessidade de muita cautela na comparação torna-se mais evidente. Assim, a importância da análise comparativa é exigida dentro do estudo interpretativo das constelações de fatores econômicos, políticos, históricos, culturais e até religiosos, de forma que a inadequação da comparação pode causar um efeito ao sistema pior do que a situação anterior à comparação. Essa metodologia se torna cada vez mais estimulante, pois demanda um mergulho na cultura jurídica do sistema ou instituto pes-

quisado, bem como requer maior sensibilidade do comparativista para captar a diversidade histórica, particularmente quando está escondida ou é declarada irrelevante pela simultaneidade e convergência das mudanças usando os mesmos conhecimentos e discursos transnacionais (Cf. SANTOS, 1995, p. 268).

1.1. Microcomparação

Um aspecto relevante da comparação é a divisão entre micro e macrocomparação, tendo em vista que, para conhecer o conjunto, a totalidade do sistema comparado, é importante conhecer as células que compõem tal tecido. Assim sendo, é preciso mudar de escala de observação para melhor entender as características das estruturas estudadas. Dessa forma, é importante sair da micro para a macrocomparação, pois o objeto da ciência do Direito Comparado não deve ser um microfato ou um elemento jurídico isolado e, sim, as estruturas das ordens jurídicas estudadas, pois o objeto da comparação é descobrir os elementos que caracterizam as ordens jurídicas, ou seja, o seu núcleo central (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 210).

O objeto da microcomparação é obter e acumular observações parciais de partículas elementares ou microelementos que formam as ordens jurídicas, mas é dever da ciência do Direito Comparado reduzir a sua multiplicidade labiríntica, enquadrando-as, classificando-as e ordenando-as mesmas em novas categorias a fim de explicar a pluralidade de fatos em relação à unidade das regras e das novas leis (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 211). Enfim, refere-se ao estudo de tópicos ou aspectos de dois ou mais sistemas judiciais ou jurídicos e, de acordo com Peter de Cruz (1999, p. 228), entre os tópicos possíveis escolhidos para a microcomparação, podem estar: i) as instituições ou conceitos peculiares aos sistemas; ii) as fontes de direito, sistemas judiciais, profissões jurídicas ou até a estrutura do sistema jurídico; iii) os vários ramos do di-

reito doméstico (nacional); iv) o desenvolvimento histórico dos sistemas jurídicos; e v) as bases ideológicas, sócio-jurídicas e econômicas do sistema.

1.2. Macrocomparação

A macrocomparação tem como objeto o estudo de duas ou mais grandes estruturas judiciais, especialmente das ordens jurídicas. Como exemplos de macrocomparação, podem ser citados os estudos comparados dos sistemas judiciais de dois países, dos sistemas partidários e dos sistemas eleitorais. Por sua vez, quando se compara as leis de organização judiciária de um sistema judicial, faz-se a microcomparação, pois auxiliará a macrocomparação, o estudo comparado do sistema judicial. Enfim, uma proveitosa comparação deve envolver mais do que a comparação de preceitos legais e incluir a comparação de sistemas de direito como sistemas.

1.3. Elementos determinantes

No Direito Comparado, os chamados elementos determinantes têm sua importância mais genérica, central e relevante, pois são a constituição econômica, a ideologia oficial, o princípio da separação ou unidade do poder no Estado, as relações de certeza ou incertezas que ligam o direito aos fatores que eles elaboraram, da mesma maneira que os princípios de interpretação da lei ou papel do juiz; são as instituições jurídicas que influenciam de maneira direta ou indireta toda a ordem jurídica e que determinam, de forma necessária, todas as outras partículas jurídicas elementares, bem como o perfil estrutural da ordem jurídica.

Constituem-se na matéria-prima da comparação, a partir da qual ela será feita, de modo que modificar esses elementos é alterar a estrutura específica da ordem jurídica considerada. Nesse sentido, uma das tarefas principais da análise comparativa é a busca da identificação dos elementos e/ou fatores que são responsáveis ou contribuem para certos desenvolvimentos e/ou tendên-

cias no sistema judicial (Cf. CAPPELLETTI; SECCOMBE; WEILER, 1986, p. 19).

Por outro lado, há elementos jurídicos que possuem uma posição jurídica marginal, como, por exemplo, a regulamentação técnica do casamento ou divórcio, o conteúdo do pátrio poder ou o direito de sucessão, todos possuem uma dimensão limitada, porque podem ser modificados ou substituídos sem afetar o núcleo específico da ordem jurídica. Dessa forma, os primeiros são chamados de i) elementos determinantes, pois determinam a estrutura fundamental da ordem jurídica, tendo em vista que modificá-los ou trocá-los significa alterar o perfil da ordem jurídica na qual atuam; os outros são chamados de ii) elementos fungíveis, pois podem ser retirados ou modificados sem alterar os fundamentos da ordem jurídica (Cf. CONSTANTINESCO, 1974, p. 215). Embora haja grande arbitrariedade e subjetividade na escolha de tais elementos, de acordo com Alan Watson (apud DE CRUZ, 1999, p. 220), isto é inevitável, mesmo que haja uma clara relação entre os mesmos. Todavia, os elementos selecionados para a comparação, inevitavelmente, devem ser úteis para o objetivo da pesquisa empreendida com o método comparado.

Dessa maneira, como a análise comparativa consiste, em parte, na identificação de variáveis que condicionam o desenvolvimento dos sistemas sob consideração e da retirada de certas conclusões e prognósticos de similaridades ou semelhanças percebidas nos sistemas comparados, isso faz com que a análise comparativa tenha uma natureza de inevitável tensão dialética e, por outro lado, que os elementos determinantes tenham um ponto de identidade ou similaridade para que a comparação seja significativa. Esse ponto pode ser a função de uma instituição ou de um mecanismo jurídico, ou a estrutura que implementa uma política; todavia, a identidade ou similaridade de tal elemento, freqüentemente, surge acompanhada de diferenças em relação a outros.

Assim, a análise comparativa não tem significado quando em condições de identidade, pois total identidade ou total diferença são, dessa forma, totalmente inúteis nesse tipo de método, já que a tarefa do comparativista, por meio do contraste dos elementos determinantes, é fazer a comparação entre semelhança e diferença, e divergência e convergência, a fim de colaborar para o entendimento e/ou reforma do mencionado elemento do sistema (Cf. CAPPELLETTI; SECCOMBE; WEILER, 1986, p. 9-10).

Trata-se de método extremamente importante num quadro de enorme diversidade cultural, em face da grande quantidade de sistemas jurídicos e, conseqüentemente, judiciais no mundo, todos operando num período de intensa transnacionalização do direito e tornando a tarefa do Direito Comparado mais urgente e relevante do que nunca (Cf. SANTOS, 1995, p. 273). Nesse quadro, a riqueza de conhecimento acumulado pelos comparativistas, ao longo dos tempos, principalmente do século XX, é fonte principal de pesquisa para qualquer reforma de sistema judicial ou instituto jurídico.

2. Direito e desenvolvimento

2.1. Conceito

O movimento Direito e Desenvolvimento tem sido um ramo da disciplina Direito e Sociedade, cuja origem está no século XIX, embora o seu desenvolvimento tenha sido obra do século XX⁸. Ressurgiu na década de 60, nos Estados Unidos, em face do ambiente que demandava progresso, ou seja, da noção de que a sociedade está de algum modo se movendo na direção de uma situação melhor, enfim, de que pode-se melhorar as condições sociais se os agentes do movimento atuarem racionalmente. O desenvolvimento, dentro do contexto Direito e Desenvolvimento, é um eufemismo para o progresso. Mas qual progresso? O progresso social, em função do qual possa haver melhorias nos índices de saúde, educação, ha-

bitação e trabalho, como mencionados anteriormente no conceito de Desenvolvimento Social. O Direito e Desenvolvimento é um ramo do Direito e Sociedade que estuda a lei em relação à sociedade e possui o principal foco na relação entre lei e mudança social (Cf. MERRYMAN et al., 1979, p. 5).

Revigorado nos Estados Unidos, o Direito e Desenvolvimento com estilo norte-americano foi criticado, dentro⁹ e fora do mencionado país, pela sua abordagem citada como imperialista, pois se acreditava que procurava transportar valores norte-americanos por meio do direito para países do Terceiro Mundo, por intermédio da visão etnocêntrica da *real politik* norte-americana. Dessa forma, Trubek (1972) defendia que os estudiosos da matéria nos Estados Unidos deveriam: i) evitar que seus valores e pre-concepções intelectuais deixassem-nos cegos e não enxergassem os atuais fenômenos da vida cotidiana do Terceiro Mundo, e ii) tentar construir categorias conceituais mais universais e adequadas para as particularidades jurídicas dos países, em vez de precisá-las com generalizações feitas sem o conhecimento da realidade dos países (Cf. TRUBEK, p. 50).

Essa controvérsia não é recente, porque marcou também a academia francesa que, pela disciplina *le droit du développement*, difundiu tal ramo do conhecimento fora do direito colonial e por meio do direito da cooperação no período anterior ao processo de independência das colônias francesas (Cf. CARTY, 1992, p. xi). A mais extensa crítica similar na academia francesa veio da teoria social democrática do desenvolvimento de Benchik (1983), que aprofundou o seu trabalho para incluir uma ampla tentativa para elaborar normas de direito internacional adequadas ao desenvolvimento. As raízes dessa controvérsia jurídica ou até jurisprudencial são ideológicas, pois são vistas como um aspecto da teoria marxista da dependência, que faz uma crítica ao modelo liberal de desenvolvimento do capitalismo por meio da lei, embora esta tenha sido su-

perada pela crítica pós-ideológica da própria teoria da dependência.

Por sua vez, no nível metodológico, sus-tenta-se que a base intelectual para o desenvolvimento dos mencionados estudos é, ao mesmo tempo, radicalmente pluralista e, dessa forma, democrática¹⁰, articulada com o relativismo cultural, a fim de se comparar o sistema judicial norte-americano, por meio do Direito e Desenvolvimento, em função das especificidades culturais dos sistemas judiciais dos países comparados, nesse caso, o brasileiro. Não se pretende, por intermédio do Direito e Desenvolvimento, em hipótese alguma, assimilar *in totum* as instituições pesquisadas, mas estudá-las, com o filtro crítico do relativismo cultural. O direito como expressão de valores sociais, produto da realidade social, pela própria existência e da sua efetividade pelas cortes e sistemas de resolução de conflitos, é considerado um importante instrumento de desenvolvimento econômico¹¹ e social (Cf. BERNIER; LAJOIE, 1986, p. 68).

Além disso, a relação entre direito e desenvolvimento tem base constitucional e requer um mínimo ético, tal como leciona Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 161), pois “a idéia de desenvolvimento reveste-se de uma dupla importância para nossa tese de mínimo ético: em primeiro lugar, demonstra como a viabilização das capacidades conviviais dos indivíduos pode ser traduzida em indicadores sociais bastante específicos; e, em segundo lugar, aponta como os poderes e as políticas públicas são os responsáveis diretos pela implementação dessas capacidades, especialmente quando interpretam e concretizam a Constituição de 1988, que trata repetidas vezes do desenvolvimento”.

Dessa maneira, conceitua-se Direito e Desenvolvimento como o ramo do conhecimento que tem como objetivo, por meio da pesquisa interdisciplinar teórica e empírica, bem como da análise quantitativa e qualitativa, estudar a relação entre o direito e o

desenvolvimento social, a fim de chegar a este, pela via da reforma do direito. Por sua vez, o desenvolvimento que se pleiteia é aquele que proporciona uma efetiva mudança social, ou seja, a transformação para um grau determinado de mudança de atitudes, normas, instituições e comportamentos que estruturam a vida jurídica cotidiana, e que abrange não somente os novos modelos culturais, arranjos institucionais e disposições psicológicas, de acordo com Kelman e Warwick (apud BURNS, 1978, p. 414), enfim, que priorize uma revolução ética nas prioridades, bem como melhorias materiais nas condições de existência e dignidade dos seres humanos.

Esse desenvolvimento deve remover as principais fontes de privação da liberdade, como defende Amartya Sen (2000, p. 18), ao discorrer sobre as mesmas, com ênfase nos direitos ao trabalho (vida econômica), saúde, habitação e educação, da seguinte forma:

“(...) pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria”.

Na América Latina, existe um drama no desenvolvimento que encerra uma grande dificuldade para implementar e assegurar garantias igualitarizantes semelhantes às do Estado de Bem-Estar Social dos países desenvolvidos, em contextos de obsolescência do equipamento estatal e enfraquecimento das economias domésticas (Cf. ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002, p. 185).

Deve-se acrescentar que o desenvolvimento em países periféricos ou em desenvolvimento (Sul) carece da melhoria dos índices de desenvolvimento social, especialmente os latino-americanos, e deve levar em consideração o respeito ao meio-ambi-

ente, por meio da sustentabilidade, tendo em vista que o mesmo se encontra ameaçado diante dos modelos adotados pelos países desenvolvidos industrializados e em desenvolvimento (centrais ou do Norte).

2.2. A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento ao ensino jurídico

Diante do exposto, fica evidente a importância do Direito Comparado e do Direito e Desenvolvimento como temas ou disciplinas fundamentais para o aperfeiçoamento dos cursos de Direito, o que pode ser feito, num primeiro momento, com a inserção das mesmas nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. O Direito Comparado como ferramenta útil para dar mais eficiência aos sistemas judicial, jurídico e econômico dos países americanos, com a reforma de suas instituições; e o Direito e Desenvolvimento como disciplina que visa dar mais efetividade aos direitos da cidadania, enfim, pesquisar e implementar o direito numa perspectiva desenvolvimentista. Nesse contexto, sugere-se que a disciplina Direito Comparado seja obrigatória e oferecida após a oferta das disciplinas propedêuticas em nível de graduação em Direito (4º semestre), com carga de 36 h/a, e a disciplina Direito e Desenvolvimento como obrigatória em nível de pós-graduação com carga de 36 h/a.

Acredita-se que, agindo dessa forma, os currículos de Direito, em nível de graduação e pós-graduação, estarão mais próximos de colaborar com melhor eficiência para a reforma dos institutos jurídicos pátrios e do sistema judicial brasileiro, bem como de uma integração interamericana que preserve os valores fundamentais dos sistemas judiciais e jurídicos dos países americanos e atuem visando o bem comum da região. Com forte matriz ibérica, o ensino jurídico brasileiro precisa colaborar para aumentar a legitimidade dos operadores do direito, e melhorar ou aperfeiçoar o sistema judicial por meio do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento, sendo essa maneira uma das formas.

3. Sugestões para a reforma do sistema judicial brasileiro à luz da comparação com os elementos determinantes do sistema norte-americano

A ineficiência, morosidade, corrupção e insegurança jurídica do sistema judicial brasileiro têm causado a fuga de capitais produtivos de empresas nacionais e estrangeiras para outros países ou investimento no mercado financeiro, tem colaborado para o aumento do desemprego e, conseqüentemente, violências urbana e rural.

Cabe acrescentar que, no Brasil e nos países de origem romano-germânica, existe certa curiosidade ou admiração pelo sistema judicial norte-americano, mesmo assim, há poucos trabalhos que se aprofundam no estudo comparado dos principais elementos do citado modelo de justiça. Embora o Direito Comparado seja bem mais difundido na cultura jurídica estadunidense, o mesmo ocorre no sistema norte-americano, sendo poucos os trabalhos que se aprofundam no estudo dos sistemas romano-germânicos, especialmente os latino-americanos. Mesmo assim, a difusão de institutos do direito romano-germânico, como a codificação das leis, vem aumentando no sistema norte-americano.

Tal cultura decorre, em parte, da tese de que na América Latina é senso comum que não se pode comparar um sistema como o brasileiro, porque é de origem romano-germânica (*civil law*), com o modelo norte-americano, influenciado pelo direito anglo-saxônico (*common law*); todavia, vários comparativistas sustentam que quanto maior a diferença de sistemas comparados, melhor o benefício intelectual do resultado da pesquisa comparada e aperfeiçoamento dos institutos do sistema interno que está sendo comparado: ou seja, é menor o benefício do resultado da pesquisa quando se compara institutos de sistemas de origem semelhante, e.g., sistema brasileiro x sistema português (Cf. CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 67-86, 139-149, 453-519).

Para suprir essa lacuna na literatura jurídica latino-americana, inclusive em face da possibilidade de integração hemisférica, com a discussão da ALCA, e mostrar o *law in action* do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento acima mencionados, fez-se a análise comparativa de onze elementos importantes dos sistemas norte-americano e brasileiro, adiante transcritos. Dessa forma, especialmente pelas evidências decorrentes do contraste, em face da análise comparativa dos dados obtidos na citada pesquisa, aliada à falta de contra-evidências que refutem tal constatação, comprovou-se que o modelo do sistema judicial brasileiro, por ser ineficiente, inibe investimentos na economia, podendo ser considerado um dos óbices ao desenvolvimento social do país.

Assim, nessa terceira parte, pretende-se, à luz da pesquisa comparada efetuada na *Stanford Law School* durante o ano 2000, de forma sintética, enumerar algumas causas da ineficiência do sistema judicial brasileiro e propor algumas sugestões para o seu aperfeiçoamento, ressaltando que não se pretende incorporar *in totum* qualquer instituto do modelo norte-americano, mas readaptá-los à cultura jurídica brasileira, desde que relevantes para a melhoria do sistema pátrio, tendo em vista que há mais divergências do que convergências entre os sistemas comparados.

Neste quadro, poder-se-ia indagar: se o sistema judicial brasileiro tivesse sofrido maior influência de tradição anglo-saxônica, mesmo colonizado por portugueses, com o tipo de colonização exploratória, teria colaborado à melhoria do desenvolvimento do Brasil, mais do que, comparativamente, ao sistema de tradição romano-germânica? Essas indagações podem ser respondidas com regras de experiência ou elementos de comprovação relevantes, comparativos ou circunstanciais, mas as respostas permaneceriam aproximativas em sua natureza.

Por sua vez, é relevante discorrer sobre as causas da ineficiência da justiça brasileira, tendo em vista que, após a análise do

contexto da citada pesquisa, algumas evidências, entre várias, podem ser apontadas como causas do mau funcionamento do sistema judicial brasileiro, quais sejam: 1) a cultura jurídica do monopólio do Poder Judiciário para resolver conflitos; 2) a grande quantidade de procedimentos judiciais; 3) a inexistência de controles externos das atividades administrativas e financeiras dos órgãos da administração da justiça; 4) a omissão dos meios de comunicação e da sociedade civil organizada no exercício da fiscalização; 5) o corporativismo das categorias que atuam no sistema judicial, com a inexistência de controles externos, o que aumenta a crise de legitimidade do sistema, comprovada pela baixa credibilidade que os mesmos gozam na sociedade; 6) baixo grau de qualificação profissional dos servidores do sistema judicial, principalmente em nível estadual; 7) inexistência de sistema de acompanhamento e controle da qualidade e dos resultados dos serviços nos Estados; 8) cultura da impunidade no próprio sistema, que possibilita a prática da corrupção; 9) não difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos, anexados ou não às cortes, mas dentro de um paradigma de jurisdição pública não estatal, no caso dos que forem implementados na esfera privada (fora das cortes); 10) omissão do Supremo Tribunal Federal com relação à redefinição do seu papel institucional, para diminuição da sua pauta, posicionamento judicial para a interpretação dos princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais e ordem econômica; 11) inexistência de política judicial federal e do localismo judicial, na justiça estadual, bem como de maior quantidade de justiças especializadas; 12) pouco uso da *Internet* para informar sobre os direitos e acessar a justiça; 13) concepção extremamente normativa do direito, e não administrativa e fiscalizadora da lei, sendo essa condição essencial à eficácia da norma; e 14) falta de percepção da população de que o problema da crise da justiça não é só dos operadores do direito,

mas do governo como um todo, ou seja, poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Diante de tais causas, podem ser feitas algumas sugestões pontuais em face da análise comparada de cada elemento determinante, no total de onze, a fim de proporcionar melhor eficiência ao sistema da administração da justiça brasileira e, por conseguinte, construir novos e eficientes canais de resolução de conflitos, atrair investimentos que não sejam especulativos e colaborar para o desenvolvimento social brasileiro. Dessa forma, cada elemento determinante possui algumas sugestões, quais sejam:

3.1. Organização judiciária

a) A reforma do pacto federativo brasileiro, inclusive do modelo de justiça federal brasileira, a fim de que os Estados assumam mais competência jurisdicional, de acordo com os interesses locais, bem como a possibilidade de os municípios poderem criar o seu Poder Judiciário, tal como em alguns estados dos EUA, o que requer uma proposta de emenda constitucional. A política de desenvolvimento econômico deve ser melhor definida e implementada pela esfera governamental federal, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cuja função é articular os interesses estaduais em face dos interesses nacional e regional (MERCOSUL), com a criação de cortes especializadas, como propriedade intelectual, comércio interno, regional e internacional, falências e concordatas, entre outras; b) o Poder Judiciário, nos limites da sua competência constitucional, deve ser agente de desenvolvimento social e não mero espectador das demandas nele ajuizadas, e preocupar-se de forma mais ativa com as questões que envolvem a economia, inclusive com o uso da análise econômica do direito (direito e economia) e direito comparado; c) a democratização do Poder Judiciário, com a criação de um órgão de controle das suas atribuições administrativas e financeiras, de tipo democrático, majoritariamente formado por membros que não sejam magistrados. Por sua vez,

tal democratização, por si só, não resolve o problema. É necessário controle permanente das entidades da sociedade civil, auxiliadas pela vigilância dos meios de comunicação, sobre as atividades de tal poder, pois, na medida em que juízes rejeitam o controle das mencionadas atividades pela opinião pública, ficam propensos à perda de confiança da população; d) a reforma do modelo de Poder Judiciário, inadequado às demandas da sociedade, com a rediscussão da ideologia dos membros que nele operam, principalmente magistrados, no que tange à aplicação dos direitos humanos aos segmentos excluídos, pois não vêm recebendo a necessária atenção dos juízes brasileiros; e) criação e difusão do *accountability* (prestação de contas), expressão pouco conhecida na administração pública brasileira, na estrutura dos órgãos que fazem parte da administração da justiça, para fins de fiscalização do plano de metas definido pela Conferência Judicial, e avaliação periódica do funcionamento; f) diminuição da concentração de serviços judiciais não monitorados e com alto grau de discricionariedade, o que pode ser feito com a elaboração de manuais de procedimentos e funções e criação de departamentos administrativos para tratar de serviços de notificação, orçamento, administração de pessoal e distribuição e tramitação processual.

3.2. O método jurisdicional de resolução de conflitos

a) Aumento da discricionariedade do juiz, com a aproximação do método decisório do *common law*, por meio do realismo jurídico, em que a análise da realidade social é fator determinante no processo de decisão. Tal aproximação pode ser feita, num primeiro momento, com o uso do método de Dworkin, pelo qual usam-se princípios, políticas e outros tipos de padrões, cujos objetivos sejam a melhoria social, econômica ou política da comunidade. Esses princípios devem observar não a concessão de uma melhoria social, econômica ou política de-

sejável por si só, mas porque é uma exigência de justiça, de padrões éticos e de dimensão da moralidade; b) readaptação do método de caso (*method case*) norte-americano à cultura jurídica brasileira, para fins de processo decisório.

3.3. O papel do Supremo Tribunal Federal na construção da segurança jurídica

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o STF assume maior importância na construção da cidadania, especialmente quanto aos direitos e garantias fundamentais, em face do *déficit* de sentimento constitucional no país. Renovada em quase 1/3 no início de governo Lula, em junho de 2003, com a possibilidade de nomeação de mais dois juízes até o final do seu mandato, o STF terá a responsabilidade de julgar a constitucionalidade das reformas e de moldar o ambiente institucional que dará segurança jurídica aos agentes econômicos e regulará o desenvolvimento social da nação. Além disso, com a inserção do Brasil no mundo globalizado, estudos comparados de políticas públicas e decisões das cortes de países desenvolvidos como Alemanha, Espanha, França e Estados Unidos deverão ser mais comuns¹².

Nesse quadro, as mudanças nos sistemas judicial e político, as reformas tributária, previdenciária e federativa, bem como a política econômica suscitarão disputas jurídicas que terão no STF o guardião da sua constitucionalidade. Desse modo, algumas medidas que podem ser tomadas pelo novo STF, quais sejam: a) discussão da transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, transferindo-se a competência de casos que não tratem do controle da constitucionalidade das normas para o Superior Tribunal de Justiça; b) rediscussão do papel institucional da nova Corte Constitucional, para fins de posicionamento com relação à aplicação de dispositivos constitucionais que tratam da cidadania, especialmente os que envolvem ações afirmativas (sistema de cotas, renda mínima

etc.), direitos humanos, ordem econômica e validade dos contratos e transações efetuadas na *Internet*; c) democratização da seleção dos juizes da Corte Constitucional; d) racionalização do processo judicial da Corte Constitucional, com a adequação por meio da diminuição substancial da quantidade de processos julgados anualmente e transmissão dos seus julgamentos pelos meios de comunicação de massa; e) purificação das competências constitucionais com explicitação das tarefas atribuídas à Corte Constitucional e apreciação de recursos que tenham como fundamento matéria unicamente constitucional; e f) reforma dos métodos de seleção e julgamento dos processos do citado tribunal à luz dos procedimentos adotados em vários tribunais estrangeiros, especialmente o alemão e o norte-americano.

3.4. *Os métodos alternativos de resolução de conflitos*

a) Aumento e difusão dos diversos mecanismos alternativos (mais adequados ou propícios) de solução de litígios, principalmente a mediação, em face dos custos e maior possibilidade de aplicação em vários setores da vida cotidiana brasileira, inclusive com a sua inserção nas cortes brasileiras, usando como modelo o *ADR court-annexed* norte-americano, no que couber; b) expansão dos canais de acesso à justiça pública e privada, o que pode ser implementado por meio de maior difusão dos juizados especiais, criação de entidades de mediação e arbitragem, participação das associações de moradores e câmaras de comércio, entre outras entidades.

3.5. *Os órgãos que colaboram para a eficiência do sistema judicial*

a) Treinamento dos servidores do sistema judicial, objetivando a melhoria da qualidade dos serviços pela administração da justiça, bem como o uso de profissionais de direito para auxiliarem os magistrados a reduzirem a pauta de processos, tal como o do *magistrate* no sistema federal norte-ame-

ricano, ou *commissioner* no plano estadual; b) maior alocação de verbas públicas e privadas para pesquisas sobre os problemas do sistema judicial, treinamento e atualização dos operadores do direito, com a mobilização das entidades de classe, tais como OAB, Associações de Magistrados, de Procuradores, de Defensores e Academias de Polícia, a fim de colaborar com a mudança da cultura jurídica existente; c) obrigatoriedade de disciplinas que tratem dos direitos da cidadania e da resolução de conflitos no ensino fundamental; d) criação e divulgação de programas pelo rádio e da televisão, bem como *Internet*, que venham a colaborar para a consolidação da cidadania, pelo conhecimento dos direitos e dos procedimentos para a sua efetividade; e) maior difusão de tecnologias para informar sobre os direitos, competência e papel da justiça e acesso aos tribunais, através da *Internet*, rádio, televisão e outros meios de comunicação; f) criação de comissões permanentes nos poderes Legislativo federal, estadual e municipal para o acompanhamento das atividades do Poder Judiciário e indicação de juizes; g) criação de foros permanentes, com reuniões anuais, em nível estadual, tal como o *Judicial Council*, bem como em nível federal, para pensarem a política pública do sistema judicial; h) criação do Conselho Nacional da Justiça, de composição heterogênea e competência para controles administrativo e financeiro do Poder Judiciário; em cada estado-membro seria criado o Conselho Estadual de Justiça; i) criação da Escola Nacional de Magistratura ligada ao STJ, voltada para o aprimoramento intelectual e gerencial dos magistrados e demais servidores da justiça.

3.6. *Os Juizados Especiais*

a) Juntamente com a difusão dos métodos alternativos nas esferas pública e privada, a expansão dos juizados especiais deve ser prioridade dos sistemas judiciais federal e estaduais, pois se trata de instituto essencial para o sistema político, já que co-

labora para a percepção da existência do Estado, sendo essencial para o aumento da sua legitimidade; b) maior quantidade de parcerias e convênios de prefeituras com a Justiça Estadual para a criação de Juizados Especiais; c) elaboração de guias, manuais e páginas na *Internet*, disponibilizando aos cidadãos todas as informações necessárias para acessar tais juizados, tais como modelos de petições e formulários para acessar o sistema judicial.

3.7. O papel da advocacia

a) Reforma do ensino jurídico, com o seu dimensionamento numa perspectiva interdisciplinar, pela inclusão de disciplinas obrigatórias que tratem da mediação e da arbitragem, direito comparado, negociação, liderança, direito e desenvolvimento, direito e economia, direito de cidadania, entre outras; b) democratização dos conselhos de ética das categorias de profissionais que atuam no sistema judicial, com participação de entidades da sociedade civil, visando dar maior legitimidade (credibilidade) a esses profissionais na comunidade; c) maior difusão da cultura organizacional em firmas de advogados, tal como nos Estados Unidos, pois pode-se inferir que possibilita ambiente que proporciona mais ética no sistema judicial, porque a diminuição da quantidade de profissionais subordinados a uma relação de emprego ou atuando individualmente torna a relação de trabalho menos fragilizada diante do cliente.

3.8. O processo de seleção e controle da atividade dos juízes

a) Maior controle da sociedade sobre o processo de seleção dos magistrados federais e estaduais, por meio de: 1) eleição no plano estadual, exigindo exame de qualificação técnica para o registro de candidatura, de acordo com as exigências da jurisdição na qual vai atuar, e processo de eleição com o uso de verba pública, para mandato de seis anos, com possibilidade de reeleição; e 2) no caso de juiz federal, sabatina na

comissão do Poder Judiciário, com maior participação da sociedade civil, e nomeação, pelo Presidente da República, para o mesmo período do juiz estadual; b) eleições diretas para órgãos diretivos dos tribunais; c) participação dos juízes de primeiro grau na escolha e promoção por merecimento ao cargo de desembargador; d) eleição pelos juízes de metade dos órgãos especiais dos tribunais; e) rejeição a proposta de ampliação da idade de aposentadoria para 75 anos; f) condenação da prática de nepotismo e da forma atual de escolha dos Ministros do STF; g) instituição da quarentena de entrada e saída nos tribunais, com o intuito de diminuir a influência política na escolha e tráfico de influência após a saída do juiz do tribunal; h) a contratação obrigatória de empresas externas para efetuar o processo de seleção de ingresso na magistratura.

3.9. Os movimentos de reforma judicial

a) Maior institucionalização e desenvolvimento por meio de movimentos políticos e acadêmicos que venham a repensar criticamente o direito e o papel do sistema judicial; b) difusão permanente em rede de comunicação, nos níveis nacional e local, da atividade judicial e dos foros de discussão sobre o sistema judicial.

3.10. Aspectos processuais

a) Reforma urgente do sistema processual brasileiro, para viabilizar somente duas instâncias de julgamento, reduzir os procedimentos que inviabilizam uma efetiva prestação jurisdicional e adequar a legislação processual civil e penal infraconstitucional aos princípios processuais dispostos na Constituição Federal de 1988; b) educação jurídica direcionada para a preponderância do direito material sobre o direito formal e para a difusão de uma cultura não adversarial, voltada para a resolução do conflito; c) criação de mecanismos de contenção de recursos inserindo-se nos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, a repercussão geral da questão federal; d) ado-

ção da súmula vinculante para os casos de competência do STJ por atacado e vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública às decisões e entendimentos consolidados no STJ, evitando-se, com isso, no âmbito administrativo, a reiterada negação do direito do cidadão e, no âmbito judicial, o número excessivo de recursos protelatórios; e) outorgar competência ao STJ para processar e julgar ações civis públicas e ações coletivas ajuizadas por entidades de defesa dos associados e, na hipótese de abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes tribunais regionais federais ou tribunais estaduais, para evitar a proliferação de demandas em diversos juízos e as conseqüentes medidas liminares sucessivas e contraditórias; f) adoção do título seqüencial em lugar do precatório, de livre circulação no mercado, emitido pelo juízo de execução, nos casos em que se imponha ao Estado sentença condenatória em dinheiro.

3.11. Sistema judicial e supranacionalidade

a) Maior difusão dos mecanismos e normas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nos currículos das Faculdades de Direito, dos cursos de qualificação e atualização dos operadores do sistema judicial, e das escolas de ensino fundamental, visando criar uma cultura de direitos humanos no país; b) inclusão de disciplinas que tratem das normas e procedimentos dos órgãos que julgam controvérsias relativas ao comércio internacional, tal como a OMC, no currículo das escolas de direito e magistratura; c) maior comprometimento dos meios de comunicação brasileiros para a difusão do ensino e das decisões de entidades supranacionais, envolvendo direitos humanos e comércio internacional.

Conclusão

Em síntese, após a abordagem teórica do Direito Comparado e Direito e Desenvolvi-

mento, bem como apresentação de sugestões para a reforma do sistema judicial feita à luz da comparação com o modelo de justiça norte-americana, em decorrência de estudo prático, verifica-se que inexistente modelo a ser seguido, mas procedimentos eficientes que podem ser úteis para a solução dos nossos problemas, desde que recriados e adaptados à nossa cultura, sendo o déficit de federalismo judicial e falta de estudos histórico-comparativos duas das principais causas da crise da justiça brasileira¹³. Nesse quadro, vale a citação do *Chief Justice Warren Burger*:

“A noção de que a maioria do povo quer juízes com becas, advogados bem vestidos e uma sala de audiências requintada para resolver os litígios não é correta. As pessoas com problemas, como gente com dores, querem alívio, e desejam isso o mais rápido e barato possível” (Cf. DISPUTE RESOLUTION SPECIALISTS, 2000).

Notas

¹ Sobre o tema, ver Anjos (2003).

² Além de reforma, Chodos (1999) acrescenta mais dois objetivos do Direito Comparado, quais sejam: o entendimento maior do próprio sistema e a unificação internacional de normas.

³ O autor ainda inclui mais quatro funções e objetivos do Direito Comparado: i) como disciplina acadêmica; ii) como uma ferramenta para construção; iii) como meio para entendimento de regras jurídicas; e iv) como contribuição para unificação sistemática e harmonização do direito.

⁴ Acerca da História do Direito dos Estados Unidos e Brasil, desde as suas origens européias, com o uso do Direito e Desenvolvimento, ver Castro Júnior (2001).

⁵ Acerca das perspectivas do Direito Comparado e defesa do enfoque dos sistemas públicos comparados por meio do estudo das suas similaridades, ver Larsen (1998).

⁶ Sobre a relação entre Direito e Ciências Sociais, ver Macey (1997).

⁷ Acerca da importância da imersão cultural no estudo do Direito Comparado, ver Curran (1998b).

⁸ Ver Pound (1912). Trata-se de um dos trabalhos inovadores neste campo e possui uma aborda-

gem fundada na análise da jurisprudência, com o objetivo de proteger os interesses sociais do povo e das instituições da sociedade.

⁹ Cf. FRANCK, 1972, p. 767-801; TRUKBEK, 1972, p. 1-50; TRUBEK; GALANTER, 1974, p. 1062-1102; GREENBERG, 1980, p. 129-159; SNYDER, 1982, p. 373-401; ZAGARIS, 1988, p. 549-593.

¹⁰ Sobre o tema, ver Apter (1987).

¹¹ Acerca dos aspectos atuais do desenvolvimento econômico, ver Meier e Rauch (2000).

¹² Tal tarefa poderá ter como baluarte no STF o ministro negro poliglota e estudioso do Direito Comparado Joaquim Benedito Barbosa Gomes nomeado pelo Presidente Lula. Sobre o tema da ação afirmativa, numa perspectiva comparada, ver Gomes (2001).

¹³ Sobre o tema, com teoria e maior quantidade de dados empíricos sobre as justiças federal e estadual dos Estados Unidos e Brasil, ver Castro Júnior (2001; 2002).

Bibliografia

ANJOS, J. Haroldo dos. *Raízes do crime organizado*. Florianópolis: IBRADD, 2003.

APTER, David E. *Rethinking development: modernization, dependency and postmodern politics*. Beverly Hills: Sage Publications, 1987.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BENCHIK, M. *Droit international du sous-développement: nouvel ordre dans la dépendence*. Paris; Alger: Public Office Press Universitari d'Alger, 1983.

BERNIER, Ivan; LAJOIE, Andre. Law and society and the economy: an overview. In: _____ (Coord.). *Law, society and the economy*. Toronto: University of Toronto Press, 1986.

BURNS, James McGregor. *Leadership*. New York: Harper & Row, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph (Ed.). A general introduction. In: _____. *Integration through law: Europe and the American Federal Experience*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1986. v.1.

CARTY, Anthony. Introduction. In: _____ (Ed.). *Law and development*. New York: New York University Press, 1992.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à história do direito: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: IBRADD; CESUSC, 2001.

_____. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: IBRADD; Fundação Boiteux: Unigranrio, 2002.

CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in search of methodology. *Iowa Law Review*, Iowa, n. 84, aug. 1999.

CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. *Traité de droit comparé: introduction au droit comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

CURRAN, Vivian Grosswald. Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law. *American Journal of comparative law*, New York, n. 46, p. 43-92, winter 1998b.

_____. Dealing in difference: comparative Law's potential for broadening legal perspectives. *American Journal of Comparative Law*, New York, v. 46, fall 1998a.

DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world*. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 1999.

DISPUTE RESOLUTION SPECIALISTS. About mediation. Disponível em: <<http://www.mediates.com/drsmmediation.html>>. Acesso em: 10 maio 2000.

FRANCK, Thomas M. The new development: can American Law and legal institutions help developing countries?. *Wisconsin law review*, Madison, n. 12, p. 767-801, 1972.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GREENBERG, David F. Law and development in light of dependency theory. *Research in law and Sociology*, Connecticut, n. 3, p. 129-159, 1980.

KOZYRIS, P. John. Comparative law for the twenty-first century: new horizons and new technologies. *Tulane Law Review*, New Orleans, n. 69, nov. 1994.

LARSEN, Clifford. The future of comparative law: public legal systems. *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, n. 21, p. 847-63, summer 1998.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Lisboa: Editorial Presença, 1978.

MACEY, Jonathan R. Law and the social sciences. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, n. 21, p. 171-177, fall 1997.

MATTEI, Ugo. An opportunity not to be missed: the future of comparative law in the United States. *American Journal of Comparative Law*, New York, n. 46, p. 709-718, 1998.

- MEIER, Gerald M.; RAUCH, James E. (Ed.). *Leading issues in economic development*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2000.
- MERRYMAN, John Henry; CLARK, David S.; FRIEDMAN, Lawrence M. *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study*. Stanford: Stanford Law School, 1979. 618 p.
- POUND, Roscoe. The place of comparative law in the American Law School. *Tulane Law Review*, New Orleans, n. 8, 1934.
- _____. The scope and purpose of sociological jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 25, 1912.
- REITZ, John C. How to do comparative law. *American Journal of Comparative Law*, New York, fall 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SNYDER, Francis G. The failure of law and development – legal imperialism: american lawyers and foreign aid in Latin America. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 373-401, 1982.
- TRUBEK, David M.; GALANTER, M. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in United States. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 14, p. 1062-1102, 1974.
- TRUBEK, David M. Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 82, n. 1, nov. 1972.
- ZAGARIS, Bruce. Law and development or comparative law and social change – the application of old concepts in the commonwealth caribbean. *University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, n. 19, p. 549-593, 1988.

Direito e Filosofia nos Estados Unidos

Arnaldo Moraes Godoy

Proponho examinar a filosofia jurídica norte-americana (*jurisprudence*) a partir do *formalismo* que caracterizou o *positivismo* de John Austin e o *instrumentalismo* de Jeremiah Bentham. Em seguida, demonstrarei a reação a esse formalismo, por meio do *pré-realismo* que marcou o pensamento de Oliver Wendell Holmes Junior e da *jurisprudência sociológica* defendida por Roscoe Pound. Identificarei o *realismo jurídico* resultante, resumindo o ideário de Jerome Frank, Felix Frankfurter, Karl Llewellyn e Benjamin Cardozo. Quanto ao pensamento contemporâneo, começarei com o radicalismo de esquerda, sintetizando o *critical legal studies* de Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy e Mark Kelman. Mais ao centro, situarei Ronald Dworkin e sua *nova proposta hermenêutica*, o *neopositivismo* de H. L. A. Hart, o *neocontratualismo* de John Rawls e o movimento *direito e literatura*, iniciado por James Boyd White. Por fim, vinculado ao ideário republicano e conservador, analisarei o movimento *direito e economia* de Richard Posner, juiz federal indicado por Ronald Reagan.

John Austin publicou em 1831 seu *An Outline of a Course of Lectures on General Jurisprudence* e em 1832 *The Province of Jurisprudence Determined*. Para o jusfilósofo inglês, a lei é comando do Estado. Detentora dessa condição de validade e desse requisito de aceitabilidade, a lei determina cumprimento integral de seu comando. *O objeto da filosofia jurídica é o direito positivo;*

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, Doutor e Mestre pela PUC-SP, H. Humphrey Fellow na Universidade de Boston.

*lei, simples e estritamente considerada: lei posta pelos superiores políticos para seus inferiores*¹. (AUSTIN, 1995, p. 18) O comando que qualifica a lei é significativo de um desejo, cujo formulador é detentor de poder de proporcionar mal, dor ou prejuízo a quem o desrespeite (AUSTIN, 1995, p. 21). O Estado seria o identificador desse desejo. *A lei é comando que obriga pessoas*², positivando a moralidade orientadora da conduta humana (AUSTIN, 1995, p. 164).

Para Austin, a lei é regra imposta com base no poder, e nesse sentido não haveria relações entre direito e justiça (SINHA, 1993, p. 183). Teríamos quatro tipos de leis: leis divinas ou leis de Deus (*divine laws or laws of God*), leis positivas (*positive laws*), leis morais positivas (*positive morality*) e leis metafóricas ou figurativas (*laws merely metaphorical or figurative*) (SINHA, 1993). As leis positivas seriam produzidas de acordo com direitos previamente conferidos ao legislador (*lawgiver, legislator*), cujo desejo sintetizaria orientação geral constituída pelo ambiente social (SINHA, 1993, p. 184). Comando (*command*), sanção (*sanction*), obrigação (*duty*) e soberania (*sovereignty*) seriam os aspectos a serem considerados no entendimento de determinado modelo jurídico (SINHA, 1993, p. 185). O interesse pelo estudo de Austin na Inglaterra foi renovado a partir da década de 50, quando H. L. A. Hart começou a lecionar filosofia do direito em Oxford (MORRISSON, 1982, p. 188 et seq.).

Jeremiah Bentham é contemporâneo de John Austin³ e também era inglês. Teórico da *grande felicidade*⁴, percebia instrumentalismo na lei, comando do Estado que deveria melhorar a vida das pessoas. O modelo normativo deve seguir uma utilidade social e Bentham (1996) define o aludido princípio como:

Princípio da utilidade é aquele que aprova ou desaprova qualquer ação, de acordo com tendência que aumente ou diminua a felicidade do grupo cujo interesse está em jogo: ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, de promover ou de opor-se à felicidade⁵.

O interesse individual daria forma ao desejo da comunidade, corpo fictício (*fictitious body*), que resultaria da soma dos indivíduos (BENTHAM, 1996, p. 12). A lei instrumentalizaria o anseio social, espelhando ansiedades individuais, possibilitando a maior felicidade ao maior número de pessoas. A lei decorreria da ação do governo, cuja função seria promover a felicidade da maioria, punindo ou recompensando (HARRISSON, 1995, p. 35). A punição ou ameaça de sofrimento saltaria das entrelinhas da regra ou do comando objetivo à mesma, propiciando benefício para o convívio social (HARRISSON, 1995, p. 35). Bentham concebera também uma codificação penal (LONG, 1977, p. 121, 123), prescrevendo leis gerais para segurança pessoal dos jurisdicionados; chegou a propor que mendigos fossem apenados (POSNER, 1983, p. 34).

Para Bentham, o bem público deve ser o objeto a ser perseguido pelo legislador e a utilidade geral deve ser o fundamento das leis (SINHA, 1993, p. 179). A ciência da legislação consistiria no conhecimento do bem comum e sua arte no encontro dos meios para a realização desse ideal (SINHA, 1993). A lei deveria servir a totalidade dos indivíduos, proporcionando a maior felicidade para o maior número de pessoas (SINHA, 1993, p. 180). Como desdobramento lógico desse axioma, o indivíduo deve subordinar-se à lei, comportamento que qualifica seu respeito à comunidade (SINHA, 1993), que é a projeção de sua abstrata concepção de felicidade. Bentham defendeu a liberdade religiosa, o divórcio, um sistema racional de punição, reforma processual, o fim das restrições normativas à liberdade econômica (POSNER, 1983, p. 41). Considerava como lei apenas a regra produzida por autoridade investida com competência para a confecção de normas (POSNER, 1983, p. 46), cujo respeito previa como absoluto.

Austin e Bentham justificam o direito positivo como necessário e útil, pragmatismo que bem se associa ao pensamento filosófico norte-americano, a exemplo do ideá-

rio de John Dewey e de Charles Pierce (SINHÁ, 1993, p. 256). A recepção da *common law* inglesa, amalgamada a relativa onda legislativa e regulamentadora, criou direito cioso do passado, do julgado, do pacificado. O culto ao pretérito jurisprudencial mesclou-se à adoração da norma como identificadora da excepcionalidade de nova sociedade que brotava no outro lado do Atlântico. Uma religião civil, jurídica, centrada no fetichismo da lei e da ordem, fez-se nacional e unificadora, tendo como santuário a Suprema Corte (MAGRUDER, 1899, p. 159 et seq.) e propiciando o agigantamento do capital, a extensão do sistema ferroviário⁶, a manutenção temporária da ordem escravocrata⁷, a ampliação dos poderes do Congresso⁸, a dizimação do nativo⁹, a exploração do trabalhador¹⁰. O formalismo marcou essa época, que plasmou a conquista do velho oeste e a multiplicação de fronteiras, levando o desbravador até o Pacífico.

O divisor de águas dá-se com o voto vencido de Oliver Wendell Holmes Junior no caso *Lochner vs. New York*¹¹, julgado em 1905, anunciador de forte reação ao formalismo então vigente. No caso acima mencionado, questionou-se na Suprema Corte validade de lei do estado de Nova Iorque que limitava as horas de trabalho de padeiros¹². O pensamento formalista insistia que o governo não estava intitulado a interferir na liberdade de contrato. Padeiros estavam autorizados a trabalhar quantas horas julgassem conveniente. Decidiu-se em favor de *Lochner*, que poderia empregar padeiros em regime de horas livremente negociado (GILLMAN, 1993). Não se mencionou que essa liberdade contratual beneficiava tão-somente o dono do capital. É que o empregado deveria conformar-se a qualquer regime de trabalho; sua escolha era mera formalidade.

Oliver Wendell Holmes Junior (1992), juiz da Suprema Corte, discordou da maioria que sustentara a formalista liberdade de contrato e seu voto inaugura uma nova postura realista. Segundo Holmes Junior (1992, p. 305 et seq.),

“Eu sinceramente sinto muito que não possa concordar com a maioria nesse caso e penso que tenho obrigação de expressar minha discordância. Esse caso é decidido com base em teoria econômica em relação à qual boa parte do país não concorda. Se fosse questão de concordar com essa teoria, eu deveria estudá-la mais profundamente, antes de formar convicção. Mas acho que não é minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou discordância é independente do direito que a maioria tem de expressar suas opiniões, fazendo leis (...) Proposições gerais não decidem casos concretos (...) Um homem razoável deve pensar que essa lei é medida adequada para a manutenção da saúde (...)”¹³.

Ao indicar a saúde do trabalhador como bem a ser perseguido, Holmes Junior despreza o formalismo do regime econômico e jurídico liberal. O silogismo que informa a aplicação da lei cede à realidade vivente. Holmes Junior (1992) dá vida ao direito, prescrevendo que a lógica que supostamente o informa é mero adorno retórico. Assim,

“A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades de uma época, os valores morais prevaescentes e as teorias políticas, as intuições das políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes têm em relação às pessoas, têm muito mais importância do que os silogismos, na determinação das regras pelas quais os homens são governados”¹⁴ (HOLMES JUNIOR, 1993, p. 9).

Oliver Wendell Holmes Junior nasceu em 1841 e foi criado em Boston. Seu pai fora professor na faculdade de medicina na universidade de Harvard, onde Holmes Junior estudou direito. Holmes Junior conviveu com filósofos pragmatistas a exemplo de Charles Pierce; juntos participavam de uma agremiação filosófica que chamavam

de *Metaphysical Club*. Holmes Junior lutou na Guerra Civil, foi ferido e preso pelas forças dos confederados sulistas. Advogou em Boston, foi juiz da Suprema Corte de Massachusetts e atingiu a Suprema Corte em Washington por indicação do então presidente Theodore Roosevelt. Holmes sistematicamente discordou das opiniões dos demais colegas juizes formalistas, o que lhe valeu o apelido de *the great dissenter*. É talvez a mais importante figura do direito norte-americano. Holmes morreu em 1935, três anos depois de ter se aposentado como juiz da Suprema Corte¹⁵. Conta-se que no enterro, após a saraivada de balas, alguém observou que pensara que Holmes Junior era imortal...¹⁶ (BIDDLE, 1986, p. 208).

Ao discursar para formandos na universidade de Boston em 1897 (SEIPP, 1997), Holmes (1993, p. 15) lembrou que a abordagem da lei é o estudo de uma profissão muito conhecida, e que não há nada de misterioso nisso¹⁷. Trata-se apenas de conhecer a melhor maneira de orientar as pessoas para que não tenham problemas com a lei¹⁸, prevenindo comportamento dos juizes. Saber direito seria prever decisões. Direito é vida prática, em nada relaciona-se com lógica ou com demais sofisticadas concepções e teorias a propósito da ontologia, da epistemologia e da gnoseologia do universo jurídico. A legislação é prenhe de substrato empírico (HOLMES JUNIOR, 1992, p. 122). Greves, por exemplo, são instrumentos legais na luta universal pela vida (HOLMES JUNIOR, 1992, p. 127). O filosofar jurídico consistiria na generalização de princípios, analisados profundamente de acordo com a realidade social (HOLMES JUNIOR, 1921, p. 157), porque generalizações são vazias quando gerais e independentes da vida real (HOLMES JUNIOR, 1921, p. 240).

Roscoe Pound defendeu uma filosofia do direito que percebe o uso da propriedade privada para o bem comum, concebendo uma jurisprudência de forte marca sociológica. Viveu quase um século; nasceu em 1870 e morreu em 1964. Pound estudou botânica

na universidade de Nebraska. Posteriormente estudou direito em Harvard. Pound lecionou direito nas universidades de Nebraska e de Chicago, e depois em Harvard, onde ensinou até o ano de sua morte. Pound caracterizava o direito como uma série de conceitos fixos, dos quais derivavam as regras, formuladas com base na experiência social e na vida política¹⁹. Juizes deveriam pensar nas consequências sociais e econômicas de suas decisões (MINDA, 1995, p. 26). Pound (1993, p. 33) pregava que o jurista deve conhecer as situações de fato sobre as quais incide a norma. Segundo Pound (1993, p. 33), o operador do direito precisa relacionar preceito acadêmico com solução concreta para problemas, as leis dos livros com as leis em ação (*law in books and law in action*), disponibilizando o universo teórico a serviço do mundo prático. Assim,

“Duas necessidades têm determinado o pensamento filosófico em torno do direito. De um lado, o superior interesse social na segurança geral, que com vistas na paz e na ordem, ditara o início do direito. Esse objetivo tem levado o homem a buscar bases fixas para o ordenamento da ação humana, limitando o interesse individual e autoritário, assegurando ordem social estável e firme. De outro lado, a pressão dos interesses sociais menos imediatos e a necessidade de reconciliá-los com as exigências da segurança geral e com a contínua construção de novos compromissos, devido às constantes mudanças sociais, o que pelo menos tem exigido permanente reajustamento dos detalhes da ordem social²⁰”. (POUND, 1922, p. 18).

O pragmatismo de Holmes e a sociologia jurídica de Pound abriram o caminho para o realismo jurídico norte-americano. Trata-se de uma segunda geração de anti-formalistas, geralmente associados ao programa intervencionista *New Deal*, do presidente Franklyn Delano Roosevelt. Academicamente relacionado às universidades de

Columbia, John Hopkins e Yale (KALMAN, 1986, p. 98 et seq.), o realismo jurídico também pontificou no judiciário. Influenciou o pensamento de juizes como Benjamin Cardozo, que expressava desconcertante relativismo jurídico ao afirmar que há várias maneiras de se julgar um mesmo caso (SCHLEGEL, 2002, p. 501). O realismo jurídico desdobrou-se com a ampliação da participação do Estado na vida econômica norte-americana. Duvidou-se do liberalismo absoluto, criticou-se o descaso governamental para com necessidades mais populares, amoldou-se o comando da norma a imperativos casuísticos. O juiz tem postura mais ativista. Ele não revela nem descobre a lei; ele a cria. O realismo jurídico é marcado por intenso ceticismo. Duvida-se da possibilidade de decisões jurídicas produzidas de acordo com regras específicas. A realidade seria muito complexa e fluida para ser governada por normas de direito (MINDA, 1995, p. 27).

Jerome Frank é um dos principais representantes do realismo jurídico norte-americano. Ele nasceu em 1889 e morreu em 1957, quando era juiz da *United States Court of Appeals for the Second Circuit*. Fortemente influenciado pelo movimento psicanalítico e pelo pensamento de Sigmund Freud, Jerome Frank analisou o direito sob um prisma psicológico, tema de seu livro *O Direito e a Mente Moderna (Law and Modern Mind)*. Frank menciona certo cinismo que macula a apreciação que a cultura ocidental tem para com o advogado, lembrando Lutero, Frederico o Grande, Rabelais e H. G. Wells (FRANK, 1970, p. 3). Objetiva e realisticamente, Jerome Frank admite que a certeza jurídica é uma meta impossível, e que exatidão e previsibilidade no direito indicam apenas desejo e necessidade (FRANK, 1970, p. 12). Nada mais. O direito seria ilusão, mito (FRANK, 1970, p. 13). A busca do direito seria o desejo de reencontro com a autoridade paterna mecanismo de substituição, o mesmo que justifica a ansiedade por líderes religiosos, legisladores e líderes grupais (FRANK, 1970,

p. 17). Segundo Jerome Frank, o direito poderia facilmente protagonizar o papel da tentativa de redescoberta do pai perdido, associado ao poder exercido pelo pai-juiz (FRANK, 1970, p. 21).

Em *Julgando os Tribunais (Courts on Trial)*, Jerome Frank imputa o relativismo ao direito, invocando que *regras jurídicas incorporam ou refletem normas morais, padrões e políticas sociais, ideais e valores da comunidade*²¹ (FRANK, 1973, p. 3). A função do judiciário consiste em decidir casos concretos, evitando convulsões sociais (FRANK, 1973, p. 7). A expectativa de que o direito seja ciência seria mera esperança sem concretude, porém essa constatação não poderia conduzir o operador jurídico ao desespero (FRANK, 1973, p. 230). Menos TEXVN (técnica, no sentido grego, clássico) e mais *ἄρτις* (arte, nesse mesmo significado helênico e antigo), o direito, enquanto categoria epistemológica, seria um construído artístico:

“Médicos sábios têm sempre admitido que a prática médica é uma arte, embora usem a ciência. Assim, deveríamos aceitar que todo ramo do governo, e o judiciário em particular, não é e jamais poderá ser ciência – e sempre será arte, e uma arte muito difícil²²”. (FRANK, 1973, p. 221).

Felix Frankfurter também se identifica com o realismo jurídico norte-americano. Ele nasceu em 1882 e faleceu em 1965. Foi juiz da Suprema Corte, de 1939 (indicado por Franklyn Delano Roosevelt) a 1962. Natural da Áustria e de ascendência judaica, Frankfurter chegara aos Estados Unidos aos doze anos de idade. A partir de 1914, Frankfurter lecionou na faculdade de direito de Harvard. Em 1927, publicou *A Função da Suprema Corte (The Business of the Supreme Court)* em co-autoria com James Landis. Sua trajetória na Suprema Corte desapontou liberais e democratas, na medida em que defendeu moderação judicial (*judicial restraint*) (HOFFER, 2002, p. 323), votando contra importantes questões relativas a direitos humanos, a exemplo da manutenção de nipo-

americanos em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial²³. Frankfurter percebia natureza histórica na prestação jurisdicional (FRANKFURTER; LANDIS, 1927, p. 59), relacionando o ato volitivo de julgar com a realidade conjuntural que informa a disputa. Afasta-se a suposta neutralidade típica do pensamento formalista e positivista, reconhecendo-se a historicidade do fenômeno jurídico.

Karl Llewellyn é outro jurista que compõe o grupo dos realistas. Nasceu em 1893 e morreu em 1962; dedicou-se ao ensino do direito, lecionando em Yale, Columbia e Chicago. Pragmático, Llewellyn insistia com seus alunos que a filosofia do direito é disciplina para advogados e não para filósofos (HULL, 2002, p. 535). Sente-se a realidade fática em Llewellyn (1951, p. 12) quando se lê, reproduzindo-se inclusive o plural majestático, que

“(…) Temos descoberto em nosso magistério de direito que proposições gerais são vazias. Descobrimos que alunos que vêm ansiosos para aprender leis, que aqueles que as aprendem, e quem não aprende nada mais, a não ser leis, vão levar apenas a casca, e nada de substância. Descobrimos que regras isoladas, meras formas verbais, não têm valor nenhum. Aprendemos que os exemplos concretos, o amontoamento de exemplos vivos, o presente, essa memória viva de exemplos reais, são necessários para qualquer proposição geral, seja jurídica ou outra qualquer, significando alguma coisa²⁴”.

O aspecto fundamental do direito para Llewellyn (1951, p. 21) seria *fazer-se a ordem, ao invés de manter-se a ordem, quando as coisas ficam fora de ordem*²⁵. Llewellyn influenciou grupo de professores que ditaram o modelo do pensamento jurídico a partir de 1930. Isso indiretamente marcou o pensamento de uma geração de juízes, que formataram a cultura norte-americana na segunda parte do século XX (FRIEDMAN, 2002, p. 505 et seq.), a exemplo de Earl Warren (STONE,

1948), William Douglas²⁶, Hugo Black²⁷ e Thurgood Marshall²⁸.

O realismo jurídico também se fez presente nas decisões e textos acadêmicos de Benjamin Cardozo. Tendo judeus sefarditas por ancestrais, Cardozo nasceu em 1870 e faleceu em 1938. Estudou direito em Columbia, foi juiz em Nova Iorque e por indicação do presidente Herbert Hoover chegou à Suprema Corte em Washington, substituindo Holmes. Progressista²⁹, Cardozo colaborou para o remodelamento do pensamento jurídico da Suprema Corte, seguindo o ideário de seu predecessor. Preocupado com os valores íntimos dos juízes (POSNER, 1990, p. 24 et seq.), Cardozo centrou seu pensamento na teoria da adjudicação, ou do implemento das decisões judiciais, que aferiu e cotejou com políticas públicas. Irritado com o modo como a imprensa tratava a vida particular dos juízes da Suprema Corte (POLLENBERG, 1997, p. 234 et seq.), Cardozo aborrecia-se com a curiosidade em torno de sua pessoa. Ele era solteiro, viveu com a irmã e seu pai (também magistrado), fora processado e caíra na desgraça por corrupção. Sempre preocupado com o juiz legislador (*the judge as a legislator*), Cardozo (1991, p. 141) observou:

“O juiz, mesmo quando livre, ainda não é totalmente livre. Ele não está autorizado a inovar à seu prazer. O juiz não é cavaleiro-andante que perambula à vontade, na busca de seu próprio ideal de beleza ou de santidade. Ele deve buscar inspiração em princípios consagrados. O juiz não deve ceder a sentimentos epasmódicos, a vaga e irregular benevolência. Ele deve exercer discreção de acordo com a tradição, valendo-se da analogia como método, disciplinado pelo sistema e subordinado à primordial necessidade de ordem na vida social. Bem ampla na consciência é o campo da discrição que permanece³⁰”.

A herança cultural do realismo jurídico norte-americano foi apropriada por liberais

e conservadores, pela esquerda e pela direita. A esquerda radicalizou concepções realistas formatando o *critical legal studies*, relacionando direito e política, sob o lema *law is politics* (o direito é política) (MINDA, 1995, p. 114). A direita apropriou-se do pragmatismo realista e desenvolveu o movimento *law and economics*, relacionando direito e economia, lendo aquele, sob a ótica dessa. Essas variações informarão a filosofia jurídica norte-americana a partir de 1970. A antinomia entre o *critical legal studies* (que doravante será referido como *CLS*) e o *law and economics* (que de agora em diante será referido como *L&E*) é absoluta. Mais ponderação pode sugerir que se duvide que ambos os movimentos teriam origem comum.

O *CLS* toma forma em 1976 em conferência realizada na Universidade de Wisconsin (MINDA, 1995, p. 106). Seus representantes associaram a indagação jurídica à contracultura e ao protesto político dos anos sessenta (MINDA, 1995, p. 109), azeitados pela oposição à aventura no Vietnã, pela defesa dos direitos civis e pela desagregação racial. Denunciaram que o modelo jurídico formalista do liberalismo econômico sustenta relações sociais não igualitárias (MINDA, 1995). Pugnavam por experiências conceituais orientadas para a realidade vivente e não para a curiosidade abstrata (MINDA, 1995, p. 107). Especialmente com Morton Horwitz (1994), hostilizou-se a historiografia jurídica convencional³¹, instrumento da voz dos vencedores (MINDA, 1995, p. 109). Percebeu-se o direito como uma ideologia política legitimadora da sociedade norte-americana, seguidora dos cânones do neoliberalismo (MINDA, 1995, p. 111). Afirmou-se que somente o jurista neoliberal acredita que a lei é racional e objetiva (MINDA, 1995, p. 110).

Primeiros ecos do movimento *CLS* ouviram-se na universidade de Yale no início da década de 70, quando seis professores de direito foram despedidos³². Verdadeiro expurgo de dissidentes, maquiou-se a debandada forçada dizendo-se que a univer-

sidade deveria adaptar-se a novos regimes de contratação (PÉREZ LLEDÓ, 1996, p. 51). Os professores defenestrados teriam contaminado a pureza do formalismo acadêmico do universo jurídico de New Haven³³ estudando o direito à luz das convulsões sociais e políticas daquela movimentada época (PÉREZ LLEDÓ, 1996). Um dos professores havia organizado seminário para discutir o alistamento militar obrigatório (*draft*), outro deles pronunciou-se sobre o indevido uso retórico que o governo norte-americano fazia do conceito de *Estado de Direito* para perseguir membros do movimento *Panteras Negras* (PÉREZ LLEDÓ, 1996).

Os expulsos teriam formado a *máfia radical da faculdade de direito de Yale no exílio* (PÉREZ LLEDÓ, 1996, p. 54). Duncan Kennedy, que estudara em Yale, travou amizade com David Trubek, um dos expelidos daquela faculdade (PÉREZ LLEDÓ, 1996). Depois de rápida passagem como estagiário em tribunal superior, Duncan Kennedy retornou a sua cidade natal, Cambridge, em Massachusetts, onde foi contratado como professor em Harvard (PÉREZ LLEDÓ, 1996). Forma-se um grupo naquela prestigiosa universidade, unido em torno da esquerda do movimento *law and society* (direito e sociedade), que congregava professores mais progressistas. Entre os professores que se uniram a Duncan Kennedy, destacam-se Morton Horwitz e Roberto Mangabeira Unger, além de um discípulo deles, Mark Kelman (PÉREZ LLEDÓ, 1996). Esse grupo conectou-se com o grupo da universidade de Wisconsin (PÉREZ LLEDÓ, 1996, p. 56 et seq.), e organizou-se a conferência que deu a aludida formatação ao movimento.

O *CLS* defende que a doutrina jurídica liberal pretende conciliar pontos de vista que são eticamente incompatíveis (*patchwork thesis*). A estrutura desse ideário liberal poderia ser organizada de formas radicalmente diferentes (*duck-rabbit thesis*), dado o distanciamento com a estrutura da realidade social e negocial. Há sempre dois lados, uma oposição binária. Os princípios e as regras

jurídicas liberais não seriam consistentemente aplicados aos casos que se pensam subsumidos à suposta autoridade moral do liberalismo. O direito seria prática meramente legitimadora, suscitando falsas esperanças e propagando conceitos ontologicamente inexistentes, como a idéia de *free market*.

O CLS exprime certa aproximação com o pensamento crítico da Escola de Frankfurt, ao insistir no papel da ideologia, da legitimação e da mistificação no contexto da definição do direito aplicável (MINDA, 1995, p. 115). Essa relação deu-se com a imigração de Max Horkheimer, de Theodor Adorno, de Herbert Marcuse (que viveu em Boston) e de Erich Fromm para os Estados Unidos, quando deixaram a Alemanha nazista. A fusão do materialismo marxista (COLLINS, 1982) com o pensamento de Freud suscitava nova leitura da sociedade, percebida como espaço de manipulação de uma razão traiçoeira, que a degenerou (SLATER, 1977, p. 87 et seq.), com seu cinismo (SLOTERDIJK, 2001) e também suposto falso cientificismo.

Roberto Mangabeira Unger (nascido no Brasil, de pai americano, de mãe oriunda de tradicional família de políticos da Bahia, articulista da Folha de São Paulo, professor de direito em Harvard, onde estudou) é o mais brilhante intelectual que esteve à frente do CLS. Unger é autor do manifesto do movimento (1989, p. 323 et seq.), precioso texto no qual se identificam os contornos da empreitada:

“O movimento CLS levantou-se da tradição esquerdista no moderno pensamento e na moderna prática jurídica. Duas preocupações prevaescentes têm marcado essa tradição. A primeira preocupação tem sido a crítica ao formalismo e ao objetivismo (...)”³⁴. (UNGER, 1989, p. 323).

Em *Knowledge and Politics (Conhecimento e Política)*, Unger denuncia que a teoria liberal mascara teorias políticas bem definidas (MINDA, 1995, p. 108), observando que o pensamento político liberal não consegue respon-

der as várias questões que define como fundamentais (1975, p. 63)³⁵. Em *Law and Modern Society (Direito e Sociedade Moderna)*, ao analisar a sociedade liberal e seu ideário, Unger (1977, p. 143) escrevia que

“Em tal sociedade [a liberal], cada indivíduo pertence a vários grupos significativos, porém cada um desses grupos afeta apenas limitada parte de sua vida. Assim, a personalidade é talhada em longa lista de atividades especializadas, separadas e até conflitantes. Esse lado reverso da especialização faz com que a pessoa seja vista e tratada como um abstrato conjunto de capacidades, jamais unidas em qualquer contexto da vida social³⁶”.

Duncan Kennedy (1998, p. 54 et seq.), professor em Harvard, percebeu no ensino jurídico norte-americano um regime educacional orientado para a reprodução das relações hierárquicas, processo que se desenvolveria em ambiente reacionário (KENNEDY, 1998, p. 56). Kennedy criticou as idéias de neutralidade, objetividade e livre vontade propostas pelo liberalismo (MINDA, 1995, p. 111), indicando contradição fundamental no pensamento jurídico norte-americano (KENNEDY, 1998, p. 139), que não implementaria a interface entre público e privado, e em âmbito de relações mais pessoais, entre *self* e *the other* (MINDA, 1995, p. 115). Essa teoria da contradição fundamental também é explicitada em artigo-diálogo (MINDA, 1995, p. 122), *Roll over Beethoven* (KENNEDY; GABEL, 1984), no qual Duncan Kennedy principia criticando seu interlocutor, Peter Gabel, por estar conceitualizando o movimento (KENNEDY, GABEL, 1984, p. 1).

A partir de 1980, o uso de técnicas desconstrutivistas passou a influenciar o CLS, que se orientou para *libertar os leitores do texto* (MINDA, 1995, p. 117). A desconstrução é técnica pós-estruturalista, fundamentada na gramatologia de Jacques Derrida (LITOWITZ, 1997, p. 91 et seq.), que denunciava o valor da palavra falada sobre a palavra es-

crita. Trata-se de logocentrismo característico da tradição cultural ocidental, fiado na memória, hipervalorizada antes do aparecimento dos processos de escrita (DERRIDA, 1990, p. 955 et seq.). O significado do texto pode ser reduzido a uma absoluta falta de sentido, demonstrando-se suas contradições, processo hermenêutico (DALLMAYR, 1990, p. 1449 et seq.) que constata que há comportamento que idolatra o contexto normativo (JACOBSON, 1990, p. 1079 et seq.); a desconstrução aponta para uma impossibilidade de justiça (KEENAM, 1990, p. 1675 et seq.).

Mark Kelman (1989, p. 209 et seq.) apropriou-se das técnicas de desconstrução de textos jurídicos ao praticar o *trashing*. Consiste o *trashing* em explorar contradições, antinomias, ambigüidades, inconsistências, absurdos, levando para o *lixo* todo o discurso jurídico convencional. Demonstrar-se-ia a incoerência do direito, revelando-se paradoxos e perplexidades que o liberalismo jurídico encetaria (MINDA, 1995, p. 111). Kelman (1989, p. 209) propõe identificar o antagonismo entre o tragicômico e o sentido de ordem que o direito comportaria, tratando-o como mero construído cultural de duvidável aplicabilidade fática.

O direito consolidaria um mito (FITZPATRICK, 1992). O *CLS* teria assumido postura negativa (MINDA, 1995, p. 107), nihilista (SINGER, 1984), o que teria provocado apreensão e relativo descaso no pensamento tradicional (MINDA, 1995, p. 123). Agregando o radicalismo de esquerda em projeto indefinido, o *CLS* provocou reflexão, críticas sanguíneas, apaixonados defensores. O movimento fracionou-se em miríade de subtemas, e seus principais mentores seguem firme, embora por caminhos distintos e variados, em sendas de democracia radical, teoria jurídica feminista e crítica do direito enquanto instrumento fundamentador do racismo.

Do outro lado do *CLS* encontra-se o movimento *L&E* (*Law and Economics*). Porém a *travessia do deserto* exige que autores politicamente situados mais ao centro sejam su-

cintamente alinhavados. Ronald Dworkin, por exemplo, professor em Nova Iorque e em Oxford, pontificando nos Estados Unidos e na Inglaterra, exemplifica a ponderação na concepção de uma teoria jurídica liberal. Inicialmente crítico do positivismo, e especialmente de H. L. A. Hart, Dworkin (1977, p. IX) discordava do conceito de obrigação jurídica, como desenhado pelo jusfilósofo inglês. Dworkin (1977, p. 26, 27) percebe uma distinção lógica entre regras morais e regras jurídicas, equação que sugere princípios normativos, cujo papel fático desdobra-se numa esfera única da realidade social.

Migrando para indagações no campo hermenêutico³⁷ e semântico³⁸, Dworkin mantém-se no debate político contemporâneo, afastando-se da jurisprudência analítica com a qual preocupava-se no período antipositivista, aproximando-se do direito público. Essa tendência já se verificava no ensaio *Reverse Discrimination*³⁹, publicado em fins de 1977 (DWORKING, 1977, p. 223 et seq.), assunto que Dworkin revisitou em maio de 2003, em artigo estampado no *The New York Times Review of Books* (DWORKING, 2003). Dworkin discute as chamadas políticas afirmativas, modelo que outorga a minorias raciais (negros, latinos, asiáticos) privilégios na competição por vagas nas universidades e empregos públicos. Opositores de tal política a batizam de *discriminação ao contrário* (*reverse discrimination*). Dworkin preocupa-se com as tendências conservadoras hoje predominantes na Suprema Corte (juízes Rehnquist, Scalia, Thomas, O'Connor, Kennedy). Dworkin alerta que há possibilidade de que conquistas democráticas sejam anuladas pelo ativismo de direita que caracteriza a administração do partido republicano nos Estados Unidos (Ronald Reagan, George Bush, George W. Bush). Ainda nas eleições presidenciais de 2000, Dworkin externou sua indignação em excerto também publicado no *The New York Review of Books* (DWORKING, 2001), no qual censurou os juízes conserva-

dores da Suprema Corte, que teriam obstaculizado o processo democrático, ao ordenarem o fim da contagem dos votos duvidosos na Flórida (cujo governador é irmão do presidente naquela ocasião eleito). Participante ativo dos grandes temas da atualidade norte-americana, Dworkin tem discutido temas nada analíticos como aborto⁴⁰, eutanásia⁴¹, liberdade de imprensa⁴², a questão da indicação de Robert H. Bork para a Suprema Corte⁴³ e o suposto envolvimento do juiz Clarence Thomas com Anita Hill⁴⁴. Ronald Dworkin propõe leitura moral da constituição norte-americana, defendendo modelo jurídico atento à nossa época, secularizando temas que o instigavam no pretérito, desenvolvendo uma nova hermenêutica, com certa influência do alemão Hans Gadamer (DWORKIN, 1986, p. 55).

H. L. A. Hart lecionava em Oxford, Inglaterra. Herdeiro da tradição positivista que remonta a Austin, Hart percebia o direito como regra, normatividade que dividia em duas categorias. Regras primárias encetam obrigações e proibições. Regras secundárias regulam a aplicação das regras primárias, da criação ao reconhecimento (HART, 1986, p. 92 et seq.). Esse último elemento seria o mais importante, dado que a validade de uma regra varia em razão de sua aceitação social. Atormentado com a recorrente questão *o que é o direito (what is law?)*, desde que médicos e químicos não se preocupam em definir o que seria a medicina ou a química, HART indica a obrigatoriedade como um dos traços distintivos do universo jurídico. Vale-se do exemplo do pistoleiro que aponta a arma para a vítima para que esta entregue o dinheiro (HART, 1996, p. 6) e observa que o respeito à ordem dada é forma modular de obrigação. Rejeitando idéia de que direitos possam pré-existir à legislação (estatutária ou costumeira) (DWORKING, 1977, p. IX), o neopositivismo proposto por Hart admite que se pense que o direito seja produto do avanço social, moderado, dado o suposto caráter estático das regras jurídicas (HART, 1986, p. 90).

John Rawls lecionou em Harvard. O filósofo norte-americano propôs um neocontratualismo de forte inspiração kantiana (WOLFF, 1977, p. 101 et seq.), concebendo *justice as fairness*, locução de difícil versão para o português, aproximando-se de um quase pleonasma de repetição, algo como uma *justiça justa*. Para Rawls (1971, p. 3), a *justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para os sistemas de pensamento*⁴⁵. A humanidade teria assentado suas normas de conduta num momento fictício original (*original position*) (RAWLS, 1971, p. 118 et seq.), quando se concordou com o sentido de justiça (RAWLS, 1971, p. 136) e quando os pactuantes desconheciam certos fatos particulares (*certain kinds of particular facts*), a exemplo do lugar em que ocupavam na sociedade (RAWLS, 1971, p. 137). A esse estado originário no qual se pactuou o timbre da justiça, e no qual os homens desconheciam suas condições mais pessoais, Rawls percebeu os pactuantes sob um véu de ignorância (*the veil of ignorance*) (RAWLS, 1971, p. 138 et seq.). Em 2001, já muito doente, Rawls publicou seu último livro (RAWLS, 1971, 2001), ajustando os conceitos que concebera nas obras anteriores. Sua teoria, em resumo, explicita que *os princípios mais razoáveis de justiça são aqueles que decorrem de acordo mútuo de pessoas que se encontram em condições justas e iguais*⁴⁶.

O movimento *direito e literatura (law and literature)* surge quando James Boyd White publica *The Legal Imagination (A Imaginação Jurídica)*. White vale-se de peças literárias, discutindo o direito a partir de autores como Henry Adams, Ésquilo, Jane Austen, William Blake, Geoffrey Chaucer, D.H. Lawrence, Marlowe, Helman Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alexander Pope, Proust, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoy e Mark Twain, entre outros (WHITE, 1985).

A aproximação entre direito e literatura suscita duas abordagens. Pode-se usar da literatura para compreensão do direito, do jurídico e da percepção que a sociedade tem

da justiça, assim como pode-se pensar e estudar a escrita jurídica como artefato literário (BINDER; WEISBERG, 2000). Ter-se-ia o direito *na* literatura e a literatura *no* direito. No primeiro caso, observa-se o criticismo literário na literatura imaginativa que apresenta temas jurídicos, a exemplo dos comentários de Ian Ward à famosa novela de Umberto Eco, *O Nome da Rosa* (WARD, 1995, p. 172 et seq.), ou da referência de Bruce L. Rockwood a propósito de descumprimento de contrato em *Hamlet*, de Shakespeare (ROCKWOOD, 1996, p. 18). No segundo exemplo, tem-se o uso de técnicas do criticismo literário na abordagem de textos jurídicos, projeto desenvolvido por Guyora BINDER e Robert Weisberg (2000, p. 112 et seq.), que vincularam hermenêutica e retórica na especulação em torno da linguagem do direito. Richard Posner (líder de movimento antagônico, o *direito e economia, L&E*) contesta a relação proposta entre literatura e direito, admitindo tão-somente que a literatura pode aprimorar a técnica do jurista, mediante contato com universos imaginativos e alegóricos referenciais aos temas afetos à justiça (POSNER, 1998, p. 127 et seq.). Posner limita o uso da crítica literária na interpretação de leis e contratos (POSNER, 1998, p. 209 et seq.). E com os olhos nas relações econômicas, Posner encerra seu livro comentando a regulamentação da literatura pelo direito, no que toca aos direitos autorais... (POSNER, 1998, p. 381 et seq.).

O movimento *direito e economia (L&E)* radica em textos de Ronald Coase, Guido Clabresi e Richard Posner e tem como objetivo utilizar conceitos tomados da economia para a avaliação do direito (MINDA, 1995, p. 84). Temas como valor, utilidade e eficiência migram da economia para o jurídico (POSNER, 1998, p. 12), interpretando contratos, direito de família, responsabilidade civil, monopólios, leis *anti-trust*, direito do trabalho, mercados financeiros, processo civil, discriminação racial, direito penal. Ligado inicialmente à escola de Chicago (MINDA, 1995, p. 88), o *L&E* identifica-se

com o ideário neoliberal da direita norte-americana, e nesse sentido opõe-se ao *CLS*. Oferta, procura, equilíbrio de mercado, elasticidade, análises marginais, escolhas, preferências são conceitos apropriados pelos operadores jurídicos.

O Estado passa a representar o agente que aloca recursos, mediante ação política de forte conteúdo econômico, normatizada por expedientes regulamentares (HARRISON, 1995, p. 257). Normas legais projetam impactos econômicos em todos os ambientes políticos (BUSCAGLIA; RATLIFF, 2000, p. 31 et seq.) e pode-se relacionar o *L&E* às concepções de utilização máxima de recursos de Jeremiah Bentham (POSNER, 1983, p. 48 et seq.). Decisões judiciais deveriam buscar eficiência (POSNER, 1990, p. 353 et seq.); a própria confecção de leis é procedimento de alto custo (HIRSCH, 1999, p. 2). Os benefícios que a sociedade auferem com o encarceramento de prisioneiros nem sempre justificariam os gastos que se têm com a manutenção do sistema carcerário (HIRSCH, 1999, p. 8); esse exemplo de aplicação da economia ao direito é elemento que pode dar novos insumos à criminologia.

Assim, em resumo, as principais correntes da filosofia jurídica nos Estados Unidos da América. Do *formalismo* de Austin e Bentham para o *direito e economia* de Posner, com estações no *antiformalismo* de Holmes, na *jurisprudência sociológica* de Pound, no *realismo* de Frank, Frankfurter, Llewellyn e Cardozo, no *criticismo* de Unger, Kennedy e Kelman, na *nova hermenêutica* de Dworkin, no *neopositivismo* de Hart, no *neokantismo* de Rawls, no *direito e literatura* de White, tem-se os marcos teóricos de agitada especulação na busca da compreensão dessa instigante marca do ser humano, a busca da justiça.

Notas

¹ Tradução e adaptação livre do autor. The matter of jurisprudence is positive law: law, sim-

ply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors.

² John Austin (1995, p. 29). Tradução e adaptação livre do autor. A law is a command which obliges a person or persons.

³ John Austin nasceu em 1790 e morreu em 1869. Jeremiah Bentham nasceu em 1748 e morreu em 1832.

⁴ No inglês, *greatest happiness* ou *greatest felicity*.

⁵ Tradução e adaptação livre do autor. By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness.

⁶ Caso *Farwell vs. Boston & Worcester Railroad*, 45 Mass. 49, 1982.

⁷ Caso *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. 19 How. 393, 1856.

⁸ Caso *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

⁹ Caso *Cherokee Nation vs. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831).

¹⁰ Especialmente nos casos de sindicalistas, como *In Re Debs*. (KNAPPMAN, 1994, p. 209 et seq.).

¹¹ 198 U.S. 45, 1905.

¹² Cf. KENS, 2002, p. 535 et seq.

¹³ Tradução e adaptação livre do autor. I regret sincerely that I am unable to agree with the judgment in this case, and that I think it my duty to express my dissent. This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law (...) General propositions do not decide concrete cases (...) A reasonable man might think it a proper measure on the score of health (...).

¹⁴ Tradução e adaptação livre do autor. The life of law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.

¹⁵ HOEFLICH, 2002, p. 396 et seq.

¹⁶ Tradução e adaptação livre do autor. I thought he was immortal, some one said.

¹⁷ Tradução e adaptação livre do autor.

¹⁸ HOLMES JUNIOR, 1993.

¹⁹ HULL, 2002, p. 623 et seq.

²⁰ Tradução e adaptação livre do autor. Two needs have determined philosophical thinking about law. On the one hand, the paramount interest in the general security, which as an interest in peace and other dictated the very beginnings of law, has led men to seek some fixed basis of a certain ordering of human action which should restrain magisterial as well as individual willfulness and assure a firm and stable social order. On the other hand, the pressure of less immediate social interests, and the need of reconciling them with the exigencies of the general security, and of making continual new compromises because of continual changes in society, has called ever for readjustment at least of details of the social order.

²¹ Tradução e adaptação livre do autor. The legal rules embody or reflect moral norms, social standards, social policies, community ideals or values.

²² Tradução e adaptação livre do autor. Wise physicians have always admitted that the practice of medicine, while using the sciences, is not a science but is and always will be an art. So we should admit that all government, and court-house in particular, is not and can never be a science, that it is and ever will be an art- and a difficult one.

²³ Caso *Korematsu vs. United States*, U.S. 214, 1944.

²⁴ Tradução e adaptação livre do autor. We have discovered in our teaching of the law that general propositions are empty. We have discovered that students who come eager to learn the rules and who do learn them, and who learn nothing more, will take away the shell and not the substance. We have discovered that rules alone, mere forms of words, are worthless. We have learned that the concrete instance, the heaping up of concrete instances, the present, vital memory of a multitude of concrete instances, is necessary in order to make any general proposition, be it rule of law or any other, mean anything at all.

²⁵ Tradução e adaptação livre do autor. Less as making order than as maintaining order when it has gotten out of order. This is its first aspect, its most ancient aspect, its fundamental aspect.

²⁶ DOUGLAS, 1974; DURAN, 1981.

²⁷ BALL, 1996.

²⁸ KRUG, 1993.

²⁹ KAUFMAN, 2002, p. 87 et seq.

³⁰ Tradução e adaptação livre do autor. The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not a knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to the pri-

mordial necessity of order in the social life. Wide enough in all conscience is the field of discretion that remains.

³¹ Percebe-se em Morton Horwitz similitudes com as concepções historiográficas de Walter Benjamin. É o caso da XIV tese da filosofia da história, segundo a qual o historiador dá um salto de tigre no passado, apreendendo apenas o que lhe interessa. (BENJAMIN, 1969, p. 261 et seq.).

³² São eles: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon e David Trubeck.

³³ Cidade do estado de Connecticut onde localiza-se a Universidade de Yale.

³⁴ Tradução e adaptação livre do autor. Critical legal studies arose from the leftist tradition in modern legal thought and practice. Two overriding concerns have marked this tradition. The first concern has been the critique of formalism and objectivism...

³⁵ Tradução e adaptação livre do autor. (...) that the political thought cannot answer the very questions it defines as fundamental.

³⁶ Tradução e adaptação livre do autor. In such a society, every individual belongs to a large number of significant groups, but each of these groups affects only a limited part of his life. Thus, personality is carved up into a long list of separate or even conflicting specialized activities. The reverse side of this specialization is that the whole person comes to be seen and treated as an abstract set of capabilities never tied together in any context of group life.

³⁷ DWORKIN, 1985.

³⁸ DWORKIN, 1986, p. 46 et. seq.

³⁹ Nome alternativo dado às ações afirmativas, *affirmative action*.

⁴⁰ DWORKIN, 1996, p. 44 et seq.

⁴¹ DWORKIN, 1996, p. 130 et seq.

⁴² DWORKIN, 1996, p. 167 et seq.

⁴³ DWORKIN, 1996, p. 265 et seq.

⁴⁴ DWORKIN, 1996, p. 332 et seq.

⁴⁵ Tradução e adaptação livre do autor. Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought.

⁴⁶ Prefácio do editor em Rawls, 2001, p. xi. Tradução e adaptação livre do autor. (...) the most reasonable principles of justice are those that would be the object of mutual agreement by persons under fair conditions.

Bibliografia

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BALL, Howard. *Hugo L. Black, cold steel warrior*. New York: Oxford University Press, 1996.

BENJAMIN, Walter. *Illuminations*. New York: Schocken Books, 1969.

BENTHAM, Jeremiah. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

BIDDLE, Francis. *Mr. Justice Holmes*. Westport: Greenwood Press, 1986.

BINDER, Guyora; WEISBERG, Robert. *Literary criticisms of law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. *Law and economics in developing countries*. Stanford: Hoover Institution Press, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. Cardozo. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1991.

COLLINS, Hugh. *Marxism and law*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

DALLMAYR, Fred. Hermeneutics and the rule of law. *Cardozo Law Review*, New York, v. 11, n. 5-6, July/aug. 1990.

DERRIDA, Jacques. Force of law: the "mythical foundation of authority". *Cardozo Law Review*, New York, v. 11, n. 5-6, July/aug. 1990.

DOUGLAS, William Orville. *Go east, young man*. New York: Random House, 1974.

DURAM, James C. *Justice William O. Douglas*. Boston: Twayne, 1981.

DWORKIN, Ronald. A badly flawed election. *The New York Times Review of Books*, New York, 11 Jan. 2001.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. The court and the university. *The New York Times Review of Books*, New York, 15 May 2003.

FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. London; New York: Routledge, 1992.

FRANK, Jerome. *Courts on trial*. Princeton: Princeton University Press, 1973.

_____. *Law and the modern mind*. Gloucester: Peter Smith, 1970.

- FRANKFURTER, Felix; LANDIS, James M. *The business of the supreme court*. New York: The Macmillan Company, 1927.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *American law in the 20th century*. New Haven: Yale University Press, 2002.
- GILLMAN, Howard. *The constitution besieged: the rise and demise of Lochner Era: police powers jurisprudence*. Durham; London: Duke University Press, 1993.
- HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics*. Saint Paul: West, 1995.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- HIRSCH, Werner Z. *Law and economics: an introductory analysis*. 3. ed. San Diego: Academic Press, 1999.
- HOEFLICH, Michael H. Oliver Wendell Holmes Jr. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- HOFFER, William James Hull. Felix Frankfurter. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *Collected papers*. New York: Harcourt; Brace and Company, 1921.
- _____. The common law. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- _____. *The essential holmes*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- _____. The path of the law. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- HORWITZ, Morton. *The transformation of american law*. New York: Oxford University Press, 1994. 2 v.
- HULL, N. E. H. Karl Llewellyn. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- _____. Roscoe Pound. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- JACOBSON, Arthur J. The idolatry of rules: writing law according to mooses, with reference to other jurisprudences. *Cardozo Law Review*, New York, v. 11, n. 5-6, july/aug. 1990.
- KALMAN, Laura. *Legal realism at Yale, 1927-1960*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1986.
- KAUFMAN, Andrew L. Benjamin Cardozo. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- KEENAN, Thomas. Deconstruction and the impossibility of justice. *Cardozo Law Review*, New York, v. 11, n. 5-6, july/aug. 1990.
- KELMAN, Mark. Trashing. In: HUTCHINSON, Allan C. (Ed.). *Critical legal studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield, 1989.
- KENNEDY, Duncan; GABEL, Peter. Roll over Beethoven. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 36, january 1984.
- _____. Legal education as training for hierarchy. In: KAIRYS, David (Ed.). *The politics of law*. New York: Basic Books, 1998.
- _____. The structure of Blackstone's comentaries. In: HUTCHINSON, Allan C. (Ed.). *Critical legal studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield, 1989.
- KENS, Paul. Lochner vs. New York. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- KNAPPMAN, Edward (Ed.). *Great american trials: from salem witchcraft to Rodney King*. Detroit: New England Publishing, 1994.
- KRUG, Elisabeth. *Great lives: thurgood Marshall, champion of civil rights*. New York: Fawcett Columbine, 1993.
- LITOWITZ, Douglas E. *Postmodern philosophy and law*. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.
- LLEWELLYN, Karl N. *Our law and its study*. New York: Oceana, 1951.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *El movimiento critical legal studies*. Madrid: Tecnos, 1996.
- LONG, Douglas G. *Bentham on liberty*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.
- MAGRUDER, Allan B. *John Marshall*. Boston: Houghton; Mifflin and Company, 1899.
- MINDA, Gary. *Postmodern legal movements*. New York: New York University Press, 1995.
- MORRISSON, W. L. *John Austin*. Stanford University Press, 1982.
- POLENBERG, Richard. *The world of Benjamin Cardozo, personal values and the judicial process*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

- POSNER, Richard A. *Cardozo: a study on reputation*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- _____. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 1998.
- _____. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- _____. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1922.
- _____. Law in books and law in action. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- _____. *Justice as fairness*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- ROCKWOOD, Bruce. *Law and literature: perspectives*. New York: Peter Lang, 1996.
- SCHLEGEL, Jonh Henry. Legal realism. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- SEIPP, David. 125th anniversary essay, Holmes's path. *Boston University Law Review*, Boston, v. 77, june 1997.
- SINGER, Joseph William. The player and the cards: nihilism and legal theory. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 1, november 1984.
- SINHA, Surya Prakash. *Jurisprudence, legal philosophy*. Saint Paul: West, 1993.
- SLATER, Phil. *Origin and significance of the Frankfurt School*. London: Routledge, 1977.
- SLOTERDIJK, Peter. *Critique of cynical reason*. Tradução de Michael Eldred. Minneapolis: Universidade de Minnessota, 2001.
- STONE, Irving. *Earl Warren, a great american story*. New York: Prendice-Hall, 1948.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and politics*. New York: Free Press, 1975.
- _____. *Law in modern society*. New York: Free Press, 1977.
- _____. The critical legal studies movement. In: HUTCHINSON, Allan C. (Ed.). *Critical legal studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield, 1989.
- WARD, Ian. *Law and literature: possibilities and perspectives*. New York: Cambridge University Press, 1995.
- WHITE, James Boyd. *The legal imagination*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1985.
- WOLFF, Robert Paul. *Understanding rawls*. Princeton: Princeton University Press, 1977.

O constitucionalismo da Era Vargas

Roberto Amaral

Sumário

1. Introdução. 2. A insurreição da Aliança Liberal e o retorno autoritário. 2.1. O texto de 1934: a tardia Weimar brasileira. 2.2. A Carta do 'Estado Novo'. 3. A retomada liberal.

“Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis, mas a ninguém aborrece mais do que a nós sejam essas reformas feitas pelo povo”.

Hipólito José da Costa

1. Introdução

Em 1937 e em 1967-69, como em 1933-34, em 1988 como em 1824 e em 1889-1891, a saber, em todos os momentos cruciais de nossa vida política, na fundação do Estado independente, na transição do Império à República sereníssima (e nela da monarquia absolutista à monarquia constitucional com Poder Moderador herdado da primeira; do regime escravagista à abolição de 1888), e até mesmo em 1946 e em 1988 – para não falar daqueles momentos de exacerbamento autoritário de 1964 ou da institucionalização das ditaduras dos governos Provisórios de 1889 e 1930 –, isto é, em toda a nossa história institucional, há, sempre, um grande ausente: o povo. O povo massa, o povo multidão. Substituem-no as chamadas elites, elites econômicas acima de tudo ou elites intelectuais e políticas a serviço do mandonismo. São elites despartadas dos inte-

Roberto Amaral é professor da PUC-Rio, cientista político e ex-ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

resses coletivo-nacionais, reflexas, exógenas, alienadas.

Sociedade autoritária, Estado autoritário, posto que o direito é, fundamentalmente, a expressão legal dos interesses dominantes na sociedade, no Brasil sociedade conservadora e autoritária. Daí, a preeminência do autoritarismo, uma projeção das relações pessoais e sociais sobre a política. Não poderia, portanto, ser diversa a ordem constitucional, senão, como é, autoritária e recorrente, excludente das grandes massas, superestrutura formal com a qual o homem do povo não se identifica (e por isso mesmo jamais se mobiliza para defendê-la). Falta-lhe desde sempre, desde a origem, na base, por legitimá-la, o pronunciamento da soberania popular. O pacto é firmado pelas elites, para consagrar seus interesses, e, mesmo no sistema representativo contemporâneo, o representado não se sente representado pelo seu representante. O mandato, ontem como hoje, é ficção jurídica, o que só justifica a convivência pacífica de contrários, forçando legitimar, pela efetivação da legalidade, isto é, da eficácia do direito, constituições e cartas constitucionais outorgadas (1824, 1937, a reforma de 1969), ao lado de diplomas decorrentes de congressos ordinários sem poder constituinte de qualquer ordem (qual aquele que produziu a carta de 1967), ou convocadas por congressos sem poder constituinte original (qual a Carta que nos doou a Constituinte de 1987-88, que, aliás, teve, entre seus membros, senadores eleitos antes de sua convocação e senadores não-eleitos, os chamados 'biônicos' – sobrevivência, na democracia, do regime eleitoral autoritário supostamente derogado), ou constituintes eleitas em pleitos sem legitimidade representativa e enxertadas de constituintes corporativos, desvinculados, portanto, da origem legítima do sufrágio (qual a de 1934). Sem falar daquelas cartas oriundas do puro arbítrio, como as de 1937, ato monocrático do Presidente (repetindo o Príncipe absolutista dos primórdios), e a de 1967-69, subproduto da violência constitu-

cional dos atos mediante os quais se institucionalizou o regime militar de 1964. Ou de Constituinte como a de 1891, produto de sociedade sem opinião pública, eleitos seus membros em processo fundado na fraude e na manipulação da vontade eleitoral.

A origem bastarda, porém, não infecciona o constitucionalismo, e o império da nova ordem jurídica se exerce com igual plenitude em todas as hipóteses, pois a legalidade se antepõe à legitimidade. Em variados episódios, na ausência da soberania popular, a legitimidade passa a ser garantida pelo pronunciamento sempre convincente das armas de que a legalidade do 11 de novembro de 1955 é apenas exemplo.

Sociedade reflexa, direito reflexo.

A constituição fundante do Estado brasileiro (1824) foi inspirar-se na constituição orleanista de 1814, de quem lhe copia artigos inteiros, porque nosso constitucionalismo era de tipo doutrinário, de segunda mão, periférico, sem intimidade com os textos originais. A constituição que organizaria a República e importaria a Federação e o Presidencialismo (1891) é ostensivamente um produto do direito constitucional norte-americano concertado pelo bacharelismo de Rui Barbosa, seguindo as pegadas dos inconfidentes de 1789 e dos insurrectos de 1817, leitores de Jefferson e Hamilton. Vencido o período da ditadura instaurada com a Revolução de 30 (Governo Provisório), a reorganização institucional do país seria o programa da Constituição de 1934, repercussão tardia e alienada da fracassada experiência de Weimar (1919). A retomada autoritária dar-se-ia com a carta de 1937, conhecida como a 'polaca', por remontar à ditadura do Marechal Joséf Pilsudski.

Nosso reencontro com a democracia (1945) e o constitucionalismo (1946) se dá sob a inspiração dos ventos soprados pela vitória aliada nos campos europeus esmagando a um tempo o Eixo e o nazi-fascismo. Refletiria, a um tempo, o liberalismo norte-americano e inglês vitorioso, as aspirações sociais estimuladas pelos movimentos po-

pulares ascendentes em todo o mundo, inflados pelos sucessos militares da União Soviética, e o avanço das idéias sociais, socialistas, intervencionistas e comunistas, o novo ‘fantasma’ a pairar sobre as democracias, alimentando os temores e as reações conservadoras.

A instabilidade institucional brasileira, produzindo humilhante sucessão de constituições – todas disponíveis à descaracterização pela via das reformas e emendas a serviço não de sua atualização mas dos concertos/conciliações das elites –, também conhece uma sucessão inigualável de quarteladas, golpes-de-Estado, mudanças de regime político, insurreições, levantes militares e ditaduras. Só não conhece revoluções, porque em nossa história as transformações sociais estão vedadas. Os golpes-de-Estado, de origem militar ou civil, mas sempre com apoio militar, como os golpes de 1891 (renúncia de Deodoro e posse de Floriano), de 37, de 45, de 54, de 55 e de 64, como as insurreições e os levantes, não significam um passo à frente na construção de mudanças. Ao contrário, fazem-se a serviço do *statu quo*. No Brasil, em síntese, as ‘revoluções’ políticas são feitas para que não se façam as revoluções sociais; aqui, a elite é o agente histórico para que o povo não tenha tempo de cumprir com seu papel. Recorrendo a Lampedusa: tudo pode ser feito, contanto que seja para evitar mudanças.

As mudanças, desde a Colônia ao Reino e à Independência, da Monarquia à República, mesmo as transições de regimes de índole democrática para períodos de ditadura franca, operam-se sem que os atores da história se revezem. Sucedem-se os regimes, trocam-se os partidos na democracia representativa, mas nada de substantivo é alterável. No palco – no Império e na República, na democracia e na ditadura –, as mesmas elites representantes dos mesmos interesses: o oligarquismo agrário é substituído pelo capital financeiro. Na platéia, o público, o grande público, o povo, assistindo, atônito – ‘bestializado’ na definição clássica

de Aristides Lobo –, à representação de sua história, história para a qual não escreveu uma só linha, embora tenha sido sempre massa de manobra para os senhores que controlam os cordéis das marionetas, indo às ruas, como multidão, para atender aos apelos mais diversos, como recentemente ao chamamento às ‘Diretas-já’, ou, no processo eleitoral, votando nas mudanças para depois ver os candidatos das mudanças realizando governos de continuidade do *statu quo ante*.

Esse quadro adianta duas outras características de nossa vida política, a saber, a crise constituinte e a pendular alternância do movimento político, num vai-e-vem de forças, umas que intentam mudar, outras que asseguram o imobilismo. Vencem estas. E a cada momento de emergência popular, segue-se um período de restauração autoritária e reacionária. A ditadura de Floriano e a República Velha (e dentro dela o golpe da reforma constitucional de 1926), nesse contexto, podem ser consideradas como resposta reacionária ao liberalismo da constituição de Rui Barbosa (autor de 74 em 90 artigos). Se o levante de 1930 era reação urbana ao autoritarismo da República Velha, o golpe-de-Estado de 1937 (velas sopradas pelos velhos ventos que chegavam da Europa nazista e fascista) consagraria o autoritarismo e a centralização, de par com as reformas modernizantes do Estado Novo. Entre um e outro, o regime de 1934 foi apenas curto *intermezzo* constitucional-democrático (interrompido pelo levante paulista de 32), necessário simplesmente para que as forças da reação se reorganizassem para a decretação do golpe que efetivaria a ditadura com a qual sempre sonhara a liderança castilhistas de 1930. A iniciativa militar de 1945 (com os mesmos atores de 1937, agora destronando o ditador que haviam levado ao poder), agora ensejando a democratização e a constitucionalização que haviam estancado, é resposta aos oito anos do autoritarismo varguista. Ajudam-na os novos ventos agora soprados pela nova Euro-

pa. Trata-se de democracia capenga que desconhece a liberdade de organização partidária e fere mortalmente a representação popular com a cassação de mandatos eleitorais, é verdade, mas não é a verdade toda; é preciso registrar, igualmente, a restauração das franquias democráticas formais, ensejando o regresso do país à normalidade constitucional e ao sistema representativo, com eleições gerais, recuperação do Poder Legislativo e da liberdade de imprensa. A ditadura udenista de 1954-55 é a reação da direita civil-militar ao governo democrático-nacionalista de Vargas (1950-54), tanto quanto 1964 é a reação da mesma direita à promessa de emergência popular facilitada pelo governo Goulart. Fez-se então uma 'revolução' para evitar que o Congresso promovesse 'reformas de base'...

Desdobramento dessa síndrome pendular é a sobrevivência do regime decaído no regime vitorioso e sucessor, como se o passado se recusasse a dar passagem ao futuro, e, assim, nem dia nem noite, o lusco-fusco das concertações/conciliações das elites. Daí, com a Independência, o partido dos portugueses influenciando na Corte. No navio que o levou para o exílio forçado, Pedro II carregou consigo, além da família e da coorte mais próxima, o esquife da Monarquia, mas deixou no Brasil os monarquistas. O movimento de 30 – vitorioso muito em face da adesão dos oligarcas que rompem com o situacionismo – substituiu os sátrapas da República Velha pelos 'coronéis', mudança de titulação e nomes próprios para conservar a essência social e econômica do mesmo mandonismo, que vai sobreviver, depois de 1946, nos partidos engendrados pelo ex-ditador. Os golpistas de 1945 (golpistas ainda quando, derrubando o ditador, abrem espaço à redemocratização) são os mesmos atores de 1937. Reconstitucionalizado o país, promovidas as eleições, assume a presidência, ungido pelo voto popular, o candidato do ditador decaído, o gal. Dutra, ex-ministro da Guerra do Estado Novo e defensor da neutralidade brasileira em face da Guerra.

Será sucedido pelo próprio Vargas, destinado a realizar sua experiência democrática, afinal interrompida por outro golpe de Estado (1954). A redemocratização de 1984-85 é conduzida pelas forças e pelos personagens do regime decaído, e um dos mais notáveis de seus próceres, o antigo presidente do partido da ditadura, é que presidirá o primeiro mandato da Nova República.

A crise constituinte não se esgota na frágil legitimidade das constituições, oriundas da conciliação conservadora e não das exigências da sociedade, pois tem continuidade na sucessão de cartas ditadas para não serem cumpridas, e pela intermediação de uma elite infiel na qual são recrutados os governantes, infiéis ao conteúdo do mandato, fidelíssimos ao poder, qualquer. A verdadeira Constituição de 1824 não está no texto promulgado, mas no pacto que selou os interesses da Monarquia com o escravismo. Não está no texto de 1891, mas a República instala um novo 'Poder Moderador' exercido por mais de um século pelas Forças Armadas. A mesma Constituição de 1891 foi negada na primeira crise (renúncia de Deodoro e ascensão de Floriano), e as Constituições de 1934 e 1937 foram escritas para não serem cumpridas, e não foram cumpridas, solapada a primeira pelo candidato a ditador, solapada a segunda pelos seus próprios autores.

É nesse contexto que se deve compreender o constitucionalismo na Era Vargas.

2. A insurreição da Aliança Liberal e o retorno autoritário

O movimento de 1930 não configurou um processo revolucionário, que subentende ruptura do sistema, mudança macro-histórica, e, fundamentalmente, alteração na essência do poder e no seu mando. Mas rompeu com a institucionalidade; não exerceu poder constituinte (como o golpe de 1889), transferido para uma Assembléia a ser convocada, mas derogou a legalidade anterior. A nova ordem claramente resistia à institui-

onalização e à reorganização constitucional, pelo que o Governo Provisório se prorrogava, enfeixando o Executivo as funções legiferantes, e o chefe do poder central exercendo-o de forma monocrática. Francisco Campos, Ministro da Justiça, autor do texto de 1937, afirmaria, em Exposição sobre o Estado Novo, que “a Revolução de 30 só se operou, efetivamente, em 10 de novembro de 1937”.

Movimento tipicamente urbano, de fortes raízes na jovem oficialidade (afinal era herdeiro do “tenentismo”) e na classe-média surgente, prometia salvar o País tão simplesmente promovendo a regeneração dos costumes políticos, praga daninha apresentada como responsável por todos os nossos males. Negação da República Velha, seu objetivo era aboli-la, derogando os hábitos e vícios da corrupção institucional que haviam degenerado a ordem representativa, fundada nas atas eleitorais, contrafação do sistema representativo e assim reduzida a mera fraude, de que não pode brotar qualquer sorte de legitimidade democrática.

O pretexto para sua eclosão foi a fraude que impedira a eleição de Getúlio Vargas na sucessão de Washington Luís, de quem fora Ministro da Fazenda. (Fraude generalizada, diga-se a bem da verdade. No Rio Grande do Sul, o candidato do oficialismo provinciano, Getúlio Vargas, obteve 699.627 votos contra apenas 982 atribuídos a Júlio Prestes). Seu ideário pode ser resumido na famosa frase de um de seus mais importantes líderes, o governador de Minas Gerais, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, egresso da República Velha e um dos artífices do acordo oligárquico Minas-São Paulo, conhecido como “política do café com leite”, mediante o qual aqueles dois Estados municipais o Catete com seus presidentes e controlavam a política nacional: “Façamos a revolução antes que o povo a faça”.

Eram tempos de crises políticas e econômicas, de conflitos ideológicos que chegavam até nós vindos de uma Europa mal-saída da Primeira e já se preparando para a Segunda Guerra Mundial.

Entre nós, a rigor, a crise política se instalara com a República, exatamente com a frustrada tentativa de golpe de Estado de Deodoro (1891), que culminou com a virtual deposição do Marechal e assunção da ditadura de Floriano, eivando já de ilegitimidade o regime. Seguem-se levantes e insurreições de intensidade e importância diferenciadas, mas todos eles denotadores da insegurança institucional, desde a revolta da Armada (1893) até a coluna Prestes-Miguel Costa (1925-1927), passando pela Revolta da Chibata (1913) e o levante do Forte de Copacabana (1922) e o levante do General Isidoro Dias Lopes (1924). E registre-se o longo estado de sítio em que se converteu o tumultuado mandato de Artur Bernardes, e o golpe de Estado constitucional representado pelas emendas de 7 de setembro de 1926 ao texto de 1891. E sobretudo registre-se aquele terremoto que a crônica identificaria como o ‘general Café’, solapando de vez uma economia anacronicamente agrária, dependente e monoexportadora. Seria ele, na verdade, o grande comandante de 1930.

As finanças mundiais viviam as consequências do *crack* da Bolsa de Nova Iorque e a Grande Depressão, e no Brasil estava no auge a crise do café (desde 1925 a produção era superior à soma do consumo com as exportações), nossa garantia de divisas. A dívida pública externa da União, dos Estados e dos Municípios estava avaliada em 237 milhões de libras esterlinas (valores da época), cobrando-nos, de juros e amortização, 20 milhões de libras anuais.

A crise econômica é agravada com a seca do Nordeste e o custo, para a União, do levante paulista de 1932, proclamado como reação à ditadura do Governo Provisório e denunciado por suas inclinações separatistas, e indubitavelmente insuflado pelas tendências sociais do Governo Provisório. Rapidamente sufocado, terminou, porém, por apressar a convocação da Constituinte indesejada, abrindo caminho para a reconstitucionalização, denunciada por Francisco Campos como tentativa de restauração da

situação anterior. A Carta que produzirá será acusada de anticrônica.

Pressionado, Vargas atende à principal reivindicação da ANL e cria (1933) a Justiça Eleitoral para um regime que não conhecerá eleições; atendendo ao clamor liberal, convoca uma Constituinte que promulgará uma Constituição que não conseguirá ser cumprida.

2.1. O texto de 1934: a *tardia* *Weimar brasileira*

O mundo, a realidade objetiva, a crise internacional e a crise nacional, a polarização ideológica, o fascismo e o comunismo em ascensão, a emergência da socialdemocracia européia, a luta de classes no prosaetório. Hitler e Stalin no poder. Tudo isso faria a Constituição de 1934 essencialmente diversa de sua antecessora, e seu caráter mais distintivo será a consagração de temas como a Nova Ordem econômica e as preocupações com questão social (que deixava de ser ‘caso de polícia’). A família mereceria proteção especial, o mandado de segurança é instituído, e restaurado o *habeas corpus*, e é retomado o federalismo dos fundadores da República.

Antecipando-se ao Estado Novo, é franca a intervenção do Estado no domínio econômico, e poderá até ser identificada como socialtrabalhista, e neopresidencialista, de tendência corporativista, como o demonstra o art. 23 (“A Câmara dos deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais, na forma que a lei indicar”). O corporativismo, que nela se intromete (fora item do Programa da Ação Integralista Brasileira de 1932), será consagrado no texto de 1937. Avançando progressivamente sobre 1891, protegerá o direito à propriedade, mas dirá que ele não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo. E, progressista em face do liberalismo de 1946, disciplinará a desapropriação por necessidade ou uti-

lidade pública, sem condicioná-la a ‘prévia e justa indenização em dinheiro’, cláusula que servirá tão-somente para inviabilizar o instituto. Liberal e democrática, ignora porém os partidos políticos, como já os havia ignorado a Constituição de 1981, e como ignorará, por razões lógicas, a Carta de 1937, que também silenciará sobre a Justiça Eleitoral, que se tornaria imprestável ao novo regime.

No título ‘Da ordem econômica e Social’, determina a nacionalização progressiva dos bancos de depósito, das empresas de seguro e das minas, jazidas minerais e quedas d’água julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País; assegura a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos, institui o salário mínimo, “capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador”, estabelece o limite máximo de oito horas diárias de trabalho, proíbe o trabalho de menor de 14 anos, determina a regulamentação de todas as profissões, institui a Justiça do Trabalho e subordina o reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino à garantia, aos seus professores, de estabilidade e remuneração condigna. Cria o Conselho Nacional de Educação. Concessão ao poderoso clero católico brasileiro, mas recuando em face da Constituição positivista-laica de 1891, dirá que o casamento é indissolúvel e instituirá o casamento religioso com efeitos civis.

Finalmente, pode-se dizer que assinala o advento formal do Estado social brasileiro. Terá sido esta a grande obra do varguismo, aprofundada a partir de 37, ao superar os estreitos limites do liberalismo de 1930.

Não conseguiu, todavia, construir a alternativa que o presente cobrava, para livrar-se de um passado cuja negação pusera o país em armas. Seu objeto é a conciliação, único projeto da elite brasileira ante qualquer sinal de avanço social.

Colcha de retalhos ideológica, reflexo de uma sociedade plural em pleno entrecho-

que de idéias e doutrinas, tenta abrigar o liberalismo e o intervencionismo, terminando por submergir na impossibilidade de conciliar tendências antípodas. De certa forma, prepara o caminho para 1937. Não propriamente para a Carta de 1937, mas para o Estado Novo, que será, no entanto, período de desconstitucionalização, ou de constituinte permanente, enfeixado o poder nas mãos do ditador.

É promulgada por uma Constituinte eleita (1933) por 5,7% da população brasileira adulta.

2.2. A Carta do 'Estado Novo'

A Carta de 1937, outorgada pelo ditador em 11 de novembro derogando o direito liberal, é o instrumento mediante o qual Vargas anuncia e instala o Estado Novo. Como ordem constitucional, não existiu. Não foi. Não conheceu vigência. Não foi observada, nem por ela mesma, não se submetendo ao *referendum* pretensamente legitimador a cujo pronunciamento condicionara sua efetividade. Vale como sistematização doutrinária, e nesse ponto é de valor inestimável, pela técnica jurídica, e pela antecipação, numa primeira formulação coerente, do direito constitucional autoritário brasileiro. Nessa Carta, no seu texto e na sua justificativa, estão os fundamentos do poder constituinte da força, que se autolegitima pela auto-efetivação do direito que dita. Assim, antecipa 1964 (que, no entanto – ironia da história? –, seria um movimento anti-varguista...) na teorização do direito revolucionário que está no preâmbulo do Ato mediante o qual o movimento militar de 1964 se institucionaliza. Em vez de procurar legitimação e legalidade nas instituições políticas e na ordem jurídica constitucional, é o movimento militar que lhes empresta legitimidade, legitimidade de que decorre seu poder constituinte, do qual passam a depender as instituições.

Não sem explicação e conseqüências lógicas, os dois documentos teriam o mesmo redator, o jurista Francisco Campos, ministro da Justiça da ditadura Vargas.

Não se trata, porém, a Carta, de um todo harmônico, intentando costurar fórmulas fascistas e nacionalistas com dispositivos de índole liberal, amalgamando as lições de Pilsudski ao corporativismo clerical-fascista de Salazar, em que foi colher a autodenominação de 'Estado Novo'. A tudo isso se soma a tradição positivista e castilhistas do próprio ditador e dos principais líderes de 1930. Mas há um norte do qual não se afasta: o Executivo forte, legislador, centralizador, o único poder político, exercendo seu império sobre a política, a economia e a vida social.

A nova organização é antifederalista, promove, de um lado, a liquidação do Poder Legislativo e dos Partidos Políticos, de outro, o fortalecimento do sindicalismo urbano e ampla participação das classes produtoras em órgãos técnicos. Surgem as "corporações técnicas de caráter profissional", Conselho de Agricultura, Conselho da Indústria e Comércio, dos Transportes, e assim por diante.

Institui o Plebiscito, ignorado pelas constituições anteriores, embora nenhum tenha sido convocado... Concessão liberal, previa a manutenção do Poder Legislativo (artigos 38 e seguintes), coarctado, porém, pela inaceitável competência do Executivo de decretar sua dissolução (artigo 13). Mas ambos, dispositivos liberal e autoritário, inúteis. Simplesmente não tivemos Poder Legislativo, substituído que foi este pela competência dada ao Executivo de livre expedição de decretos-lei (artigos 12, 13 e 14). Na verdade, o poder legislativo passou a ser exercido por uma nova burocracia, precursora daquela que nos afligiria a partir de 1964.

Reflete o mundo. O fascismo de Mussolini reinava na Itália desde 1922; o nazismo fora implantado na Alemanha (e festejado pela grande imprensa brasileira) desde 1933. A onda direitista era a resposta reacionária à 'ameaça comunista', diante do recuo socialdemocrata e da democracia.

Reflete o Brasil, onde se chocam as doutrinas em guerra na Europa e no mundo.

Reflete o conflito ideológico ensejado pela emergência do eixo fascista e da União Soviética comunista, o avanço das idéias autoritárias, de direita e de esquerda. No Brasil, o avanço do integralismo e das forças democráticas, progressistas e comunistas. Por fim, a provocação em que terminou se constituindo o levante comunista de 1935 e a maquinação do Plano Cohen, como pretextos para o golpe.

3. *A retomada liberal*

A constituição de 1946 (resultado de uma Constituinte eleita por apenas 15% da população e convocada e reunida segundo os ditames da Carta de 37, ou seja, da ordem derogada) é reação pavloviana ao Estatuto de 1937: obstina-se em negar o Estado Novo. É, assim, puramente reativa, com os olhos voltados para uma ordem liberal que pretende restaurar, cega para o futuro, conservadora. É um retorno a 1891 e a 1934, mais precisamente a 1934. Mas recua também atendendo aos compromissos com as forças do atraso, quando, por exemplo, condiciona a desapropriação por interesse social a “prévia e justa indenização em dinheiro” (art. 141, § 16), sepultando de vez qualquer possibilidade de qualquer sorte de reforma agrária, exigência histórica de um século, até hoje não realizada.

Anticentralizadora, recupera o princípio federativo e restabelece autonomia dos Estados e municípios. Conserva as conquistas trabalhistas e institui os direitos da previdência social (art. 157), reconhece o direito de greve, pendente de regulamentação (art. 158), e a livre associação profissional ou sindical (art. 159). Institui a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, pendente de regulamentação jamais operada (art. 157, IV). Preserva a intervenção do Es-

tado no domínio econômico e introduz, pela vez primeira na ordem constitucional positiva, a expressão ‘Plano’, reconhecendo, tantos anos após Keynes, a compatibilidade do planejamento com o capitalismo dependente. Estatui a estabilidade do trabalhador na empresa e determina que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, grande passo na preservação dos direitos da pessoa humana. Regula a vida partidária. A organização e vida dos partidos, todavia, não serão livres, coartadas por uma série de condicionantes reacionários. Estabelecerá, porém, a pluralidade partidária, conquista democrática permanentemente exposta ao combate das reformas políticas auto-intituladas de ‘modernizantes’. No seu passo eminentemente restaurador, recupera o bicameralismo de 1891 e procura diminuir os poderes do Presidente. Então, todos os problemas do país radicavam nos ‘exageros’ do Presidencialismo e nas ‘demasias’ do Poder Executivo. Os olhos de nossos constituintes continuavam em 1937.

Crivado de emendas, o estatuto liberal-conservador descaracteriza-se de vez com a intromissão autoritária do Ato Institucional de 1964, de cujo regime passa a depender sua vigência, derogada formalmente com a Carta congressional de 1967.

Em 1964, o golpe militar, de índole udenista-liberal, anti-esquerdista e anti-varguista, vai buscar suas raízes ideológicas no texto de 1937. Sua primeira providência foi lançar por terra a arquitetura constitucional liberal de 1946. Para isso contratou os serviços do mesmo jurista que havia concebido a Carta de 37, concerto ideológico-doutrinário do Estado Novo. O preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 é a súmula do poder autoconstituente da força. Nesse sentido é filho ideológico da Carta de 37.

A Antártica e o Brasil

Agaciel da Silva Maia

Honrado que fui com o convite para visitar o posto mais avançado da ciência e da pesquisa brasileiras extracontinente, nossa *Estação Antártica Comandante Ferraz*, não imaginava as sensações indescritíveis que viveria em meio à inóspita e quase inexplorada Antártica. Um continente quase do mesmo tamanho da América do Sul, 14 milhões de km², recoberto de gelo e neve – em alguns lugares com camadas de gelo com espessura de 5km e com espessura média de 2.700m – e cujas temperaturas oscilam de 0° C, em pleno verão, a -15°, no inverno, no litoral, e de -32°C (verão) a -65° (inverno) no interior do continente. Após dois dias de espera em *Punta Arenas*, cidade chilena, segunda escala dos aviões da Força Aérea Brasileira que se dirigem ao continente gelado, aproveitando uma janela de tempo, voamos, enfim, à nossa Estação de Pesquisas. Situada na *Ilha Rei George*, às margens da *Baía do Almirantado*, no arquipélago *Shetland do Sul*, a *Estação Antártica Comandante Ferraz* significa a presença do Brasil no que é considerado “o mais isolado, mais frio, mais ventoso, mais elevado e mais seco” continente do planeta Terra.

Um dos últimos países do mundo a aderir ao *Tratado da Antártica*, em vigor desde 1961, somente em 1975 o Brasil passou a integrar, com mais 27 países, a comunidade científica internacional a desbravar aquela imensidão gelada no extremo sul do Planeta. Ainda assim, só em 1982 iniciaram-se as atividades científicas brasileiras na Antár-

Agaciel da Silva Maia é Diretor-Geral do Senado Federal e Vice-Reitor Executivo da Universidade do Legislativo.

tica, com o anúncio da criação da *Estação Antártica Comandante Ferraz* e a seguinte implantação do *Proantar* – Programa Antártico Brasileiro, chegando hoje a 21 anos de contínuo funcionamento.

Em 16 de fevereiro de 1984, foi finalmente inaugurada a nossa estação de pesquisas naquele continente, e desde então tem abastecido não só o Brasil como toda a comunidade científica mundial de estudos altamente reconhecidos sobre a climatologia universal e as influências que o grandioso continente exerce para o equilíbrio meteorológico. Dedicando-se às pesquisas nos campos de Ciências da Atmosfera, Ciências da Terra e Ciências da Vida, nossa estação tem conquistado referências mundiais, mormente no que tange à compreensão da atmosfera antártica e sua influência sobre o clima, a elaboração de projetos de geologia, de geofísica e de cartografia, e o reconhecimento pelos trabalhos científicos que desvendam a estrutura e a dinâmica dos ecossistemas marinho e terrestre e sobre o papel que exercem para a compreensão da vida naquele continente.

Mais recentemente, em 2002, os cientistas brasileiros incrementaram suas pesquisas com foco nas mudanças ambientais em todo o Planeta, e na presença humana, e seus reflexos, na região onde foi estabelecida a *Estação Antártica Comandante Ferraz*.

Sendo um imenso laboratório natural único na Terra, a Antártica cada vez mais assume importância científica incontestável e os cientistas brasileiros desenvolvem, ainda que com os recorrentes problemas orçamentários, trabalhos acatados e respeitados por toda a comunidade científica global. São, sem qualquer dúvida, desbravadores incansáveis, vivendo e trabalhando nos 64 módulos de aço galvanizado que integram a estação em condições de sacrifício, mas dando exemplo para as outras 53 estações existentes no continente, sobre programas de conservação ambiental.

Entre as providências, destacam-se: a colocação de paredes duplas nos tanques

de óleo combustível, a substituição do sistema de esgotos da estação, a adoção de filtros na descarga dos motogeradores, a instalação de incinerador e de um sistema apropriado para tratamento de lixo.

Nos intentos de modernização da estação, desde 1994, juntou-se ao *Barão de Tefé*, navio pioneiro no apoio aos brasileiros na Antártica, o moderno navio oceanográfico *Ari Rongel*, equipado com instrumentos mais avançados para as adequações necessárias às exigências do ambiente antártico. Nos módulos de aço, com capacidade para hospedar 40 pessoas no verão e cerca de 12 no inverno, fica simbolizada a soberania brasileira em seu posto mais avançado. Neles, estão instalados laboratórios de biologia, módulos de aquários de água salgada, laboratórios de geociências, ciências atmosféricas, meteorologia, gravimetria e estudos da ionosfera terrestre, onde milhares de dados são coletados, organizados e decodificados pelos cientistas, biólogos e pesquisadores.

Um dado curiosamente relevante já confirmado pela ciência por meio do estudo das rochas e fósseis de vegetais e animais indica que, no passado remoto, 150 a 180 milhões de anos atrás, a Antártica, a América do Sul, a Austrália e a África faziam parte do mesmo continente, denominado de supercontinente de Gondwana.

Pisando naquele solo de gelo azul, quase ofuscante aos olhos humanos, pode-se perceber a grandeza do universo. Ainda mais se sabendo que o Continente Antártico foi o único em que o Homem não viveu antes da implantação das estações baleeiras ou científicas, e que mesmo hoje, com todos os avanços tecnológicos, o ato de viver ainda é uma desconfortável barreira às condições humanas.

Não fosse o heroísmo desbravador da Marinha do Brasil, apesar das dificuldades logísticas e orçamentárias, pesquisar a Antártica, para o Brasil, seria uma missão impossível. É ameaçador e preocupante saber, por exemplo, que, se todo o gelo antártico derretesse, os oceanos e mares se elevari-

am cerca de 60 metros, fazendo desaparecer milhares de grandes cidades no Brasil, e ao redor do mundo, inundadas pelo cataclisma. Por outro lado, é reconfortante imaginar que quase 80% das reservas de água doce do Planeta se encontram ali, concentradas em suas entranhas ainda inexploradas.

Para sedimentar a presença brasileira no continente gelado, interligam-se apoios e programas em vários segmentos governamentais. Desde 1991, os projetos de pesquisa são financiados pelo CNPq (Conselho Nacional de Pesquisas Científicas). Os projetos, submetidos a este órgão, são filtrados por um grupo de assessoramento, formado por membros da comunidade científica, e são avaliados pela sua relevância, mérito científico e qualificação da equipe executora. Importante é o papel do Ministério do Meio Ambiente, que acompanha todas as atividades humanas sob o ângulo da questão ambiental. Há, também, participação ativa da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), como órgão executivo do Programa. Fazem parte do CIRM representantes dos Ministérios da Marinha, Transportes, Educação, Relações Exteriores, Indústria e Comércio, Turismo, Minas e Energia, Ciência e Tecnologia, Meio-Ambiente, Recursos Hídricos e do Planejamento e Orçamento. Integram ainda o Conselho representantes da Casa Civil e da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Com a manutenção do *Proantar*, o Brasil comprova ser uma Nação interessada na evolução de suas pesquisas científicas, e,

mais além, propugna pela irrestrita defesa aos princípios definidos no *Tratado da Antártica*, em vigor desde 1961, com as ratificações posteriores, incluindo-se o chamado *Protocolo de Madri*, assinado em 1998, que declarou a Antártica reserva natural mundial, consagrada à paz e à ciência, proibindo que nos próximos 50 anos fossem explorados seus recursos minerais.

Há que prevalecer a liberdade de pesquisa científica e a contínua promoção da cooperação internacional no continente, além da proibição de qualquer atividade de natureza militar, do congelamento das reivindicações territoriais, da proibição de explosões nucleares e da preservação do ecossistema. A par disso, o Brasil mantém-se na defesa da posição não-territorialista, ou seja, de que nenhuma nação é proprietária de qualquer segmento daquele espaço continental.

Os resultados obtidos nesses 20 anos de presença brasileira na Antártica, apesar das dificuldades orçamentárias, justificam manter e até aumentar o fluxo de recursos necessários ao desenvolvimento das pesquisas naquele continente. Por isso, registrei ao final da visita, diante da magnificência daquele colosso natural, que “o brilho do sol, que ilumina o gelo azul e a neve branca do continente antártico, sirva para iluminar as mentes destes bravos brasileiros que, investidos de civismo, trabalham para garantir o futuro das próximas gerações de brasileiros”. E, agora, aduzo que “o homem na adversidade dos desafios antárticos faz com que prevaleça o seu instinto pacífico”.

Princípios, regras e a tese dos direitos

Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin

Plínio Melgaré

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios, regras e fins – uma breve aproximação conceitual segundo a ótica de Ronald Dworkin. 3. A tese dos direitos. 4. Considerações finais.

1. Introdução

“Princípios do direito, idéias diretrizes, pensamentos jurídicos gerais: eis alguns termos empregados continuamente pela teoria e a jurisprudência sem que jamais se haja procedido a uma análise sistemática de seu respectivo alcance, nem se haja intentado sequer lançar luz sobre a função e procedência dos conceitos neles expressados” (ESSER, 1961, p. 3). Assim, na década de 50, o jurista alemão Josef ESSER iniciou uma obra bibliográfica referencial acerca do tema pensado para este pequeno trabalho.

Por certo que, desde esse tempo até nossos dias, tanto a doutrina quanto a prática dos tribunais têm se debatido com tal assunto. Todavia, posto que muita luz já tenha sido projetada sobre a função e a procedência de seus conceitos e características, a discussão vinculada à temática dos princípios jurídicos se nos aparece atualmente vigorosa e intensa.

Como uma mera nota de circunstância, haveremos de lembrar que a tragédia humana experienciada pela Segunda Guerra Mundial concorreu fortemente nesse caminho do direito em direção aos princípios, evidenciando que o afivelar da jurisprudên-

Plínio Melgaré é Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, professor nas faculdades de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Faculdade São Judas Tadeu, palestrante na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

cia ao logicismo formal e ao mundo do puro conceitualismo legal permite chegar-se até a altura em que irrompem as supremas interrogantes humano-axiológicas. Desde então, os princípios aportaram no universo jurídico não como um hóspede eventual, mas como um decisivo lastro a firmar o sentido substancial da juridicidade. Portanto, constituem um ineludível ponto de reflexão para os operadores do direito, conforme pensamos evidenciar neste pequeno trabalho.

De outra parte, decorrente mesmo da vacuidade e generalidade próprias dos princípios jurídicos, tal-qualmente Josef ESSER (1961) já o fizera, percebemos que esses são mobilizados para os mais diversos e ambíguos fins, requerendo-se deles, por vezes, mais do que essencialmente podem oferecer, ou crendo-os como um recurso salvífico para solucionar toda a gama de problemas existentes na seara jurídica.

Sem a pretensão de lançar novas luzes, tão-somente pensamos em oferecer à vista algumas ligeiras e modestas reflexões, visando à melhor compreensão do tema proposto. Nesse norte, iniciamos por trazer a lume algumas das aproximações conceituais propostas por Ronald Dworkin e, ao cabo, algumas suas determinadas conseqüências.

2. Princípios, regras e fins – uma breve aproximação conceitual segundo a ótica de Ronald Dworkin

Um importante autor contemporâneo a apresentar relevantes questões concernentes aos princípios jurídicos é Ronald Dworkin. Em seus escritos, desenvolve um intenso e fecundo diálogo crítico com as linhas mestras do normativismo jurídico, mormente com o pensamento de Herbert L. A. Hart. Nomeadamente com sua obra *Taking Rights Seriously*, originariamente publicada nos anos finais da década de 70, aportou uma série de importantes argumentos – e compreensões – na discussão acerca das regras e princípios e suas respectivas inter-relações.

R. DWORKIN, no centro de suas críticas, identifica a caracterização do sistema jurídico normativista como um sistema composto somente por regras. Melhor dito: um conjunto de regras especiais de que se vale a comunidade, cujo propósito é estabelecer qual conduta será punida ou coagida pelo Poder Público (cf. DWORKIN, 1977, p. 38). Tais regras apresentam como condições de identificação critérios formais estranhos à materialidade de seu conteúdo. Com efeito, remontam a seu *pedigree* (cf. DWORKIN, 1977), i.é, à sua linhagem, ao modo e à origem pela qual foram adotadas ou produzidas. De fato, lembramos a noção segundo a qual a complexidade do ordenamento e da estrutura do pensamento jurídico deve compreender o mútuo interagir entre aquelas normas de tipo básico, em que se exige dos homens, positiva ou negativamente, o fazer algo, e as normas secundárias, cujo teor possibilita condutas não só relativas a mudanças físicas, mas, sobretudo, ao criar e alterar de deveres e obrigações (cf. HART, 1994, p. 89-109).

Em semelhante marcha, encontramos Norberto BOBBIO (1990, p. 31-34)¹, que, ao se referir à pluralidade do ordenamento jurídico, diferencia as normas de conduta das normas de estrutura: aquelas tratam de normatizar o comportamento das pessoas; estas referem-se às circunstâncias e aos procedimentos adequados a serem observados para o originar das normas de condutas válidas.

Considerado assim, é dizer, visto o sistema jurídico pela perspectiva única da norma, pela simples dinâmica social, ocorrerá o fenômeno das lacunas, cuja solução, adotando-se a proposta normativista, segundo assinala Ronald DWORKIN, ficaria confiada à propriedade discricional do magistrado. Em semelhante posição de aceitabilidade da discricionariedade judicial, encontramos Norberto BOBBIO (1990), especificamente na abordagem da temática da coerência do ordenamento jurídico e das antinomias. Na hipótese de se caracterizar a insu-

fiência dos critérios da especialidade, cronológico ou hierárquico para a solução de normas incompatíveis entre si (antinomias), segundo esse autor, a solução do conflito acabará por ser deixada à liberdade do intérprete². Demais disso, aquando da existência das antinomias de segundo grau,³ em que, no momento de apontar a solução de um caso, configurar-se o conflito entre os critérios da especialidade e o hierárquico, a solução igualmente dependerá do intérprete⁴.

De outra parte, haja vista a abertura da linguagem jurídica, com suas imprecisões e vacuidades inerentes, permite-se aos intérpretes alcançar mais de uma interpretação razoável. Em tais hipóteses, caracterizadas como *casos difíceis*, a resposta seria imprecisa e incerta, restando a decisão final ao poder discricionário do juiz, que criaria o direito para o caso concreto. Nesse passo, na investigação e no exame de um novo estalão a nortear a feitura de um novo regramento jurídico – ou ainda na tarefa de colmatar o já existente –, marcha-se para algo além do direito.

Aqui, nada obstante sua extrema relevância, trazemos sumariamente à baila uma crítica de DWORKIN de natureza jurídico-política: ao admitir-se a discricionariade judicial, os direitos das pessoas estariam sob a dependência e ao sabor das opções subjetivas do magistrado. Ora bem, nos quadros da teoria em tela, as pessoas têm direitos anteriores aos próprios poderes do Estado, e, por conseguinte, a idéia da discricionariade judicial implicaria a falência de princípios formadores da idéia de um Estado de direito. Basta pensarmos que, em concreto, o juiz estaria legislando e, ao isso fazer, aplicaria uma lei de sua criação, *ex post facto*, logo, ainda não existente para o caso concreto, ferindo irremediavelmente o princípio da irretroatividade das leis⁵, que, se não é singularmente forte o suficiente para combater o arbítrio, porquanto preenche um âmbito meramente formal, configura-se elemento necessário para tal. De fato, o princípio que veda a retroação da lei⁶, garantindo o cum-

primento das regras preestabelecidas, dispõe amarras ao poder, ancorando-o ao tempo passado e, por conseguinte, aos compromissos assumidos, impedindo-o de agir como se fora seu dono⁷. Na conformação dessa idéia, o poder não pode pretender constituir a ordem da coexistência humana como bem a quizer, alterando-a no tempo presente diante de exigências não previstas ou desejos de algum soberano.

Com efeito, impende que façamos uma breve nota acerca do modelo de Estado de direito aqui referido. Decerto, não pensamos em uma mera identificação do Estado com a ordem legal, a identificar um Estado de direito formal – ou de mera legalidade. Sem embargo, registramos a compreensão de um Estado de direito material, comprometido com a efetivação da ordem democrática, em que o sentido axiológico da normatividade jurídica seja um postulado concreto. Sob essa perspectiva, as decisões levadas a efeito pelos órgãos e poderes estatais devem ser justificadas, sem serem toldadas pela obscura névoa do arbítrio. Como pedra angular do Estado de direito material, conforme aqui o pensamos, advogamos a supressão dos atos do poder público pautados pela mera representação de uma *voluntas*, assegurando às pessoas seus direitos em face desses poderes, com o devido consubstanciar dos princípios normativos na constituição procedimental e estrutural do Estado, garantindo-os a indisponibilidade frente a qualquer poder – e aqui, pois, não nos referimos apenas aos poderes públicos.

Como corolário desse entendimento, alcançaremos uma compreensão segundo a qual o poder político não será a célula criadora dos princípios e da moralidade, devendo, todavia, assumi-los – inclusive pela via da positivação. Sob tal perspectiva, assegura-se o necessário equilíbrio entre os valores ético-jurídicos e as instâncias políticas, desviando-se de alguma absoluta hegemonia e proeminência de um desses termos – valores ético-jurídicos e instâncias políticas – em relação ao outro.

Em presença do poder de criação discricionário do direito pelo juiz, haverá de se opor uma função garantidora do órgão jurisdicional. Ademais, concordar com a discricionariedade do juiz acaso não implicaria um (inaceitável) subjetivismo assaz irracional do direito? Isso posto, eis uma primeira e breve conclusão: em um norte prospectivo, a intencionalidade da doutrina de DWORKIN tem por norte reduzir o arbítrio da atividade judicial sem, contudo, convertê-la em uma operação mecânico-silogística⁸ ou ainda torná-la um instrumento estratégico na busca de programas político-sociais.

A todas essas questões, operando em um outro campo de idéias, DWORKIN (1997, p. 43) contrapõe um sistema jurídico aberto e plural, composto, além das regras, maiormente, por princípios. Os princípios, que indicam todo o tipo de pautas que não são regras, por seu turno, são compreendidos por duas perspectivas: a dos princípios em sentido estrito, que doravante chamaremos de princípios normativos, e a das diretrizes políticas, dos programas de ação.

Diretrizes políticas são, conforme depreendemos das palavras do próprio autor, aquele tipo de *standard* que apresenta o propósito de um objetivo a ser alcançado, de uma maneira geral, uma melhoria em algum fator socioeconômico ou político da comunidade (1997, p. 43). Os princípios normativos são aqueles padrões a serem observados em razão de alguma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de eticidade. Assim, conforme bem registrou Paul RICOEUR (1997, p. 149), os princípios – diferentemente das regras –, desde logo, “não são identificáveis pelo seu pedigree (quem os editou?, o costume?, o poder?, uma legislação inatingível?, precedentes?), mas pela sua força normativa própria”. Demais disso, pontualmente, sublinhamos uma outra importante nota caracterizadora dos princípios normativos: seu desvincular das circunstâncias econômicas, sociais ou mesmo daquelas derivadas da política, vista como atividade estratégica.

Outrossim, conforme DWORKIN (1977, p. 45), há outro aspecto a distinguir princípios e regras. E aqui a diferença a ser assinalada dá-se sob um ponto de vista de índole lógica, decorrente do sentido e do tipo da orientação ofertada pelas regras e pelos princípios. A estrutura lógica de aplicação das regras insere-se no campo do binômio tudo/nada, é dizer: estipulados os fatos dados pela regra, ou bem ela será válida, e aceitaremos sua resposta, ou será inválida, situação na qual sua resposta em nada será considerada⁹. Na esteira do considerado, acentuamos que a regra é um critério normativo abstrato e, logicamente estabelecida, sua aplicação ocorre em termos de se-então (se A é, B deve ser). Assim, assiste plena razão a Karl ENGISCH (1988, p. 36) em caracterizá-las como “regras de dever-ser, e são verdadeiramente, como sói dizer-se, proposições ou regras de dever-ser hipotéticas. Elas afirmam um dever-ser condicional, um dever-ser condicionado através da hipótese legal”. Ademais, por certo, (re)lembrando o primoroso magistério de Pontes de MIRANDA (1970, p. 19), a compor a essencialidade da regra está a referência a seu suporte fático, “isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide”, assim como seus efeitos. Noutros termos, a constituir a regra jurídica está a alusão ao fato – um algo – ou grupo de fatos que se oferecem de base ao incidir da regra, produzindo o fato jurídico, assim como os seus efeitos.

Os princípios, por sua vez, não transitam no disjuntivo campo do tudo ou nada. De fato, possuem uma medida ausente no quadro de compreensão e aplicabilidade das regras, qual seja a dimensão de peso ou relevância¹⁰. Assim, caberá ao decidente, caracterizada uma situação de interferência entre princípios, considerar o valor de cada um. Verifica-se uma situação distinta quando há o conflito entre regras, pois, lançando mão de critérios formais¹¹, optar-se-á por uma ou outra regra – afinal, “if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule”

(DWORKIN, 1977, p. 48). Sem embargo, a compor o grau de inteligibilidade dos princípios e, por conseguinte, seu concretizar, incontornavelmente está o questionar acerca de seus valores e importâncias, porquanto não são meros enunciados formais, senão que substantivos elementos constituintes da intencionalidade e do sentido axiológicos da normatividade jurídica. De outra parte, os princípios, a par de sua indeterminação, em maior ou menor extensão, uma vez constituídos, refletem sobre todo e qualquer fato que, dada sua significação, tornar-se objeto da normatividade jurídica. Ademais, na medida em que estabelecem a razão de ser, o sentido fundamentante do direito, expressam substanciais exigências práticas vinculantes, as quais a ordem jurídica deve assumir. Destarte, os princípios não são apenas margens a fixar limites para a jurisprudência, senão que constituem o próprio leito por onde escoam as águas do direito.

Pois bem, independentemente das distinções entre os princípios e as regras, tanto aqueles quanto estas também são obrigatórios e vinculativos, devendo ser observados pelos juízes. Por via de consequência, diante dos casos difíceis, nos quais as regras não oferecem uma pronta solução, os intérpretes devem se socorrer dos princípios, uma dimensão componente do ordenamento jurídico, donde se conclui que a idéia positivista da discricionariedade judicial é absolutamente débil.

Efetivamente, a aludida distinção entre princípios e regras, nos moldes propostos por DWORKIN, atinge um dos postulados nucleares do positivismo jurídico: a tese segundo a qual há uma regra de reconhecimento, que determina estruturalmente os sistemas jurídicos modernos. Conforme a doutrina juspositivista, nas complexas sociedades contemporâneas, as regras jurídicas obedecem a uma estrutura hierárquica, de forma que a validade de uma norma decorre de sua adequação com as regras postadas em um nível jurídico hierarquicamente superior.

O escalonamento hierarquizado permite precisar se uma norma integra o sistema jurídico ou não, pelo exame de seu *pedigree*, de sua linhagem, conforme já referido. Exemplificativamente, a validade de uma portaria depende de sua sujeição às leis superiores. Tal cadeia segue até se alcançar o topo do escalão normativo: a Constituição, o referencial supremo de validade. Ora bem, natural que surja a seguinte pergunta: o que confere validade à Constituição? Essa validade será conferida por uma regra que determina que o que está dito pela Constituição é direito. Essa seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico, que fornece os critérios de validade de todo o ordenamento jurídico, encerrando a cadeia de validade do sistema.

A regra de reconhecimento, nesses termos, apresenta uma dupla natureza:

(I) é a regra primeira do sistema jurídico, a lhe conferir validade;

(II) manifesta um fato social constituído pela aceitação prática de como as normas jurídicas são identificadas, isto é, decorre sua existência de uma questão de fato¹².

Sublinhamos que essa tese consubstancia a distinção entre direito e moral, pois assevera que há uma medida alheia à moralidade na qual são reconhecidas as normas jurídicas.

Como já assinalamos, os princípios não estão submetidos a essa regra de reconhecimento – ao teste de *pedigree*. Ademais, os princípios têm sua dimensão consagrada pela *sua própria força normativa*, vinculados a um critério material e derivados da moralidade política pressuposta pelas normas e instituições comunitárias. Destarte, o direito não se torna alheio à moral, sendo absolutamente equivocado o corte juspositivista efetuado entre as categorias do ser e do dever ser.

Acentuamos, pois, como corolário comparativo do reconhecimento, da distinção e da concretização delineada entre princípios e regras, na linha dworkiana, os seguintes aspectos:

- enquanto as regras são reconhecidas por seu *pedigree*, por uma regra de reconhecimento – critério formal alusivo à sua origem –, os princípios os serão por sua medida de valor e intencionalidade – critério material incidente sobre seu conteúdo e sentido;

- na seara dos conflitos, anotamos outro traço distintivo: no caso de conflito entre regras, o critério de solução será formal, excluindo-se, por uma questão de validade, do ordenamento jurídico uma das duas normas antinômicas. No caso dos princípios, a solução passará por uma mediação reflexiva e prudencial acerca da axiologia e relevância do princípio, sempre, é claro, desvelado pelo caso concreto, sem que algum princípio seja descartado em definitivo;

- no campo da operatividade, flagramos outra distinção: ao passo que as regras são ou não aplicadas em sua totalidade, os princípios são dúcteis, isto é, apresentam-se com um grau de plasticidade, sendo mais ou menos concretizados em decorrência de sua substantiva dimensão valorativa. Assim, as regras aspiram a dar de um modo reto a resposta para os casos previstos, enquanto os princípios indicam materialmente o caminho a ser seguido na tomada da decisão, bem como o sentido axiológico assumido pelo Direito.

Tudo, decerto, melhor compreendido seguindo este quadro:

A salientar que a exposição e o reconhecimento dos princípios normativos, como aqui o fazemos, não hão de ser confundidos com os tradicionais e conhecidos “princípios gerais de direito”, pois que estes, consentidos pelas mais diversas correntes jurídico-metodológicas, inclusive aquelas vinculadas mais ou menos remotamente ao positivismo jurídico, não ultrapassam o limite de inferências lógicas, originadas das próprias normas e axiomáticamente constituídas. Noutra palavra, os tradicionais princípios gerais de direito acabam por cumprir a passagem da premissa à conclusão sem que se faça qualquer processo de mediação. Destarte, acabam por ser, conquanto suas amplas generalidades e abstrações, simples regras.

Na distinção por nós traçada, estamos a dizer que os princípios normativos não propõem um critério formal e pronto para uma imediata aplicação, e, por via de consequência, alguma instantânea solução preestabelecida a um qualquer problema a ser decidido pela via jurídica¹³. Sem embargo, os princípios normativos enunciam a intencionalidade regulativa da normatividade jurídica e o fundamento informador para a solução do caso decidendo, gravando, na essência conformadora do fenômeno jurídico, uma dimensão ética, que constituirá sua pedra angular. Os princípios são substanciais elementos valorativos, impregnadores

	<i>Princípios</i>	<i>Regras</i>
<i>Reconhecimento</i>	Critério material, decorrente de sua axiologia substantiva.	Critério formal, por meio de uma regra de reconhecimento (teste de <i>pedigree</i>).
<i>Conflito</i>	Soluciona-se por um critério material, invocando uma tomada de posição frente à relevância do princípio.	Resolvido por algum critério de base formal (hierarquia, cronológico ou especialidade).
<i>Operatividade</i>	Enunciam um fundamento, sendo em maior ou menor grau aplicáveis.	Enunciados formais de uma prescrição, são aplicadas ou não (relação tudo/nada).

do sentido assumido pela a ordem jurídica. Portanto, para seu concretizar, invocam um agir autônomo de mediação, em que se os mobilize para fundamentar o sentido da decisão tomada, é dizer, um juízo reflexivo a traduzir um autêntico *ius dicere*.

Ao fim e ao cabo, entendemos que o reconhecimento do sistema jurídico como composto apenas por regras ou por princípios e regras implica maneiras diferentes de compreender a dinâmica da experiência jurídica – ou bem uma racionalidade puramente lógica, em que o direito é um objeto a conhecer, ou bem uma racionalidade prática, sendo o direito um algo a fazer. Sem embargo, releva observar que não está em causa a primária verificação do que a atividade judicial tem por regra fazer, mas por quais e a quais normas está vinculada, é dizer, não o que por princípio o juiz deve fazer, mas sim que há princípios, porque vinculantes, que o obrigam, determinando o que fazer¹⁴.

Seguindo a linha proposicional de DWORKIN, conforme vimos, no horizonte conformador do *corpus iuris*, há, para além dos princípios normativos e das regras, as diretrizes políticas. Com efeito, percebemos em tal contexto uma distinção de natureza diversa daquela existente entre os princípios e as regras. Tal-qualmente observamos, as diretrizes políticas referem-se à promoção de finalidades políticas, sociais e econômicas, enquanto os princípios têm por sede alguma dimensão da eticidade comunitária. Todavia, mister salientar que essa diferenciação não é absoluta, no sentido de que pode deixar de ser vista quando a essência de uma finalidade social for a própria satisfação de um princípio.

Ante o exposto, sumariamente, podemos recortar algumas divergências de DWORKIN em relação ao positivismo jurídico:

- o sistema jurídico não se compõe apenas por regras, senão que também por princípios;
- nos quadros de um Estado de direito, há de se negar o poder discricionário do juiz, e, quando a regra for imprecisa, o decidente

deve recorrer aos princípios, assegurando aos litigantes uma solução justificada conforme o direito – e não segundo seu arbítrio;

- há uma inter-relação inexorável entre direito e moralidade.

3. A tese dos direitos

Descortina-se, dos pontos vistos até aqui da doutrina esposada por Ronald DWORKIN, um elemento de capital importância – mormente, em nosso juízo, nos dias atuais, em que se evidencia uma tentativa de redução do direito às estruturas e à metodologia da política¹⁵: as inter-relações entre direito e política e suas respectivas argumentações fundamentantes. Exsurge, então, a *tese dos direitos* – um dos aspectos nucleares da obra de Ronald DWORKIN. Ora bem, o que se vai então propor é que os direitos dos indivíduos e dos grupos serão criados, para além das regras, pelos princípios.

Por essa via, consubstanciam-se, pois, duas esferas distintas acerca do fundamento justificante de uma argumentação. Destarte, teremos, em um pólo, argumentos de princípios e, noutro pólo, argumentos de política – de diretriz ou ação política. Enquanto aqueles vinculam-se a razões endereçadas a consagrar um direito, quer seja de um indivíduo ou de um grupo, estes descortinam circunstâncias que visam à instituição de um objetivo extensivo à coletividade, de uma meta de natureza social. Em uma palavra: os argumentos políticos intentam fixar um objetivo coletivo; os argumentos de princípio, um direito (cf. DWORKIN, 1999, p. 148-158). Recuperando uma conhecida tipologia weberiana, diríamos que a racionalidade a reger os argumentos de política seria finalística, enquanto o sentido dos argumentos de princípio faria caminho no campo da racionalidade axiológica¹⁶. Na encruzilhada em que ocorre o inter-relacionar entre o direito e a política, sendo aquele, pelo próprio exercício do poder, muitas vezes subordinado a esta, os princípios normativos exsurgem como um pólo a re-

gistrar o sentido – e por conseguinte o próprio fundamento – do direito, garantindo sua autonomia e dignidade próprias.

Tal ponto de vista desenvolve na doutrina dworkiana um importante papel, pois cimentará o entendimento acerca da distinção das atividades reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Como vimos, os direitos das pessoas nascem das regras e dos princípios normativos, portanto, não estão vinculados aos fins sociais pretendidos. Por essa razão, os Tribunais, local por excelência da afirmação e do reconhecimento dos direitos, haverão de fundamentar e motivar suas decisões em argumentos principiológicos – e não de finalidades. Reafirma-se a noção da divisão dos Poderes, atribuindo-se ao Poder Legislativo a competência de estabelecer as diretrizes e as ações políticas da sociedade¹⁷. Nesse caso, enquanto a natureza da atividade do legislador anima-se e justifica-se pelos argumentos de política, permeados por um cálculo estratégico em atenção aos compromissos legítimos assumidos com os interesses dos diversos grupos sociais, os Tribunais mobilizam razões de princípios, de natureza ético-jurídica, vinculados a valores de ordem comunitária. Conforme bem observa Jürgen HABERMAS (1997), assim considerados, os princípios desvelam o nível de fundamentação racional dos sistemas jurídicos contemporâneos, constituindo um elemento normativo superior. Outrossim, em contraposição ao positivismo jurídico – que, na medida em que aproxima o direito a uma expressão de vontade sustenta o conteúdo contingencial do direito – e em oposição a qualquer instrumentalização do direito, os princípios referem-se a um algo indisponível, garantindo “através de uma jurisprudência discursiva (...) as condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração” (1997, p. 260).

Afirma-se aqui, na prática jurisprudencial, a supremacia dos direitos em relação às finalidades sociais, superando-se deci-

vamente o postulado segundo o qual o juiz deve decidir como se legislador fosse¹⁸. Efetivamente, um argumento e uma justificação de princípios anotarão uma decisão que reconhece e afirma o direito de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. Por sua vez, os argumentos de política afirmam uma decisão política que evidencia o benefício ou a proteção de um objetivo sociocomunitário (DWORKIN, 1999, p. 148). A atividade política do Legislativo move-se na perspectiva dos fins e da planificação sociais, vista pela ótica programática, em que prepondera uma racionalidade finalística. Por seu turno, a atividade dos Tribunais não se subjeta às finalidades de ordem social, pois busca o vincar de um direito, consubstanciado por uma racionalidade axiológica e material. Enfim, aos Tribunais cabe, mobilizando argumentos de princípios, afirmar a autonomia do direito, e não a sujeição aos programas sociopolíticos.

De fato, mesmo com a aproximação conceitual posta, caracterizar e distinguir os princípios normativos e as diretrizes políticas nem sempre será tarefa fácil. Nomeadamente, se considerarmos a pluralidade e a fragmentação das sociedades contemporâneas. Ademais, e a observação da realidade isto evidencia, não se pode perder de vista o caráter instrumental assumido pela legislação, que hoje se afasta do mito do legislador racional – e do hipotético pressuposto de genuína expressão da vontade geral – para, talvez, mais ser um programático e planificador instrumento de governo¹⁹. Corolário disso é encontrarmos, amiúde, insertos no sistema jurídico, princípios normativos e diretrizes políticas²⁰. Ao cabo, no rumo que visa a estabelecer algum critério aproximativo dessa distinção, há de se saber impossível uma absoluta resposta preestabelecida, decorrente de um qualquer postulado.

A despeito de toda a alteração do papel e do sentido do texto legislativo nas sociedades atuais – e a relevância dos princípios –, mister acentuarmos que, nos quadros do pensamento jurídico-metodológico ora es-

tabelecido, não se preconiza o abandonar do texto legal²¹. Cuida-se, na realidade, de um redimensionar do papel desempenhado pela lei e sua caracterização no concretizar do direito pela via pretoriana. Dessa forma, a lei deixa de ser a fonte única do direito, retratando, muitas vezes, convenções políticas, ou um comando imperativo a ser aplicado silogisticamente pelo juiz, para ser assumida como um hipotético critério normativo abstrato, que previamente representa um esquema de resposta ao problema jurídico a ser resolvido.

Ora bem, se antes vimos os conflitos na seara dos princípios e das regras – e entre os próprios princípios –, compete-nos agora destinar algumas palavras acerca do conflito entre os princípios normativos e as diretrizes políticas. Aqui, oferecendo livre curso à supracitada *tese dos direitos*, não se cogitará da atividade mediadora que considera o “peso” de cada princípio. Haverá, pois, antes *et por cause* da essência justificadora e racionalizante que nucleia cada uma dessas dimensões do sistema jurídico, a prevalência dos princípios sobre as diretrizes políticas. Assim, da definição de um direito sucede que não pode ser suplantado – ou considerado menos importante – por um objetivo ou fim social (DWORKIN, 1999, p. 161).

Pronuncia-se, desde logo e claramente, que as pessoas têm direitos anteriores aos – e independentes dos – programas, ações e decisões dos governos, das autoridades políticas ou mesmo dos poderes públicos. Tais direitos Ronald DWORKIN nomina de *direitos institucionais*, v.g. o direito que protege as pessoas em face de uma legislação retroativa, o direito à integridade física, ou ainda o catálogo dos direitos fundamentais. Compete aqui fazermos dois precisos esclarecimentos:

I – nem todos os direitos representam direitos contra o governo (basta pensarmos que o direito, por vezes, tem um mero aspecto organizativo, por exemplo, as normas que regulam o tráfego de automóveis: hoje,

em determinada via, posso ter direito a estacionar um automóvel em uma determinada rua, amanhã, na mesma via, tal direito pode ser negado);

II – sustentar a tese dos direitos não implica afirmar que o Estado jamais poderá deixar de dar o respectivo peso a esse direito, ou até mesmo invalidá-lo (antes, expressa que o governo não está justificado a deixar de respeitar um direito pelo simples fato de buscar uma vantagem social) (DWORKIN, 1999, p. 279-292).

Ao cabo, anotamos duas incontornáveis razões fundamentantes dessa compreensão: as ponderosas noções de dignidade da pessoa humana e de igualdade política. A primeira a nos alertar que há formas de tratar um homem incompatíveis com o reconhecer de sua condição de integrante da comunidade humana; a segunda, a registrar que às minorias e aos membros mais fracos de uma comunidade devem ser assegurados iguais direitos, consideração e respeito destinados às maiorias ou aos membros mais poderosos. Dessa forma, o desrespeitar de um direito institucional “significa tratar a um homem como algo menos que um homem” (DWORKIN, 1999, p. 295). De fato, a tese dos direitos implica, na conformação substantiva da coexistência comunitária, a superioridade destes em relação aos fins sociais.

À vista disso, evidencia-se a superação do referencial paradigmático do formalismo jurídico, surgido a partir do pensamento moderno-iluminista, que, atento ao então nascente individualismo, com a sua respectiva redução do direito às normas, acabou por confluir para um absoluto esgotamento axiológico-substancial do direito. Contudo, releva acentuar a peculiaridade característica dessa superação: o não-seguimento do curso das muitas tendências existentes no pensamento jurídico, destacadamente as funcionalistas, que, instrumentalizando o direito, vinculam-no a uma orientação marcadamente segundo fins e funções, com os quais deve o Direito regulativamente cum-

prir – agora não em atenção ao indivíduo, mas sim à sociedade, cuja consequência derradeira, diante da político-socialização do direito, culmina na perda de sua autonomia intencional e material²². Por via de consequência, o que por ora temos como relevante na tese dos direitos é a recuperação da autonomia do direito, caracterizada pelo postular da intencionalidade valorativa da ordem principiológica, intentando sua concreta realização pela mediação de um juízo prático-reflexivo que, frente aos poderes socialmente estabelecidos, reconheça e afirme o direito das pessoas. Assim, se pelo referencial do formalismo normativista o direito é perspectivado pela categoria do indivíduo, se pelo referencial funcionalista o direito é perspectivado pela sociedade, o referencial da tese dos direitos o será pelo homem.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar existir, em DWORKIN, com sua tese dos direitos e a importância dada aos princípios, uma tentativa de restaurar uma qualquer vertente jusnaturalista. Decisivamente, porém, notamos aspectos claros que o afastam peremptoriamente das Escolas do Direito Natural. Senão vejamos: os princípios, cujo papel é central em toda a construção doutrinária dworkiana, em nenhum momento são pensados como imutáveis, universais ou unitários, ou ainda oriundos de uma transcendente e metafísica ordem. De fato, encontramos a historicidade, negada pelas correntes jusnaturalistas, como elemento constituinte da intencionalidade e do sentido dos princípios e do direito. De outra banda, há um discordar agudo em relação à compreensão metodológico-jurídica jusnaturalista, pois, se esta navega nas águas da dedução, Ronald DWORKIN preconiza um método interpretativo, em que o direito, ao invés de um objeto dado, reflete sempre uma tarefa a construir e a reconstruir – uma prática social institucionalizada e argumentativa e racionalmente justificada.

Da inteligibilidade dos princípios e da tese dos direitos nascerá outra importante

proposta de Ronald DWORKIN: a doutrina da única resposta correta²³. Com efeito, significa que, com frequência, tanto os complexos casos jurídicos quanto as intrincadas questões de moralidade política encontram, no lugar de um leque de soluções ofertadas, a serem escolhidas mais pelo arbítrio que pela razão, uma só resposta adequada (DWORKIN, 1999, p. 396 et seq.), a ser desvelada pelos princípios, em conformidade com a tese dos direitos. Importa destacar que não há o preconizar de que todos devam alcançar a mesma resposta ou mesmo que as decisões judiciais não sejam passíveis de críticas e controvérsias – ou ainda que todas as decisões levadas a termo sejam corretas. De fato, convém sublinhar, DWORKIN não assevera que em cada caso haverá uma solução correta preestabelecida, mas sim que, em princípio, ela é possível, sendo, na maior parte dos casos, factível, alcançável²⁴. De outra parte, há, nessa pretensão da “única resposta correta”, a compreensão de que um processo visa a descobrir os direitos existentes, antes de arbitrariamente inventá-los.

Por certo, o encontrar dessa resposta não é tarefa fácil. Ao contrário, é missão de elevada dificuldade. A ponto de ser necessário, para desempenhá-la, invocar-se a figura ideal do sobre-humano juiz Hércules, que, provido de qualidades especiais para manejar o manancial jurídico aportado pelos princípios normativos, pelas diretrizes políticas, assim como as regras, teria aptidão para *construir* a resposta correta. Note-se que, ao usarmos o verbo construir, não o fazemos gratuitamente. Fazemo-lo, pois, para estabelecer que a resposta correta não será oriunda de um lógico-formal processo de aplicação mecânica do direito, senão que de um processo interpretativo, fruto de uma ação argumentativa que mobilizará razões justificadoras da decisão.

Por essa linha, abre-se caminho para uma coerente via reconstrutiva do direito, referente a um plano axiológico em que, além dos princípios, os precedentes, haja vista a matriz analógica presente no raciocínio ju-

rídico, desempenham um importante papel. Ao fim e ao cabo, a única resposta correta – ou, talvez melhor, a resposta mais adequada possível – não será advinda de um pressuposto e dado catálogo de convenções, nem da imposição da *autoritas* de um poder, tampouco será aquela tão-somente endereçada ao cumprimento de um fim social, mas sim a que, após enunciada, mobilizadas as dimensões da constituenda normatividade jurídica, tendo por base uma fundamentação racional argumentativo-dialógica, perceba-se historicamente contextualizada como a única correspondente à justiça decisória exigida pelo caso. Sem embargo, pretende-se, e isto advogamos, é elidir, ou ao menos minimizar, o que de arbítrio haja na decisão judicial, é dizer, que não se recorra em sua fundamentação argumentativa “a mera invocação do *fiat* da decisão como factor determinante”²⁵. Por certo, nesse mesmo sentido, são relevantes os aportes trazidos por Chaïm PERELMAN (1980, p. 120 et seq.), ao sustentar a razoabilidade das decisões como elemento de sua própria aceitabilidade, porque o papel do juiz é contribuir para a boa acolhida do sistema, ao caracterizar que a decisão que ele leva a efeito não é apenas legal, senão que aceitável porque razoável, pois “each time he must settle conflict of opinions, interpretations and values, he must see those solutions which are both in conformity to the law and acceptable.”

Ao cabo, sublinhamos outra consequência importante decorrente da tese dos direitos. No âmbito da teoria política, procurando caracterizar o que deve ser o direito e o funcionamento de suas instituições, traz a lume uma crítica ao utilitarismo²⁶ e à sua pretensão de situar o direito a serviço do bem-estar geral, devendo, pois, visar ao estabelecimento de maiores vantagens ao maior número de pessoas. Ora bem, acordar com tal entendimento corresponderia a um pôr em risco os direitos das minorias, haja vista, por óbvio, não se enquadrarem na categoria do maior número. A isso Ronald

DWORKIN contrapõe uma noção de um liberalismo progressista, de elevada natureza igualitária.

4. Considerações finais

A temática aqui vista e ponderada forja-se pela compreensão do pensamento jurídico em consubstanciar a atividade jurisprudencial – e o direito, em últimos termos – como uma prática social, que busca racionalmente a justiça decisória ante aqueles concretos problemas humanos que mobilizam a intermediação da normatividade jurídica para a sua solução. Nesse norte, o direito assume-se como uma tarefa a ser feita que, em vez de pretender subsumir os fatos concretos da vida em um conjunto de regras preexistentes e definidas por uma qualquer convenção legal, postula uma constante prática argumentativa necessária para obstruir a discricionariedade das decisões²⁷.

O assumir de tal compreensão, com efeito, traduz o desenvolvimento do arco diacrônico do pensamento e da metodologia jurídicos. Nos marcos do sumário delinear pedagógico proposto por Chaïm PERELMAN (1988, p. 35-132), teríamos que o pensamento jurídico, a partir do Código Napoleônico, poderia ser distinguido, *grosso modo*, em três grandes fases: a da Escola da Exegese (finda próximo do ano de 1880); a das Escolas Funcionais e Sociológicas (até 1945); e a da concepção tópica. Sumariamente, assim seria:

I – Na primeira fase, cumprindo os ditames dos revolucionários franceses, o direito identificou-se com a lei. Obedecendo-se a divisão tripartida dos poderes e a formação do contrato social rousseauiano, caberia ao legislador, representando a expressão da vontade geral, criar o direito. Animado pelo racionalismo moderno, o sistema jurídico é pensado como axiomático, de todo completo e coerente, restando aos tribunais uma atividade passiva, de mero repetidor das palavras da lei. Por conseguinte, estabelecidos os fatos, basta subsumi-los à regra que

está dada. A pedra de toque da função judicial dá-se pelo silogismo formal, em que a premissa maior é a lei, a premissa menor, o fato e a conclusão, decorrente de um simples raciocínio dedutivo, será a sentença²⁸.

II – A fase das Escolas Funcionais ou Sociológicas preconiza outro ofício para o direito e a atividade judicial, passando-se agora a questionar acerca dos fins almejados pelo legislador. A inteligibilidade do direito ocorre pelos objetivos e valores que este procura produzir na sociedade. Os tribunais abandonam a concepção dedutiva e abraçam uma atuação finalística, haja vista que o direito passa a ser considerado como um meio para atingir determinados objetivos. Diante disso, interpreta-se o texto legal em conformidade com a vontade do legislador. Ao cabo, os juízes deixam de ser *a boca da lei* para se transformar em seus olhos e braços, que devem ver e realizar os fins pretendidos pelo legislador aquando da elaboração da lei.

III – A terceira fase, dita tópica, apresenta caracteres próprios e distintos das suas anteriores. Com efeito, o direito não será percebido em razão dos fins desejados e tampouco como um sistema dedutivo-formal, identificado com a restrita literalidade das leis. O caso concreto, compreendendo-se o direito como uma ciência problemática, assume um papel de relevo na metodologia jurídica, e o pensamento jurídico ocupa-se, desde logo, em justificar as decisões judiciais, tornando-as, por essa via, aceitáveis. Para tal desiderato, há de se afastar os subjetivismos, e, por meio de uma lógica dialética, preocupar-se com a experiência jurídica, com o atender e o conjugar dos valores conflitantes no caso judicial e aqueles formadores da intencionalidade da normatividade jurídica.

No norte das linhas aqui traçadas, invoca-se o jurista para uma tarefa que ultrapassa os pressupostos de uma acrítica dogmática jurídica ou mesmo uma tradicional perspectiva, que são considerados como inques-

tionáveis e absolutamente verdadeiros – e o pensamento não ultrapassa as extremas de axiomas dados pelo sistema. Referimo-nos, então, a uma atitude que transita nos quadrantes jusfilosóficos, indo – ou ao menos tentando ir – para além das aparências demonstradas pelo sistema dado, em uma clara postura problematizante²⁹. Nesse sentido, e retomando as questões iniciais abordadas neste nosso pequeno e modesto estudo, a manifestar uma preocupação historicamente contextualizada, mister problematizarmos os extremos do normativismo jurídico e os terríveis arbítrios, entretanto tolerados, ocorridos sobretudo no século passado.

Assim, a uma racionalidade jurídica puramente formal opõe-se a racionalidade prática, superando-se a ruptura entre os mundos do dever ser e do ser. Ademais, trata-se de negar uma qualquer prevalência formalista, em que a concretização do direito ocorra por um simples mecanismo substantivo. Cuida-se, portanto, de ter em conta que a decisão jurisdicional consubstancia-se por linhas estruturais mais complexas, implementadas por uma relação dialético-argumentativa³⁰ e referida a alguma dimensão axiológica. Dessa forma, porque o direito não é algo meramente descritivo, tratar-se-á de uma razão material e justificadora das ações e decisões levadas a termo pelo direito – e não de mera contemplação de (pre)supostas verdades.

Decerto que na composição desse quadro há de ser referida a superação do paradigma da cientificidade iluminista, de índole cartesiana, e a conseqüente recuperação da retórica – que, de fato, inscreve-se no núcleo das alterações experienciadas pela ciência desde o último século. Assim, implica, igualmente, para o discurso jurídico, a recuperação da história e da temporalidade como dimensões que o (re)constituem.

Por conseguinte, no manejo das questões jurídicas, tal-qualmente ocorreu com a filosofia profissional, o olhar há de mover-se das trilhas das proposições intemporais

para percorrer o caminho das “preocupações com elocuições feitas em momentos particulares, em conjuntos de circunstâncias particulares, visando interesses humanos particulares”. E, por via de consequência, ultrapassar as “pretensões da racionalidade formal (*episteme*) para chegar às mais amplas pretensões da razoabilidade humana (*phronesis*)” (cf. TOULMIN, 1994, p. 20-29). Com Celso LAFER (1999, p. 74), diríamos que seria o operar do paradigma da Filosofia do Direito, mobilizando o postulado da lógica do razoável, da razoabilidade, que se distingue do racional e do irracional.

Nesses termos, o razoável, embora não radicalmente em oposição ao racional, acerca-se da prudência, do aceitável em um determinado contexto cultural; o irracional, por distanciar-se dos devidos termos da razão, afasta-se da verdade, é incoerente; e o racional, identificado com a tradição filosófica iluminista da verdade e plena coerência, adentra a seara própria das ciências naturais, afeitas ao logicismo demonstrativo. Afinal, o direito não é como “o algoritmo que fala das coisas e atinge por acréscimo os homens, mas sim, fala aos homens” (MERLEAU-PONTY, 2002, p. 167), em um indeclinável compromisso de reconhecimento do outro.

De fato, a sedimentar os aspectos aqui expostos, está a superação da inteligibilidade do fenômeno jurídico como um objeto a ser conhecido por seu intérprete. Ao contrário, o direito insere-se na seara da compreensibilidade – o que implica distingui-lo na plenitude e retidão de seus sentidos e não segundo relações de causalidades –,³¹ cumprindo, na atividade prática de julgar que objetiva a sua concretude, ter em seu campo de visão tratar-se de relações humanas, levadas a efeito por sujeitos historicamente contextualizados, permeáveis a valores, e interpretadas igualmente por sujeitos com essa condição.

Por certo, em mundo talvez tendente a optar pela própria autojustificação tecnológica, sendo então o homem superado pela

máquina, o direito, pela via responsabilizante dos princípios, afirma-se como a verdadeira alternativa humana a entretecer as linhas de nossa coexistência. E, ao fim e ao cabo, afirma-se como o preponderar dos fundamentos sobre os efeitos e, portanto, da justiça sobre a eficácia.

Notas

¹ A exemplificar, teríamos, como norma de estrutura, o *caput* do art. 68 da Constituição Federal, ao estabelecer que “as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”, e, como norma de conduta, por exemplo, o art. 1.741 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), ao dispor que “incumbe ao tutor, sob inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”.

² “Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete (...)” (BOBBIO, 1990, p. 100).

³ Antinomia é o conflito entre normas, a ser solucionado pelos critérios da especialidade, cronológico e hierárquico. Por sua vez, o que caracteriza uma antinomia de segundo grau é o conflito existente entre esses critérios de solução.

⁴ “A solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo a circunstância.” (BOBBIO, 1990, p. 109).

⁵ No mesmo sentido, ver SOUZA NETO (2000, p. 223).

⁶ Decerto que há exceções a tal princípio, que nada invalidam o que vai dito no corpo do texto.

⁷ Acaso não caberia a lembrança da genialidade de Salvador Dalí e sua gravura em que estampa que o tirano não tem palavra?

⁸ Nesse sentido, também o prólogo da edição castelhana de *Taking rights seriously*, de Albert CALSAMIGLIA (19--?, p. 7-49), *Un ensayo sobre Dworkin*.

⁹ Quanto ao campo de aplicação tudo/nada, impende registrar que, em alguns casos, a interpretação de uma regra pode conduzir-nos a uma sua correção (interpretação corretiva) ou extensão.

¹⁰ Conforme DWORKIN (1977, p. 47-49) as regras poderão ser ditas funcionalmente mais importantes que outras, podendo uma regra ser mais relevante em decorrência de seu papel de

senpenhado no quadro regulamentador das condutas.

¹¹ Refirimo-nos aos critérios da hierarquia, da especialidade e ao cronológico, segundo os quais, respectivamente: *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali* e *lex posterior derogat priori*.

¹² Conforme H. L. A. Hart (1994, p. 104 et seq.). No mesmo sentido do que acima expusemos, encontramos Juan Ramón de PÁRAMO (1984, p. 248-249): “El concepto de regra de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas; una jurídica e outra fáctica”.

¹³ Nesse sentido, ver, sobretudo, Fernando José BRONZE (2002, p. 553 et seq.).

¹⁴ Nesse sentido, igualmente Andres Ollero TASARA (1996, p. 366).

¹⁵ Assunto que, embora em duas ou três palavras, abordamos em *A autonomia do direito – apontamentos acerca do funcionalismo jurídico* (MELGARÉ, 2002). Todavia, para um devido e rigoroso aprofundar dessa matéria, ver, sobretudo, do Professor Antônio Castanheira NEVES (1995, p. 379-421), *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*.

¹⁶ Apenas a título de lembrança: racionalidade finalística é aquela em que o sujeito atua em conformidade com os fins desejados, sendo que a razão apenas indicaria os meios adequados para o alcançar de um determinado objetivo; pautado pela racionalidade axiológica, o sujeito atua sem relevar as consequências de sua ação, mas em atenção às suas convicções conscientes no próprio valor de sua conduta.

¹⁷ Com efeito, convém sublinharmos que, haja vista a referência à noção de divisão e separação entre os Poderes, que, ao contrário da doutrina de Montesquieu, o Poder Judiciário, em nenhum momento, será aqui pensado como um poder nulo, a exercer a função da *boca que pronuncia as palavras da lei*. Ao contrário, sabemos sua função ser “em alto grau criadora, desde que por criação entendamos não uma criação arbitrária, *ex nihilo*, tirada exclusivamente da subjectividade do julgador” (MELGARÉ, 2003, p. 59). A propósito da teoria da separação dos poderes, nada obstante suas necessárias recompreensões, como bem o faz o autor Cezar Saldanha SOUZA JUNIOR (2002), há de ser sublinhado seu caráter democrático. Conquanto sua histórica raiz burguesa, como bem assinala Norberto BOBBIO (19-?, p. 49), a exigência que essa doutrina expressa e a técnica constitucional que a inspirou não são burguesas e tampouco proletárias, mas sim “sono conquiste civili. Questa dottrina è stata variamente interpretata ed attuata; vi si introducono di continuo nuovi perfezionamenti; ma il principio a cui si ispira non è stato nelle democrazie occidentali ricusato”. De fato, encontramos-nos em face de uma receita juspolítica “[...] [que] pode ser condensad[a] na seguinte fórmula: (a) dividir o

poder estatal entre os três órgãos existentes, (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política, (c) posicionados os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções) em um mesmo plano de igualdade e hierarquia, reforçado com mecanismos adicionais de travamento” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 57). Ainda nas margens da teoria da tripartida divisão dos Poderes do Barão de Montesquieu, convém registrarmos o observado por Henry KISSINGER (1996, p. 15): “O objetivo da separação dos poderes era o de evitar o despotismo, e não o de atingir um governo harmonioso”.

¹⁸ Como pretendido por muitos seguidores do Realismo Jurídico Norte-Americano, v.g. Benjamin Cardozo. Acerca da distinção entre a atividade de criação do direito pelo legislador e pelo juiz, ver a tese de nossa autoria, *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista* (MELGARÉ, 2003). Meramente como uma nota de circunstância, em outro autor, encontramos, entre importantes distinções feitas, que materialmente “la legge há tipicamente un contenuto normativo, ossia generale e/o astratto; la sentenza, per contro, há necessariamente un contenuto individuale e concreto. (...) la legge è risultato di un atto di volontà; la sentenza è il frutto di un duplice atto di conoscenza o accertamento: per un verso, l'accertamento (tramite interpretazione) della legge; per un altro verso, l'accertamento della fattispecie concreta sottoposta al giudice” (GUASTINI, 1995, p. 11).

¹⁹ Assim encontramos também Jürgen HABERMAS (1997, p. 236) ao afirmar que “[...] as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos”. Na palavra do eminente constitucionalista Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2002, p. 109), “num quadro de competição partidária, é fatal que a lei se politize. A maioria vai editá-la com finalidade política, para atender interesses políticos. (...) Ela [a lei], desvinculada de um ideal de justiça, passa a ser um mero instrumento: (...) com que conta a maioria para realizar o seu programa”.

²⁰ Nossa Constituição Federal, decerto como tantas outras das democracias constitucionais do Ocidente, bem poderia servir de exemplo. Como diretriz política, referimos o disposto no artigo 180: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico. De outra banda, o inciso I do art. 5º, ao proclamar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Carta Magna, decididamente, registra um princípio normativo.

²¹ Afinal, conforme Ronald DWORKIN (2002, p. 14), “numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo

aprovou”.

²² Conforme escólio do Professor António Castanheira NEVES (1998, p. 299).

²³ Importantes críticas a essa teoria foram lançadas, entre outros, pelo autor finlandês Aulis AARNIO (1987).

²⁴ Nesse sentido, também Aulis Aarnio (1987).

²⁵ Conforme escólio do Professor Castanheira NEVES (1993, p. 33).

²⁶ Por exemplo, de autores como Jeremy BENTHAM (1748-1832) em que, segundo o princípio da utilidade, “uma ação é boa ou má, digna ou indigna, merecedora de aprovação ou repulsa, na proporção de sua tendência a aumentar ou diminuir a soma de felicidade pública” (apud REALE, 1993, p. 294).

²⁷ Importante lembrarmos, como bem o fez Andres Ollero TASSARA (1996, p. 417), que “la praxis enriquece al hombre, en la medida en que amplía su horizonte interrogativo (...). El coleccionismo científico de soluciones – com su lucha titánica por eliminar problemas – da así paso a una multiplicación filosófica de las preguntas, profundizando en la problematicidad inagotable de lo humano”.

²⁸ Não esqueçamos que “L'école de l'exégèse est partie de ce principe: il n'y a de droit que par la loi, la lois est la source exclusive de toute réglementation juridique. [Assim], les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre” (cf. SILANCE, apud PERELMAN: FORIERS, Paul, 1971, p. 54).

²⁹ Convém recolhermos o escólio de Helmut COING (2002, p. 23): “A filosofia jurídica deve, portanto necessariamente, sem prescindir dos conhecimentos, os quais a ciência jurídica alcançou no seu campo, ir além daquelas fronteiras; ela associa os problemas especiais que o surgimento cultural do direito oferece com as questões gerais e fundamentais da filosofia”.

³⁰ Nesse sentido, Arthur KAUFMANN (1998, p. 27-33).

³¹ Nesse sentido, ver Miguel REALE (1993, p. 251).

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel, 1987.

BOBBIO, Norberto. Democrazia e dittatura. In: LA LIBERTÀ ROLITICA: a cura di Alessandro Passer-

rin d'Entrèves. [S. l.]: Edizioni di Comunità, [19--?]. p. 49.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 1. reimpressão. Brasília: Polis, 1990.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Un ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. [S. l.: s. n., 19--?]. p. 7-29.

COING, Helmuth. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. Is a law a system of rules? IN THE PHILOSOPHY of Law. [S. l.]: Oxford University Press, 1977.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Torino: Giappichelli, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. I.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Tradução de Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Lisboa: Gradiva, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MELGARÉ, Plínio. A autonomia do direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico. *Revista*

da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: AJURIS, Rio Grande do Sul, v. 85, t. I, mar. 2002.

_____. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Coimbra, 2003. (Stvdia Ivridica, n. 69).

_____. (Org.). *Direito- positivo e ciência do direito: textos escolhidos de Luís Cabral de Moncada*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *A prosa do mundo*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, [S. l.], ano 130, n. 3883, 1998.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, Antônio Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 379-421, v. 2.

OLLERO TASSARA, Andres. *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Madri: Congreso de los Diputados, 1996.

PÁRAMO, Juan Ramón de. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales: 1984.

PERELMAN, Chaim. *Justice, law and arguments: essays on moral and legal reasoning*. Dordrecht: Reidel, 1980.

_____. *La logica jurídica y la nueva retórica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIKOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SILANCE, L. *La règle de droit*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1971.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TASSARA, Andreas Ollero. *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Madri: Congreso de los Diputados, 1996.

TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: CARRINHO, M. M. (E. d.). *Retórica e comunicação*. Porto: Asa, 1994. p. 19-30.

Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação

Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Sumário

1. Das considerações introdutórias: origens da autonomia. 2. A aliança-contrato e o pensamento canônico. 3. O desenvolvimento do Racionalismo e do Liberalismo: autonomia da vontade. 4. Autonomia da vontade e autonomia privada. 5. Autonomia privada da vontade e autodeterminação.

1. Das considerações introdutórias: origens da autonomia

A expressão autonomia, que se encontra em dicionários da língua portuguesa a partir de 1836, resulta, em termos etimológicos, da conjunção de duas palavras gregas, *autós* e *nomói*. De *autós* tem-se a idéia de *si mesmo*, representando uma qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser. E *nomói* corresponderia a norma ou regra. A junção do antepositivo grego *autós* com a palavra *nomói* gerou autonomia, que ingressou no vernáculo, provavelmente, por influência da palavra francesa *autonomie* (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 351).

Tanto em dicionários como na expressão vulgar, autonomia perpassa os significados de independência, liberdade, autorregulamentação de condutas, autogoverno. Em tempos modernos – e também pós-modernos –, esses sentidos são geralmente associados a aspectos ótimos, em contraposição a regimes nos quais o exercício desse “autogoverno de si” (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, em-

Otavio Luiz Rodrigues Junior é Doutorando em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado e Mestre em Direito (*magna cum laude*) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Ceará. Diretor-Executivo da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará – FESAC. Advogado da União junto à Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Membro da *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano* – Oviedo, Espanha. Coordenador da Comissão de Análise Legislativa da Escola Nacional de Advocacia.

baraços e contradições num certo ideal de poder extrínseco absoluto, seja este encarado por uma divindade ou por um *Leviatã*, para se referir à figura do Estado, homenageando a famosa metáfora de Thomas Hobbes.

Essa tensão era nítida desde os tempos da Antigüidade Clássica. De fato, Antígona, em seu dramático diálogo com o Rei de Tebas, grita aos recônditos espaços que há uma lei natural acima das leis positivas e que o direito de enterrar seus mortos é uma prerrogativa humana que nem o mais poderoso dos tiranos poderia suprimir (VASCONCELOS, 1986, p. 56; SÓFLOCLES, 1997, p. 40). Na Guerra do Peloponeso, o exilado Tucídides escreve uma das mais belas páginas do humanismo, reproduzindo as embaixadas dos atenienses junto aos humildes colonos mélios, que recusavam aliança aos áticos contra os espartanos.¹

Depois de exortados pelos súditos de Atenas, sob argumentos repletos de retórica, mas que não escondiam o puro e simples uso da força como mecanismo de persuasão, os mélios respondem-lhes de modo tocante: “Vemos que viestes para serdes vós mesmos os juízes do que devemos dizer, e o resultado do debate é evidente: se vencermos na discussão por ser justa a nossa causa, e então recusarmos a ceder, será guerra para nós; se nos deixarmos convencer, será servidão”.

Os áticos refutam que a justiça só prevalece quando entre os homens há compatíveis interesses, completando com a arrogância dos que se acham suportados pelo estímulo das armas: “Ser-vos-ia vantajoso submeter-vos antes de terdes sofrido os mais terríveis males, e nós ganharíamos por não termos de vos destruir”. Os mélios, posto que fracos, são resolutos e negam-se a aquiescer a tais propostas.

Em seu derradeiro esforço, os ilhotas mélios fazem o pungente apelo à misericórdia e à alteridade, lembrando aos atenienses que, se estes os destruíssem, aqueles perderiam o direito de, no futuro, invocar se-

melhantes sentimentos a seus adversários. Hoje, os mélios, amanhã, os próprios atenienses seriam vítimas da crueldade de seus algozes eventuais. A que respondem os conquistadores num tom irretorquível: “Dos deuses nos supomos e dos homens sabemos que, por uma imposição de sua própria natureza, sempre que podem eles mandam. Em nosso caso, portanto, não impusemos esta lei nem fomos os primeiros a aplicar tais preceitos; encontramos-la vigente e ela vigorará para sempre depois de nós; pomo-la em prática, então, convencidos de que vós e os outros, se detentores da mesma força nossa, agiríeis da mesma forma” (TUCÍDIDES, 1987, p. 282-285; VASCONCELOS, 2001, p. 33-34).

Desnecessário dizer que os atenienses voltaram à ilha de Melos e excidaram todos os homens, levando mulheres e crianças como escravos.

Essa tensão entre liberdade e opressão, direito e força, encontra-se presente por toda a Antigüidade Levantina e Clássica. Os gregos, por sua genial posição no pensamento do Ocidente, produziram diversos libelos em favor daquilo que se hoje costuma chamar de *humanismo*, embora, por variegadas oportunidades, suas práticas desmentissem seus filósofos (VASCONCELOS, 1998, p. 101-102).

Importa, no entanto, afirmar que a *autonomia*, ainda nebulosamente colocada no plano do autogoverno, da autodeterminação ou da *liberdade de conduzir-se a si próprio* – numa construção pleonástica –, permeou as épocas em que refulgiu o humanismo e a valorização do que é próprio dos homens.

No Egito, os homens não passavam de instrumentos exclusivos à existência de um só homem, feito deus – Faraó. Em um fenômeno singular, milhares de indivíduos – muita vez de modo surpreendentemente voluntário – renunciavam a qualquer esperança de uma vida digna em favor da acumulação, em um único espécime, de todas as glórias e de todos os louvores. Os sofistas, na Grécia, representam, com suas idéi-

as relativistas, humanistas e de um criticismo rudimentar, o que melhor se produziu na civilização helênica como resistência à supremacia do Absoluto (JAEGER, 1995, p. 347; VASCONCELOS, 1998, p. 89), tão recorrente nos escritos de Platão. Os sofistas vão comprometer até mesmo a crença popular nos deuses, fazendo-o por meio de sua retórica, demonstrando as contradições da teogonia pagã (BURKET, 1993, p. 591).

Estão depositados no comovente clamor de Antígona ou nos diálogos de Górgias e nas lendas de Prometeu os germens de uma visão de justiça, legitimidade e contratualismo (VASCONCELOS, 1998, p. 89), que, no período do Setecentos e do Oitocentos, vai florir nas mais veementes afirmações da liberdade no plano individual e no social.

Conforme Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 91): "...pode-se dizer com segurança que, na Grécia antiga, a doutrina do contrato social, tal como a concebeu a primeira geração de sofistas, era de fato democrática. Trata-se (...) da teoria da democracia laica, que entroniza valores humanos permanentes".

Não há algo de mais eloqüente a tal respeito que o diálogo entre Sócrates e Hípias, em que se percebe a lei como resultante de um contrato:

– Sócrates: Tem algum significado para ti a expressão leis do Estado?

– Hípias: Certamente.

– Sócrates: E que acreditas que elas são?

– Hípias: Contratos ou pactos feitos pelos cidadãos, pelos quais eles estabeleceram e promulgaram aquilo que se deve fazer e aquilo que se não deve fazer" (VASCONCELOS, 1998, p. 93).

Não se convocam os deuses para fundamentar uma criação socialmente relevante. Os homens fazem as leis e sua *vontade* é o elemento genético daquelas. Percebe-se o ingresso de um outro elemento, a emanção do querer humano como expressão última do autogoverno. Embora extremamente reducionista – o que não será assim compre-

endido nos séculos XVIII e XIX –, a aproximação entre *autonomia* e *vontade* por si só é revolucionária, considerando aquelas distantes centúrias, tão oprimidas pela idéia de divindades autocráticas.

2. A aliança-contrato e o pensamento canônico

Michell Villey (1957) irá usar da expressão "aliança-contrato" para descrever a associação entre Deus – não as deidades pagãs, mas o Todo-Poderoso, o Senhor dos Exércitos – e os homens, na fundamentação do Direito, suposto dentro do universo ainda pouco distinguível das normas éticas, morais e religiosas². A aliança-contrato revela a tentativa perene do Pai Eterno em resgatar o homem do estado pecaminoso, firmando com este relações que se estabelecem "mediante o dom da graça divina e em face da condição de ser livre do homem", como se observa dos pactos com Adão (Gênesis, 3), Noé (Gênesis, 9), Abraão (Gênesis, 14 a 17) e Moisés (Êxodo, 24) (VASCONCELOS, 1986, p. 127-129; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 34).

O Novo Testamento, que traz a revelação do Verbo Encarnado (São João, 1), também consagra a idéia teocrático-contratual, com a Nova e Eterna Aliança, pelo derramamento do sangue do Cordeiro, o Filho de Deus, o mediador da aliança nova: "Por sua morte expiou os pecados cometidos no decorrer da primeira aliança para que os eleitos recebessem a herança eterna que lhes foi prometida" (Epístola aos Hebreus, 9, 15; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 34).

Na Idade Média, exhibe-se a primeira ruptura com o realismo de Porfírio, Boécio e Aristóteles, por força da original contribuição do nominalismo, que colocava, de modo inédito, a concepção do indivíduo em detrimento de conceitos genéricos, de pouca significação existencial (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 35).

Guilherme de Ockham (1988, p. 49-50), o *Venerabilis Inceptor*, inserido nas querelas

de sua Ordem Jesuíta com o Papa João XII, é saudado por Michel Villey (1957, p. 90) como o precursor da idéia da força reitora da vontade humana na constituição de vínculos intersubjetivos, os quais nasciam exclusivamente pelas emanções volitivas, fundadas na lei do Evangelho (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 35).

Naqueles dramáticos momentos para a Cristandade, com a Igreja governada pelos *papas de Bolonha*, numa alusão ao fato de que, por quase trezentos anos, os pontífices eram oriundos da Escola de Direito daquela famosa universidade italiana, evidenciou-se a formação de um pensamento franciscano fortemente influenciado por Duns Scot (GILSON, 1998, p. 736) e Guilherme de Ockham, cujos vórtices estavam na idéia de que o amor e a liberdade ocupariam posição de preeminência sobre o conhecimento e a inteligência.

Orientados pelo desprestígio que o Santo de Assis conferia às discussões teológicas – o que era paradoxal numa época com tantos movimentos heréticos na Europa, citando-se por todos os cátaros no Langdoc e Trancavel –, os franciscanos pregavam que o exemplo de caridade superaria qualquer dúvida dos fiéis quanto à prevalência da doutrina católica. O amor e a liberdade seriam os lindes a guiar as condutas humanas.

Por tais raciocínios, permitiu-se, ainda que de modo rudimentar, entender que a *vontade livre* conferiria um caráter individual aos seres humanos. No plano sócio-político, tornou-se possível inferir que as emanções dos governantes – espirituais ou temporais – poderiam ser confrontadas com a idéia de *caritas* e até mesmo merecer objeções dos súditos de São Pedro, conclusão última levada a extremos por um Guilherme de Ockham (1988, p. 49-55), perseguido após o fracasso das tentativas de reconciliação com o papa.

Embora tais pensadores nunca tenham protestado e saído da comunhão plena com a Igreja, suas idéias somente seriam retomadas após o Renascimento e a Reforma, ain-

da que não confessadamente, por filósofos protestantes como Grotius, Leyser e Pufendorf (WIEACKER, 1993, p. 323), com seu *consensualismo*.

3. O desenvolvimento do racionalismo e do liberalismo: autonomia da vontade

O desenvolvimento do sistema capitalista exigiu novos paradigmas, prontamente alimentados por uma efusiva produção intelectual que, sob o controle ainda católico no Renascimento, explode após a Reforma e ganha fortes aspectos de contestação da Igreja e, posteriormente, do Estado Absoluto (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 27).

O jurista inglês Henry Sumner Maine conseguiu resumir tudo isso numa frase: “A História do Direito consiste num progresso que, partindo do *status*, conseguiu chegar ao contrato”³.

Herbert Spencer (apud REALE, 1994, p. 651) pronunciará que “o progresso da civilização assinalaria uma passagem gradativa de um regime institucional (próprio das sociedades de base ou estrutura militar) para um regime contratual (correspondente às sociedades de cunho industrial). Haveria, assim, uma crescente contratualização da sociedade, segundo o ideal de um contratualismo *in fieri*”.

As origens, a ancestralidade, as façanhas de seus antepassados em alguma batalha européia na III Cruzada ou na Guerra das Duas Rosas, as tradições de sangue, tudo deixava de ser importante naqueles anos intrépidos. Os vilões tornavam-se burgueses. A força do dinheiro substituía o poder das terras. Apenas em alguns setores do Estado, como a Administração Pública, o Poder Judiciário e o Exército, ainda importava ser um filho d’algo (WEBER, 1982, p. 424; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 38).

O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. Se o *status* não mais importava, o novo ídolo era o contrato. A

vontade era a fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização.

É nesse espaço que se qualifica a *autonomia da vontade*.

Buscava-se diferenciar um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público. Resgatava-se o velho anexam romano de Ulpiano (D. I, 1, §2º) – “Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet” (Direito Público é aquilo que se volta ao Estado ou à coisa romana, Direito Privado é o que pertine à utilidade dos particulares) (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 41).

Nessa ordem de idéias, estar-se-ia distinguindo aquele confuso espectro – acima referido – em derredor da expressão *autonomia*, exilando no Direito Público tudo o que respeitasse à organização dos governos e de seus institutos – eleições, leis, administração. A *autodeterminação* encontraria um campo específico no Direito Internacional Público para justificar o direito dos povos de constituírem estados em face de suas peculiaridades gentílicas. É assim que Luís S. Cabral de MONCADA (1988, p. 16) afirma ser o modelo jurídico do Liberalismo assentado na distinção absoluta entre Direito Público e Direito Privado e na autonomia da vontade na esfera econômica.

A autonomia da vontade, por conseguinte, passa a exercer uma importante função no modelo jurídico ocidental moderno, destacadamente nos séculos XVIII e XIX.

4. *Autonomia da vontade e autonomia privada*

Nesse item, de modo mais específico, buscar-se-á a resposta ao problema: “como definir autonomia da vontade e autonomia privada?”

A título de preliminar epistêmica, é preciso reconhecer que não há uma *autonomia da vontade*, mas, verdadeiramente, diversas *autonomias*, conforme a visão de cada época sobre referido conceito. Dir-se-ia que o Oito-

centos e o Novecentos construíram uma concepção de autonomia, o que veio a ser subvertido totalmente no século XX, como bem assertou Federico Castro Y Bravo (1985, p. 11).

Procedida a essa ressalva, cumpre identificar o surgimento próprio da expressão autonomia da vontade nos tempos modernos.

Há duas visões a respeito.

Tradicionalmente, invoca-se Immanuel Kant (1997, p. 85) como o precursor da expressão autonomia da vontade, a partir de sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*. O Filósofo de Königsberg irá assim defini-la:

“Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.”

Marcel Waline (1945, p. 169-170) também invoca a autoridade kantiana como suporte da autonomia da vontade.

Anote-se, contudo, a posição de Véronique Ranouil (1980, p. 55), fortemente lastreada, no sentido de que a expressão ingressou no direito interno a partir de contribuições dos internacionalistas no século XIX, ao estilo de Brocher e Weiss⁴. Nadia de Araujo (2000, p. 50), ainda que de modo indire-

to, também reconhece que os autores de Direito Internacional, no Oitocentos, desenvolveram o conceito de *autonomia da vontade*, fazendo-o a partir das posições de Charles Dumoulin no século XVI⁵.

Não há, entretanto, como discordar da influência francesa na difusão desse conceito, seja pela tradução mais famosa da *Metafísica dos costumes*, tendo como fonte a versão gaulesa *Fondements de la métaphysique des mœurs*, seja pelos autores de Direito Internacional. Outrossim, é indiscutível o sentido de autonomia da vontade no século XIX, ainda persistente em boa parte da doutrina civilista, tal como anota Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 14).

Estar-se-ia diante da primeira concepção da autonomia da vontade, de caráter subjetivo ou individualista.

Após os sucessos da Revolução em França e a prevalência do dístico da igualdade, fraternidade e liberdade, nada mais natural que se desse uma hipérbole na posição humana na sociedade. A homens nascidos livres e iguais, indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito.

A autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas. Essa concepção, como visto, é o resultado de um constante evoluir do pensamento jusfilosófico, em que ocupam posições destacadas a doutrina da Igreja, o Direito Natural e o individualismo decorrente das idéias liberais da Ilustração (RIPERT, 2000, p. 52).

É assim que juristas como LAURENT (apud RANOUIL, 1980, p. 35) vão oferecer justificações filosóficas e positivas à autonomia da vontade. As primeiras fundam-se na idéia de que “la liberté est l’essence des contrats et la liberté de contracter est elle-même un droit naturel de l’homme (73.) Les formules utilisées sont très significatives: ‘...l’homme ne vit pas uniquement de pain; le corps n’est que l’instrument de l’âme; (...) ‘La liberté de contracter a toujours été considérée comme une dépendance du droit des gens, elle appartient à tout homme comme tel’”.

Antonio Junqueira de Azevedo (2002a, p. 13) identifica o período em que se forjou essa concepção de autonomia da vontade com uma óptica *insular* da dignidade humana, de caráter dualista, separando *homem* e *natureza* em níveis distintos. E, prosseguindo, vale-se de uma figura metafórica das mais elegantes: “O racionalismo iluminista, que deu origem à concepção insular, corresponde visualmente à figura do homem europeu: o terno que veste deixa-lhe à mostra somente a cabeça e as mãos (= razão + ação, ou vontade); o resto do corpo é a parte oculta do *iceberg* – a natureza física, cuja essência, no homem, aquela filosofia ignora”⁶.

Percebe-se que essa visão da autonomia da vontade, denominada “francesa” por Antonio Junqueira de Azevedo (1986, p. 77), corresponde a uma certa noção de liberdade ou de possibilidade conferida a cada pessoa para agir ou não agir, de um modo ou de outro. Seria “uma esfera de autodeterminação individual que pode, ou deve, ser maior ou menor, segundo a maneira de ver dos vários autores”.

Absolutamente emblemática sobre essa autonomia da vontade à *francesa*, fortemente contaminada por influxos jusnaturalistas, é a interessante passagem do Marquês de São Vicente (apud RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 40-41), abaixo transcrita:

“O direito ou liberdade de contratar é de tal modo evidente que ninguém jamais dirigiu-se a impugná-lo; seria para isso necessário pretender que o homem não pode dispor de sua inteligência, vontade, faculdade ou propriedade.

Não basta porém reconhecer este direito como inconcusso, é demais necessário saber respeitá-lo em toda a sua latitude e suas lógicas consequências, senão o princípio, posto que consagrado, será mais ou menos inutilizado com grave ofensa dos direitos do homem; entraremos pois em resumida análise do mesmo.

O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam para com uma outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.

O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade e condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em suma a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.

Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos, como de sua propriedade. Uma das primeiras garantias, sem a qual não há plenitude de propriedade, é a da livre disposição dela; ora, proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade”.

É paradoxal, como bem anota Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 15), mas a concepção francesa traz em seu interior o germen de sua própria destruição. A vontade individual estaria sendo *autorizada* pelo ordenamento jurídico. Tanto assim o é que os códigos do Oitocentos apresentam uma fórmula-padrão para definir o que se consi-

dera universalmente como o fundamento da autonomia volitiva: o art.1.134 do Código Civil dos Franceses de 1804⁷, reproduzido em termos simétricos no art. 702 do Código Civil Português de 1867; art.1.091 do Código Civil Espanhol de 1889; art.1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas⁸ (1983).

Ao indicar que as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram, os legisladores do Oitocentos geravam uma *contradictio in terminis*, perceptível pela simples leitura dessa passagem de Laurent (apud RANOUIL, 1980, p. 35), quando este cuida dos fundamentos positivos da autonomia da vontade: “La seconde explication de la souveraineté de la volonté est très précise: l’autonomie des parties contractantes est reconnue en droit interne par l’article 1134 du Code civil dont l’article 1387 n’est qu’une application particulière. Ces dispositions autorisent les parties à jouir ‘de la plus entière liberté tant qu’elles ne font que régler leurs intérêts privés”.

Henri de Page (1948, p. 15, t. 2), autor do século XX, mas profundamente influenciado pela visão francesa do Novecentos, também incorre na mesma contradição ao conceituar a autonomia da vontade como “o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções”.

Daí a procedência da crítica de Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 15), ao pontuar que “... é evidente, cai por terra a idéia da autonomia como poder de fato; tratar-se-ia, na verdade, de ‘poder jurídico’, isto é, autorização dada previamente pelo ordenamento, para que o indivíduo, respeitadas as regras legais, dê causa, por meio do negócio jurídico, a efeitos jurídicos”.

Por sua enorme simetria a tais observações, merece ser transcrita essa passagem de Marcel Waline (1945, p. 169):

“L’article 1134 du Code civil pose bien le principe célèbre: ‘Les conven-

tions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites’, mais il ne le justifie ni ne l’explique; et ce laconisme du Code a incité les juristes à tenter à sa place cette explication et cette justification. On sait qu’ils ont imaginé alors la doctrine de l’autonomie de la volonté.

A vrai dire, c’est plutôt d’ailleurs un constat ou une systématisation de la règle de l’article 1134 qu’un essai d’explication rationnelle. Un adversaire de cette théorie, M. Gounot, a pu écrire que les auteurs classiques, pressés de justifier leur théorie sur l’autonomie de la volonté, ne pourraient finalement répondre que ceci: ‘Le contrat oblige... parce que le contrat oblige...’ (...).

Cette doctrine n’est cependant pas inexplicable. On peut tout au moins rechercher, à défaut de justification rationnelle, les raisons qui ont déterminé son élaboration et son succès à l’époque du Code civil, et celles qui déterminent son déclin actuel.”

Para concluir que a autonomia da vontade poderia ser enquadrada em duas posições essenciais: toda obrigação, por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente consentida, deve ser sancionada pelo Direito. As quais seriam sintetizadas em uma só fórmula: “le libre consentement est la condition nécessaire et suffisante pour qu’un engagement soi sanctionné par le Droit” (WALINE, 1945, p. 170).

Percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do *individualismo*, esquecendo o substrato *humanista* que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos designios da lei.

Durante todo o século XX, a autonomia da vontade estigmatizou-se por suas liga-

ções com os princípios tradicionais dos contratos (AZEVEDO, A. J., 1998, p. 115), ao estilo de certos súditos da República Francesa que colaboraram com os nazistas sob o governo em Vichy do general Henri-Philippe Petáin. De fonte da *liberdade contratual* – e indiretamente da liberdade de contratar –, passou a autonomia a sofrer toda sorte de deblaterações doutrinárias, quase sempre seguidas de brados a que se lhes fossem impostos limites e contenções⁹.

Emilio Betti (1969, p. 107, t.1), nesse contexto, adequadamente proclama que a autonomia sob a égide da vontade põe a perder a correta visão de negócio jurídico, o qual “não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática”.

Eis que o século XX tem início em 1914, sob as crateras de Verdun e do Somme, fertilizado pelo sangue de toda uma geração de jovens, muitos deles advindos das melhores famílias da aristocracia européia, como que saídos de um poema de Alfred Lord Tennyson, ao estilo da famosa balada *A carga da brigada ligeira* (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 79).

Dá-se, com o pós-guerra, o advento de um tempo novo para um *brave new world*, nas palavras de Aldous Huxley (2001, p. 178). Fascismo, comunismo, nazismo, intervenção estatal na Macroeconomia e na Microeconomia, quebra dos paradigmas e das certezas do Oitocentos.

Assim, tais fatores externos tornariam a Economia e seus institutos passíveis de submersão às chamadas *crises sistêmicas*, nas palavras de John Maynard Keynes (1992, p. 235). Sua influência no Direito é assertoada por Orlando Gomes e Antunes Varela (1977, p. 23), escrevendo numa época em que ainda imperava com grande fausto o Estado intervencionista:

“Nesse quadro, o substrato econômico, político e ético do Direito Civil desintegra-se, arrastando na queda as estruturas formais que o envolviam.

(...) Aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica e a expressão insubstituível da autonomia privada, e, da propriedade, um direito natural do homem sobre o qual se apoiaria a vida econômica da sociedade e dele próprio, não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado. Ele se fragmenta e cede terreno ao Direito Econômico. (...) O Direito Econômico compreende as normas relativas às relações econômicas, estejam no corpo do Código Civil, do Código Comercial ou em leis especiais, sejam de direito privado ou público, integrem este ou aquele ramo da árvore jurídica”.

Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*.

Dir-se-á, agora, apenas, *autonomia privada*. É a visão italiana, que guarda sonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo” (AZEVEDO, A. J., 1986, p. 78).

Com maiores ou menores discrepâncias entre suas orientações, podem ser alistados nas hostes da autonomia privada os nomes de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen. Sua linha dogmática tem recebido a denominação de objetivista ou prescritiva, essa última que se evita o uso para não confundir com *status* peculiar de Emílio Betti (AZEVEDO, A. J. 2002b, p. 9).

Os pontos de aproximação entre esses autores estariam nos seguintes aspectos: a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos

os, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

Hans Kelsen (1995, p. 285) di-lo com maior precisão: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”.

Em seguida, o autor de Viena procura resolver a flagrante contradição de homens livres criando sanções de base normativa para eventual aplicação a outros homens: “A sanção estatuída na norma jurídica geral constitui, como dever principal, o dever de omitir uma conduta contrária ao negócio jurídico e, portanto, de não provocar prejuízo que por ela é causado; e, como dever sucedâneo, o de indenizar o prejuízo causado pelo não-cumprimento do dever principal” (KELSEN, 1995, p. 287).

De modo bem nítido, Hans Kelsen (1995, p. 288) sustenta que o princípio da autonomia privada exprime-se na seguinte fórmula: uma norma criada contratualmente poderá instituir direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a formaram (ressalvados casos excepcionais, como os contratos a cargo ou em favor de terceiro, previamente admitidos por lei).

Já Luigi Ferri (1959, p. 4-5) enaltece que: “Tutto questo spiega l'imprecisione e il promiscuo uso delle espressioni 'autonomia privata', 'autonomia della volontà', 'libertà contrattuale', ecc., che ho ora rilevato; ma spiega soprattutto la nessuna utilità costruttiva del concetto di autonomia privata così configurato. (...) Ed infatti non vi sarebbe attività umana volontaria che non possa essere fatta rientrare in una tal concezione dell'autonomia privata (ad esclusione dell'attività attribuite allo Stato ed agli enti pubblici in generali)”.

Adiante, ao cuidar do caráter da autonomia privada, o mesmo autor reconhecer-lhe-á a função normativa, louvando-se em Hans Kelsen, embora se escude no uso do adjetivo *social*, com alguma frequência, para qualificar sua visão de *autonomia privada*. Para Luigi Ferri (1959, p. 255), a autonomia privada estaria situada no âmbito de criação das normas jurídicas pelo particular, sempre *atribuído* pelo ordenamento.

Salvatore Romano (1957, p. 15) critica a posição puramente normativista da *autonomia privada*: “Non è possibile, in altri termini, prescindere dal sistema nel quale l’elemento normativo è, a sua volta, inquadrato. A parte le distinzioni prospettate tra varie specie di autonomie, ci sembrano senz’altro inaccettabili i sistemi fondati esclusivamente sulle norme; per essere più esatti i sistemi che risolvono l’autonomia in norme così come risolvono l’intero ordinamento giuridico in norme...”.

Embora reconheça ser um erro “reduzir tudo à norma”, Salvatore Romano (1957, p. 16) não apresenta soluções originais para o problema, limitando-se a invocar uma certa idéia de institucionalismo.

Esse caráter institucional da autonomia privada é também defendido por Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón (1995, p. 372), ao certo que para os autores espanhóis aquela se reveste do caráter de princípio geral do Direito, “porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado”. A tanto, não se deve vinculá-la aos postulados liberais, da autonomia da vontade, como um poder de criação particular, muito menos confundí-la com a prerrogativa de criação de regras jurídicas *in concreto*, como querem os objetivistas.

O império da autonomia privada na centúria que findou é inegável. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os *abusos* da liberdade pelos particulares.

Francesco Messineo (1952, p. 17), comentando as inovações do Código Civil italiano de 1942, enaltece a introdução de princípios capazes de conter e limitar a autonomia privada. Raymundo M. Salvat (1950, p. 19) noticia os abalos ao princípio da chamada *autonomia de la voluntad*, entretanto, reconhece que as mudanças sociais e econômicas exigiam a revisão dos antigos postulados.

Tais ressalvas não servem, contudo, a preservar teoricamente a visão italiana da chamada *autonomia privada*, o que se afirma em consideração a diversos aspectos, os quais, uma vez desenvolvidos, conduzem a uma visão *social da autonomia privada da vontade* – aqui se recuperando os três elementos da expressão.

Apenas a título de exemplo, capaz de demonstrar os exageros da visão normativa da autonomia privada, tem-se o art. 421, do novo Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”.

A par da errônea em substituir *liberdade de contratar* por *liberdade contratual*, o dispositivo sujeita a autonomia privada da vontade – corolário dessas liberdades – não somente aos limites, mas, exacerbadamente, *ad libitum* da interpretação que venha a ser conferida à *função social do contrato*. Essa crítica, manifestada por Antonio Junqueira de Azevedo, revela quão perniciosos podem ser os efeitos de uma óptica normativista-objetiva em derredor à noção de autonomia privada. O condicionamento de seu exercício *in concreto* às razões da função social opera um giro radical: dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatualismo.

Por influência das observações de Antonio Junqueira de Azevedo e de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 37), o Deputado Ricardo Fiúza, relator do novo Código Civil na Câmara Federal, apresentou o projeto de lei nº 6.960/2002, em que, entre outras modificações, propõe seja dada a seguinte redação ao art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Na justificativa, o Senhor Deputado Ricardo Fiúza aduziu que: “A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira Azevedo, objetiva inicialmente substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”.

Observe-se que o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade. Sua afirmação encontra grande justificativa nos conflitos entre o Antigo e o Novo Regime, o Absolutismo e a Revolução; os contrastes entre os calções e as perucas empoadas dos homens do Setecentos e as calças e as roupas escuras dos representantes do Oitocentos.

O século XIX, com a igualdade formal, a liberdade que se realizava apenas nos diplomas constitucionais e a fraternidade retórica, foi confrontado com as exigências de um século XX pulsante e incontrolável, contestador e céptico, descrente na capacidade humana de resolver seus problemas individualmente.

A autonomia da vontade teve em Friedrich Von Schiller (2001, p. 8) um de seus grandes poetas, expondo, por meio do aristocrata rebelde Karl von Moor, a insurgência contra os costumes de um passado ainda presente. E Aldous Huxley (2001, p. 178), com o Senhor Selvagem, investido na perfeição de um admirável mundo novo, no qual as vontades eram suplantadas desde os embriões e controladas por drogas lícitas, representou a denúncia de um século XX ainda encantado com a autonomia privada em sua concepção estatalista.

Impunha-se, como superação dessas concepções unilaterais de autonomia da

vontade e autonomia privada, uma solução que permeasse seu caráter pré-jurídico (MIRANDA, 1989, p. 63) e social.

Na análise dessa terceira concepção, utilizar-se-á a fórmula *autonomia privada da vontade*, de molde a recuperar os três termos da expressão.

O negócio jurídico, manifestação por excelência da autonomia privada da vontade, pode ser invocado para demonstrar que, sob uma visão estrutural – não funcional ou genética –, pode ser dito apenas *existente*, abstraindo-se considerações acerca de sua validade ou invalidez. Sob tal consideração, ter-se-ia um negócio jurídico válido ou inválido – nesse caso, nulo ou anulável – sem qualquer violência lógico-formal. Sua existência estaria assegurada, o problema seria colocado quando do ingresso no plano da validade (AZEVEDO, A. J., 2002b, p. 11-13).

Nesse caso, estar-se-ia afastando a idéia de voluntarismo e de normativismo como inerentes ao negócio jurídico, o que, reconheça-se, é a derivação lógica das duas concepções sobre autonomia privada da vontade até aqui estudadas.

Encontra-se espaço, portanto, para uma nova concepção – dita social – de autonomia privada da vontade.

Emilio Betti (1969, p. 89) e Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 17) referem-se ao famoso caso de Alvise Cá da Mosto (um navegador vêneta que realizava, no século XV, negócios com tribos africanas) e às narrativas de Heródoto sobre práticas comerciais dos cartagineses com povos bárbaros. Em ambas situações fica relevante a presciência da *juridicidade* desses atos, independentemente de disposições normativas antecedentes ou de alguma noção prévia de estado¹⁰.

Clóvis Beviláqua (1977, p. 154), em 1895, já percutia tais idéias, falando em “função social do contracto” e pronunciando que: “Por meio do contracto, o habitante do extremo da Asia ou da Australia e o que vive sob o céu americano, onde brilha a luz branca da estrella polar, ou onde resplandece a

constelação do cruzeiro, reconhecem a congruência de seus interesses, associam-se, ainda que momentaneamente, e, sem que jamais se vejam, entram numa cooperação, para o fim de satisfazerem as próprias necessidades. Embora não se conheçam, senão como armazéns de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transacções, centuplicando as energias”¹¹.

Na literatura moderna, encontram-se outros exemplos bem pertinentes. O primeiro é do naufrago Robinson Crusó, isolado em uma ilha no Atlântico. Na solidão, Robinson Crusó padece por não possuir uma referência ao outro – a alteridade –, que se revelaria na linguagem e no diálogo, expressões de sua racionalidade. Seu isolamento não permitia falar-se na existência do *social* e do *jurídico*. Somente com a chegada de Sexta-feira, o indígena, é que se transforma a realidade daquela personagem.

Sêneca, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino revelam esse caráter de sociabilidade de tudo quanto é humano em dísticos ou expressões como *zoon politikon*, *animal socialis* e *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* (“O homem é, por natureza, político, isto é, social”) (ARENDDT, 2001, p. 32).

A partir desse reconhecimento, é possível admitir a autonomia privada em termos bem próximos ao que Emílio Betti (1974, p. 1559) propõe em seu verbete no *Novissimo digesto italiano*, tendo em conta as exigências da moderna sociedade, destituída do simples caráter de suporte das relações patrimoniais ou obrigacionais: “La ragione saliente del riconoscimento dell’autonomia privata è da ravvisare in ciò: Che la funzione ordinatrice del diritto nell’ambito di una moderna società organizzata non può limitarsi al compito, per sé statico, di proteggere l’attuale distribuzione dei beni, ma deve assumere il perenne rinnovamento, agevolando la circolazione dei beni e la cooperazione fra consociati secondo i bisogni via via emergenti.”¹²

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2000, p. 81) também compreende a autonomia da vontade como algo que pode ser realizado num ambiente pré-jurídico e, a partir do qual, pode *ingressar* ou *não ingressar* no Direito. Embora a considere *auto-regramento da vontade*, o autor percebe muito bem que “a vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem jurídicos; b) as relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas e, c) relações jurídicas, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem”.

Prosseguindo: “Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, privada, ou em movimentos grupais, de multidão ou de massa. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum.” (MIRANDA, 2000, p. 81). Chegando, por derradeiro, a conclusões similares às de Antonio Junqueira de Azevedo e Emílio Betti:

“Desde as tribos mais primitivas, assim foi e é; e não se poderia negar a existência de relevância jurídica das trocas entre homens do século XV ou XVI e os silvícolas, com a prática de se colocar em lugar certo o objeto oferecido e de se ir buscar o outro objeto, somente porque não há (diz-se) organização política. Ora, todo contacto, amigável ou pacífico, ou guerreiro, entre pessoas de sistemas jurídicos diferentes, é *político*; se há negócios entre elas, fazem-se jurídicos. Não havia, certo, ordem jurídica que regulasse o negócio; mas havia *duas* ordens jurídicas em contacto, regendo cada uma o dever e a obrigação do que a ela estava submetido” (MIRANDA, 2000, p. 82).

Tal perspectiva, dita social, não impede a formulação de *limitações* à autonomia pri-

vada. O século XX foi pródigo em tal intento, resgatando a velha cláusula *rebus sic stantibus*, sob a forma de teoria da imprevisão – atualmente vista à luz dos deslocamentos patrimoniais e da alteração das circunstâncias (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 1118-1122). Há, ainda, a limitação das cláusulas abusivas, a inserção automática de regras externas ao contrato ou a possibilidade de se realizar a execução específica da obrigação de contratar (PERLINGIERI, 1999, p. 279). O art. 334 do Código Civil de Portugal define que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Após a vigência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se um novo sistema contratual no âmbito das relações de consumo, fundado nos princípios da socialização da teoria contratual; da boa-fé; do intervencionismo estatal na edição de leis limitadoras do poder de auto-regulamentação de cláusulas contratuais e na determinação do conteúdo de alguns contratos em atividades essenciais, além de permitir ao Poder Judiciário controlar a economia contratual, pela coibição do cumprimento de cláusulas abusivas (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 158-162).

Entretanto, o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito e, especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas, em que até a outra incontestável supremacia do Direito Público é passível de revisão, ainda que em ordenamentos mais estáveis como o italiano.¹³

Ressalte-se, por indispensável, que a concepção social é inconfundível com a pura e simples incidência do conceito jurídico de “função social”.

Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) anota ainda que o princípio da função social “difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-

se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilícitamente pessoas determinadas (...)”, deste modo:

“A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art.1º, inciso IV); esta disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.”

Observe-se, ainda, que a autonomia privada preserva em seu conteúdo positivo a possibilidade de se realizarem deslocamentos patrimoniais mediante negócios jurídicos e, em seu conteúdo negativo, uma cláusula geral de que os bens particulares somente podem ser dispostos por sua vontade.

Quanto ao primeiro aspecto, o fundamento desse poder negocial não se encontra na vontade por ser vontade ou na lei por ser lei, mas no caráter *social* e na utilidade que esse caráter oferece aos homens que vivem gregariamente (BEVILÁQUA, 1977, p. 155). No que se refere ao segundo, de natureza negativa, a proteção ao patrimônio é regra de índole magna – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, art.5º, inciso LIV, Constituição de 1988 –, da qual se pode extrair a proteção à autonomia privada como uma prerrogativa fundamental.

Um negócio jurídico dispositivo qualquer permite seja fixada a natureza proces-

sual da obrigação, pela incidência da cláusula do *due process of law*, e, nesse sentido, a realização mesma da autonomia privada da vontade como um valor constitucionalmente protegido. A *socialidade*, também, dá conteúdo fundamental e serve de alicerce principiológico à atividade econômica (valores sociais do trabalho e a livre iniciativa), sustentando a relevância da concepção do caráter social da autonomia privada da vontade.

5. *Autonomia privada da vontade e autodeterminação*

Por fim, cumpre fazer uma derradeira incursão terminológica em torno das expressões *autonomia* e *autodeterminação*.

O princípio da autodeterminação foi objeto de expressa adesão constitucional no art. 4º, inciso III, que o reconhece como um dos primados da República Federativa Brasileira em suas relações exteriores. Seu conteúdo é fornecido pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional Público, consistindo, em linhas bem gerais, na prerrogativa de cada povo constituir-se em estado soberano, produzindo regras próprias sobre seus súditos e sobre a organização interna de suas instituições políticas, com o respeito das demais pessoas jurídicas internacionais.

Autodeterminar-se politicamente é fazê-lo “através da criação de instituições políticas assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self-government*)”, o que se dá mediante uma representação territorial, um procedimento justo de seleção dos representantes e uma deliberação majoritária daqueles, limitada pelo reconhecimento de direitos e liberdades cívicos (CANOTILHO, 1999, p. 218).

Ocorre, porém, que no interesse mais peculiar ao Direito Privado, a palavra autodeterminação vem ganhando contornos diversos, prefigurando-se como uma categoria jurídica mais ampla que a autonomia privada da vontade, mas assimétrica com aquela idéia de ordem publicística.

Joaquim de Sousa Ribeiro (1999, p. 20-21) propõe uma distinção ontológica entre *autonomia privada* e *autodeterminação*, o que, por certo, permitirá sejam solucionados com maior segurança alguns dos complexos problemas que a pós-modernidade tem apresentado ao homem.

De fato, a *autonomia privada*, de que a liberdade contratual é um componente e a mais relevante expressão, constitui-se em um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada (RIBEIRO, 1999, p. 20).”

A *autodeterminação*, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no *poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências* (RIBEIRO, 1999, p. 22).

Tais concepções estão muito próximas às que José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1283), esforçado em John Elster e Saint Holmes, denomina *autovinculação*, princípio pelo qual os indivíduos e as sociedades, por meio de uma constituição, adstringem-se “a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades”.

A autovinculação, que se expressa de um modo positivo ou negativo, daria margem ao autogoverno dos indivíduos, mediante a pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, seja mediante restrições ou exigências, que resultariam em um comportamento óptimo dos homens, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à extinção das espécies discriminatórias (por etnia, sexo ou opção ideológica) ou à educação para condutas justas e úteis (CANOTILHO, 1998, p. 1284).

Entretanto, prefere-se o termo *autodeterminação*, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art.1º, inciso III), pois realiza a *dignidade da pessoa humana*, sob a óptica do *personalismo ético-social* e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.

Logo, a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita *opção sexual* e ao direito de renunciar à própria vida.

Os tempos pós-modernos exigem do jurista uma posição a esse respeito. Conforme Erik Jayme (1999, p. 29), “dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage na universelle Ansprüche eigener Anschauungen*). Isto pode ser dito de forma mais radical: é a aceitação do não conciliável”.

Abre-se, por conseguinte, o necessário ambiente para a superação de uma visão ultrapassada de idealismo, que contaminou o pensamento jurídico em parte do século XX, bem assim a colocação de um novo enfoque ao também incompatível racionalismo de matiz jusnatural.

O único campo em que será travada uma luta de maior interesse diz com o chamado *direito de morrer*, porquanto, bem ou mal, as demais questões – de ordem ideológica, religiosa e de *opção sexual* – tendem a ser resolvidas pelo embate legislativo ou pelos influxos jurisprudenciais, com uma forte tendência para a ampla autodeterminação, posto que, n’alguns casos, ofensiva a valores de índole teológica a que se deveria conferir maior importância.

Quanto ao problema do *direito de morrer*, há uma forte tendência no direito anglo-saxão a que seja considerado uma prerrogati-

va ínsita à esfera de autodeterminação da pessoa humana, encontrando-se no Brasil a obra de Rachel Sztajn (2002, p. 180) como exemplo dessa linha argumentativa.

Nesse tocante, ao estilo das orientações aqui sustentadas, seria incompatível com o texto constitucional e com o chamado *direito geral da personalidade* a admissão, ainda que *sub conditione*, do direito de morrer como expressão do âmbito de autodeterminação humana. É o que Jürgen Habermas (2002, p. 9) chamaria de uma responsabilização solidária pelo outro *como um dos nossos*, o que se alcança numa comunidade moral que “se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados – e de cada marginalizado em particular –, em uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. (...) Antes, a ‘inclusão do outro’ significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos”.

Notas

¹ Confira-se a interessante abordagem desse texto, realizada de modo original por Arnaldo Vasconcelos (2001, p. 32), a quem se atribui a inspiração dessa paráfrase.

² Para uma visão sobre as diferentes espécies de normas, vale conferir Hans Kelsen (1996, p. 27), especialmente por reproduzir o pensamento final do autor de Viena, após suas sucessivas mudanças quanto à norma hipotética e seu conteúdo.

³ “Com esta fórmula – conhecida simplesmente como ‘Lei de Maine’ – quer-se exprimir a idéia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens – poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade – eram determinadas, em larga medida, pela presença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na socie-

dade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação” (RO-PPO, 1988, p. 26).

⁴ Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 14) faz referência a essa posição da autora francesa.

⁵ É necessário, porém, compreender que o sentido de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado assume contornos assaz peculiares, pois se relaciona, em grande medida, com a liberdade de escolha, no contrato internacional, do foro competente para executar e discutir os termos da avença e as relações da vontade particular em face das leis de ordem pública.

⁶ Segundo Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1990, p. 7-11), os códigos civis tradicionalmente cuidavam dos contratos com as impressões do século XIX, época de estabilidade e de segurança, qualidades essas incompatíveis com o século XX e suas profundas transformações. A título de exemplo, tem-se o repúdio à cláusula *rebus sic stantibus* pelo direito no Oitocentos, que encontra raízes no rigorismo normativo que se pôde manter apenas enquanto conservados estavam os pilares de seu tempo: moeda estável; instituições políticas reacionárias; controle da produção industrial e mercados consumidores cativos.

⁷ Redação original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite”. Em vernáculo: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”.

⁸ O Código Civil italiano de 1865 pronunciava que: “Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os fizeram.” (“I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.”). O Código Civil Português de 1867, no art. 702, estabelecia: “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas na lei”. O art. 1.953 do Esboço de Código Civil não discrepava da orientação reinante no mundo ocidental: “Os contratos válidos têm força de lei para as partes contratantes” (FREITAS, 1983, p. 364). O art. 1.091 do Código Civil Espanhol, aprovado por Real Decreto de 24 de julho de 1889, determina que: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

⁹ Qualquer perspectiva de intervenção do Estado na economia contratual era repudiada de modo veemente: “A lei não intervém no processo senão para impor o respeito àquilo que foi livremente convenicionado. Ela oferece seus préstimos pelas disposições chamadas interpretativas ou supletivas,

para ajudar os contratantes em caso de dúvida em melhor compreender por eles mesmos o que estipularam ou para completar as lacunas eventuais de sua convenção” (BATIFOL, 1968, p. 13).

¹⁰ “A visão social do ‘jurídico’, como um dado de cultura, é comum a todos os membros do grupo social. Aliás, mesmo nas sociedades em que há grandes desníveis culturais, como a brasileira, aqueles colocados nas escalas mais baixas, nem por isso, deixam de perceber o caráter vinculante de certos comportamentos. O exame de nossa realidade, sob esse ângulo, é duplamente ilustrativo, porque, de um lado, temos os analfabetos, cuja assinatura a rogo representa a consagração, pelo ordenamento, de que também eles, apesar do analfabetismo, reconhecem a juridicidade do ato que praticam, e, de outro, temos, no mesmo território, os índios não integrados, que, justamente por estarem em outra cultura, poderão não entender o caráter jurídico dos atos que os membros da sociedade brasileira vêem como negócio jurídico. Ao ato negocial, praticado pelo índio não integrado, com qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, o direito brasileiro nega validade” (AZEVEDO A. J., 1986, p. 7).

¹¹ O texto conforma a grafia original.

¹² Percebe-se que, no direito italiano, ainda persiste a separação entre *autonomia privada* e *autonomia della volontà*, porquanto é comumente reservada a última expressão para identificar o instituto de Direito Internacional Privado, conforme o verbebo no *Novissimo digesto italiano* (BETTI, 1974, p. 1561).

¹³ Atualmente, essa dicotomia absoluta deve ser confrontada com as notas de Michele Giorgianni (1998, p. 54-55) sobre o ressurgimento da influência do Direito Privado no final do século XX: “Deste modo, podem ser colocadas sobre bases adequadas as relações entre Direito Privado e Direito Administrativo, reconhecendo-se uma evolução que aconteceu num e noutro campos. E, na verdade, o recíproco desconhecimento entre as duas esferas – que perdurou mesmo quando o Direito Administrativo tomou emprestado do Direito Privado alguns instrumentos dogmáticos essenciais – era compatível somente numa época em que o Direito Administrativo constituía quase que um capítulo do Direito Constitucional. A aproximação entre as duas esferas já está madura (...) pela íntima evolução que se está operando no próprio âmbito do Direito Administrativo. Também aqui – seja concedido ao privatista notá-lo com alguma satisfação – fala-se de crise ou até mesmo de ‘caos’ por causa da penetração dos elementos privatistas. Na verdade, já existe uma larga zona em que o Direito Administrativo se comporta exclusivamente como direito estatutário dos entes públicos, do qual deriva uma ampla comunhão de conceitos e princípios com a correspondente disciplina dos entes privados”.

Bibliografia

- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 11-26, mar. 2002b.
- _____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002a.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Edição do Autor, 1986.
- _____. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família: herdeiro e legatário. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 56-63, jan./mar. 2000.
- _____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais... (Parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- BATIFFOL, Henri. La 'crise du contract' et sa portée. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1968. t. 13.
- BETTI, Emilio. Autonomia privada. In: Azara, Antonio (a cura di). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974. t. 1.
- _____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1-2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. Edição histórica.
- BURKERT, Walter. *Religião grega na época clássica e arcaica*. Tradução de M. J. Simões Loureiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Civitas, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983.
- GILSON, Etienne. *A filosofia na idade média*. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, p. 24-40, jun. 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Théorie générale des normes*. Traduit de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani. Paris: PUF, 1996.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa et al. Buenos Aires: EJE, 1952. t.1.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra, 1988.
- OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o princípio tirânico*. Petrópolis: Vozes, 1988.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*. Bruxelles: Bruylant, 1948. t. 2.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina di Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: PUF, 1980.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Bookseller: Campinas, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: teoria da imprevisão e autonomia da vontade*. São Paulo: Atlas, 2002.
- ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino: fuente de las obligaciones*. Atualizado por Arturo Acuña Anzorena. 2. ed. atual. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1950.
- SCHILLER, Friedrich Von. *Os bandoleiros*. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: 2001.
- SILVA, Clovis Verissimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, p. 7-11, maio 1990.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- TUCÍDIDES. *História da guerra do Peloponeso*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- VILLEY, Michel. *Essor et décadence du volontarisme juridique*. In: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1957. t. 4.
- WALINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestien, 1945.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltenisir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

O Estatuto da Juventude

Instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens

Jorge Barrientos-Parra

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de juventude. 3. Os fundamentos dos direitos da juventude no contexto dos direitos públicos subjetivos. 4. A noção de autonomia. 5. Os direitos e deveres dos jovens. 6. O Estatuto da Juventude. 7. Conclusão.

*“Não deixe que ninguém o despreze por você ser jovem”
Carta do Apóstolo Paulo a Timóteo*

1. Introdução

Na Câmara Municipal de São Paulo discute-se atualmente o Projeto de Lei nº 569/01¹ que institui o Estatuto da Juventude, iniciativa pioneira que está repercutindo favoravelmente em muitos municípios pelo Brasil afora e despertando vivo interesse também no âmbito estadual e federal. Sabendo que a cidade de São Paulo tem aproximadamente dois milhões de jovens entre 15 e 24 anos, o que corresponde a quase 20% da população do município, e que pelo último censo a juventude brasileira (faixa entre 15 a 24 anos) compreende 31,1 milhões de pessoas², ou seja, 20% da população total do país, podemos ter uma idéia da relevância desse projeto.

Adotando metodologia consagrada em vários documentos da ONU para reconhecer os jovens na sua idiossincrasia, heterogeneidade e particularidades regionais e

Jorge Barrientos-Parra é mestre em Direito pela USP, doutor em direito pela Universidade de Louvain, prof. de Instituições de Direito Público e Privado na UNESP.

locais, afirmamos a necessidade de dar autonomia à juventude brasileira instituindo um Estatuto da Juventude que englobe os direitos e deveres dos jovens, um Plano Estratégico de Desenvolvimento Integral da Juventude e uma estrutura jurídica mínima que lhes possibilite assumir o papel de atores sociais estratégicos na vida nacional independentemente dos governos de turno.

Pretendemos assim ampliar o debate em nível nacional em torno da idéia de um Estatuto da Juventude que seja instrumento de defesa dos direitos e possibilitador do pleno exercício da cidadania dos jovens.

2. O conceito de juventude

De acordo com Bourdieu (1983), não se deve incidir no erro de falar de jovens como se fossem uma unidade social, um grupo constituído, dotado de interesses comuns, e relacionar esses interesses a uma faixa etária.

Não existe *uma* juventude, mas multiplicidade delas, tantas quantas são as tribos existentes. Não temos a pretensão aqui de oferecer uma conceituação abrangente dessa realidade³.

Existem juventudes organizadas por adultos, como por exemplo aquelas constituídas no âmbito de clubes, partidos políticos, igrejas e sindicatos⁴. De outro lado, existem grupos de jovens que se formam espontaneamente pela identificação com alguma atividade desportiva, cultural, acadêmica ou científica. Existem outros ainda que se identificam pela hostilidade às “doutrinas e às fórmulas que se voltam para as promessas de um futuro melhor. O acento é colocado muito mais na brevidade e emergência do tempo... A juventude grita/canta/dança que *o futuro é agora!*” (CARRANO, 2003, p. 134).

Entretanto, se o conceito é de difícil apreensão, não quer dizer que a juventude não exista, de fato a categoria “juventude” enquanto objeto específico da pesquisa social decorre da própria transformação da socie-

dade e dos problemas daí decorrentes (FLINTER, 1968). Aspectos sociológicos, psicológicos, estatísticos, jurídicos, filosóficos e antropológicos devem ser levados em consideração para uma melhor compreensão dessa categoria tão rica quanto heterogênea.

De acordo com Carrano (2000, p. 14-15), a referência ao jovem, em nossos dias, “precisa levar em consideração a heterogênea realidade das sociedades complexas”. Segundo esse autor a ambigüidade e a indefinição sobre o conceito de jovem seriam algumas das características dessa situação de complexidade, assim a superação de certos limites de idade e o ingresso no mercado de trabalho não significariam necessariamente a entrada no mundo adulto.

Universalmente a juventude destaca-se pela singularidade de seu posicionamento perante a vida. Por definição, a juventude é criadora. No plano cultural, gera modismos e formas peculiares de comunicação. Renova a linguagem musical, as concepções artísticas, a ação política, a vida científica e desportiva e amiúde, negando e opondo-se aos conceitos vigentes, dialeticamente produz sínteses não vislumbradas em todas as áreas da atividade humana.

A juventude é também um estilo de vida que vai além da definição da idade, evocando a transgressão, o anticonformismo (GRAZIOLI, 1984, p. 63), a procura do risco e do prazer, a onipotência, a irreverência, a contestação, a solidariedade e os esforços para mudar os padrões estabelecidos (LIMA, 1958, p. 11-19). Em resumo, pode-se dizer que “o jovem é revolucionário, porque é dele que saem as novas propostas”⁵.

A juventude associa-se à potencialidade de construção de uma sociedade melhor, apesar de muitas vezes ser vista como problema pelos elevados índices de infrações cometidas por jovens; a abordagem da juventude por meio de perspectivas possibilitadoras nos leva à constatação de que os jovens elaboram saídas criativas para a superação dos problemas que os afligem; nes-

se sentido Carrano (2000, p. 132), Barbero (1998) e Ferréz (2003). De fato a juventude é trabalhadora, estudiosa, solidária, idealista e busca de forma orgânica ou inorgânica, na criatividade das diversas tribos, saltar o abismo existente entre a realidade social e os direitos consagrados na Constituição; entre os valores proclamados pela sociedade e a prática que os nega; entre as carências do presente e as infinitas possibilidades da vida pela frente; entre a precariedade das condições de subsistência e a miragem das prateleiras da sociedade de consumo abarrotadas de produtos inacessíveis; enfim, entre o sonho e a realização.

Como hipótese de trabalho, aceitaremos aqui a definição que a Assembleia Geral da ONU adotou em 1985 para o Ano Internacional da Juventude. Ao subscrever as diretrizes para o planejamento e o acompanhamento das questões atinentes à juventude, a Assembleia Geral, para fins estatísticos, definiu como jovens as pessoas entre os 15 e os 24 anos, sem prejuízo de outras definições de Estados Membros.

Posteriormente, quando a mesma Assembleia aprovou o Programa Mundial de Ação para a Juventude para além do ano 2000, reiterou que definia a juventude como sendo a faixa etária 15-24. No entanto, acrescentou que, “para além dessa definição estatística, o sentido do termo juventude variava em todo o mundo e que as definições de juventude haviam mudado continuamente como resposta a flutuações das circunstâncias políticas, econômicas e socioculturais”⁶.

Sabendo da limitação de uma definição baseada somente na faixa etária, uma vez que as mudanças na vida humana não se processam da noite para o dia, e que a passagem da adolescência para a juventude e desta para a vida adulta não acontecem de forma matemática, parece-nos, porém, adequado trabalharmos com a metodologia utilizada pela ONU, enquanto não se chega a uma conceituação definitiva.

O reconhecimento da ONU de que o termo juventude é variável em todo o mundo

abre espaço para que no Brasil adotemos uma definição que reflita nossa realidade. Nesse sentido, propomos que se considere como jovem as pessoas com idade entre 18 e 25 anos.

Para todos os efeitos jurídicos, essa conceituação, de um lado, tem a vantagem de não conflitar com o Estatuto da Criança e do Adolescente e, de outro, incorpora conceitos consagrados no Código Civil de 2002 como o de menoridade, que cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

3. Os fundamentos dos direitos da juventude no contexto dos direitos públicos subjetivos

Diversos diplomas de direito internacional de âmbito universal e regional constituem o rochedo jurídico em que se encontram alicerçados os direitos da juventude⁷. Em direito interno, o alicerce dos direitos da juventude encontra-se na Constituição Federal⁸, nas Constituições Estaduais⁹ e nas Leis Orgânicas dos Municípios¹⁰. Existem ainda uma série de diplomas legais¹¹ e de programas governamentais¹² que explicitam esses direitos.

Alguns argumentam que direitos deveriam ser atribuídos somente a situações humanas permanentes como: gênero, raça e portadores de necessidades especiais. Entretanto, se isso fosse verdade, negaríamos os direitos da criança e do adolescente, dos idosos e do nascituro¹³, o que seria uma aberração moral e jurídica, por isso afirmamos veementemente que, sendo o jovem uma pessoa, é capaz de direitos e deveres na ordem civil¹⁴.

É necessário ressaltar que a transitoriedade é inerente à condição humana. Algumas das mais belas páginas da literatura universal descrevem o fato de que a vida passa depressa e nós voamos.¹⁵ Por isso a lei Mosaica (aprox. 1400 anos antes de Cristo) favorecia o jovem recém-casado, atribu-

indo-lhe o direito de não ser convocado para a guerra. Reconhecia-se assim o direito à felicidade conjugal¹⁶.

Na definição clássica, sujeito de direito é o ser capaz de direitos e obrigações, a palavra *sujeito* emprega-se aqui num sentido puramente lógico, significando algo distinto de *predicado*; de certos seres se predicam direitos e obrigações. Ora, como direitos e obrigações somente podem predicar-se do homem (na acepção de pessoa humana), somente este é realmente sujeito de direito¹⁷. Note-se, porém, que esse sujeito de direitos não é um simples ponto de referência (sujeito passivo) sobre o qual recaem as normas jurídicas, mas um agente criador das mesmas (HÜBNER GALLO, 1995).

O conceito de *sujeito* deve interpretar-se não no sentido lógico-gramatical em oposição ao *predicado*, mas no sentido ético de oposição ao *objeto*, isto é, o *sujeito* possui dignidade intrínseca, portanto não tem preço; o *objeto* é um meio, o *sujeito* um fim, ao qual se ordenam os meios e os objetos.

De acordo com Legaz Y Lacambra (1972, p. 721) essa dignidade do homem ou condição de fim com respeito aos objetos é o mesmo que dizer que ele é sujeito de direitos colocando-se o problema da pessoa num plano suprajurídico.

Em outras palavras, o acatado jurista espanhol ensina que a questão dos fundamentos da dignidade do homem e dos direitos públicos subjetivos não é um problema jurídico, mas uma questão que se coloca no plano da filosofia.

Para analisar essa questão, adotaremos uma perspectiva histórica.

Os poderosos impérios da antigüidade, Egito, Assíria, Babilônia e Pérsia, eram tiranias totalitárias em toda a expressão da palavra. Da mesma forma, nos demais povos antigos não houve liberdade política nem civil¹⁸.

Na antigüidade clássica, não se concebia a pessoa fora do Estado como tendo direitos inerentes em oposição à *polis* ou à *civitas*; em outras palavras, não se concebia a noção de direitos públicos subjetivos. Ain-

da que se tenha falado de um direito natural baseado na natureza das coisas ou de um direito comum a todos, essas reflexões não se traduziram em faculdades, atribuições ou pretensões dos particulares em relação ao ente político, que, no mundo clássico, sempre foi considerado como valor supremo na ordem ética¹⁹.

Os grandes filósofos da Grécia clássica Platão e Aristóteles sustentavam que os escravos não tinham direito algum. De acordo com o filósofo estagirita, o trato desigual dos escravos, das mulheres e das crianças estava justificado, porque, ele afirmava, as mulheres e as crianças teriam uma menor participação na razão que os homens e porque os escravos careceriam absolutamente de toda participação na razão²⁰.

Em Roma²¹, filósofos estoicos como Epicteto, Sêneca, Cícero e Marco Aurélio chegaram a vislumbrar uma idéia universal da humanidade, porém, isso não teve repercussão no plano jurídico nem político.

Durante a República, as várias classes chegaram a ter participação no governo, entretanto, no Império, a liberdade política dos romanos foi completamente asfixiada. Nessa época, a lei passou a ser a vontade do imperador, de acordo com a máxima: "*quod principi placuit legis habet vigorem*".

De sorte que, na antigüidade clássica, a *polis* e a *civitas* sintetizavam a economia, o direito, a moral e a religião, enfim, toda atividade humana, nela perdia-se qualquer autonomia possível do indivíduo. O Estado era colocado antes de tudo, nas palavras de Aristóteles: "Na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte" (ARISTÓTELES, 19—?, p. 19); e ainda: "... é preciso não imaginar que cada cidadão se pertença a si próprio, e sim que todos os cidadãos pertencem à cidade; porque todo indivíduo é membro da cidade..." (ARISTÓTELES, [19-?], p. 201-202). De sorte que, fora da cidade-estado, não havia indivíduos plenos e livres, com direitos e garantias sobre sua

pessoa e seu patrimônio (GUARINELLO, 2003, p. 35).

Foi somente com o Cristianismo que a idéia da dignidade da pessoa humana foi reconhecida de forma absoluta e passou a ter uma expressão prática.

No Velho Testamento, lemos que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus²². Aqui está implícita a idéia de igualdade de todos os homens quanto à dignidade, porque velhos ou jovens, patrões ou empregados, ricos ou pobres, sadios ou doentes devem ser tratados igualmente como filhos de Deus, criados à sua imagem e semelhança.

Essa doutrina tem continuidade no Novo Testamento, onde obtém seu máximo alcance e brilho em virtude da obra de Jesus Cristo redentor de todos os homens, tribos e nações. Assim, “não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus”²³.

Sendo que todos os homens foram criados por Deus, concluímos com Battaglia que o homem enquanto homem não deve nada ao Estado²⁴.

A história da humanidade nos mostra as muitas lutas travadas para o reconhecimento de direitos públicos subjetivos.

Não temos espaço aqui para detalhar esse processo, os limitar-nos-emos a ressaltar alguns fatos e destacar alguns documentos jurídico-políticos que se transformaram em marcos da história das liberdades.

Um episódio fundamental foi a gestação da *Magna Cartha Libertatum*, pacto em que os barões e prelados impuseram ao rei da Inglaterra, João Sem Terra, determinadas prerrogativas²⁵. Entre elas, a de que nenhum imposto pudesse ser lançado sem a prévia audiência dos contribuintes.

Depois, ao longo de vários séculos, pouco se ouviu falar da Magna Carta, ata que no século XVII a oposição no Parlamento, lutando para refrear as pretensões absolutistas dos Stuarts, redescobriu e fez dela um instrumento contra a opressão (Cf. BICUDO, 1997, p. 31). Surgem assim a *Petition of Rights* (1628)²⁶ e o *Bill of Rights* (1689),²⁷ que,

revigorando a Magna Carta, limitam a autoridade do rei e garantem a liberdade dos cidadãos.

Posteriormente, houve um período histórico de Absolutismo em que o monarca proclamava o seu poder soberano; expressão máxima desse período, Luis XIV, rei da França, disse: “L’Etat c’est moi”. Ora, se o Estado era o príncipe, não havia espaço para o reconhecimento de nenhum direito público subjetivo.

Foi somente com as primeiras Declarações de Direitos nos Estados Unidos e na França, no século XVIII, que a idéia de que o indivíduo possui uma esfera de ação inviolável em cujo âmbito o Estado não pode intervir passou a ter respaldo jurídico. Entre esses documentos, destacamos: a Declaração de Direitos da Virgínia (1776)²⁸; a Declaração de Direitos do Congresso Continental (1774); a Declaração de Direitos de Maryland (1776); a Declaração de Direitos de Massachusetts (1780); a Lei de Direitos dos Estados Unidos (1787); e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)²⁹.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

As primeiras declarações foram essencialmente políticas, cuidava-se dos direitos públicos do homem enquanto cidadão; a segunda incorpora os direitos econômicos, sociais e culturais. A terceira geração de direitos inclui os direitos de solidariedade, como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente. Os direitos de quarta geração referem-se à proteção contra as ameaças da pesquisa biológica e as manipulações do patrimônio biológico (FERREIRA FILHO, 1996, p. 252).

No Brasil, a Constituição de 1988, além de consagrar nos artigos 5º a 17 extensa lista de direitos, dedicou títulos especiais à tributação e orçamento (arts. 145 a 169); à ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192); e à ordem social (arts. 193 a 232), assegu-

rando novos direitos públicos subjetivos (REALE, 1991, p. 265-267).

Podemos então afirmar que os direitos do(a) jovem advêm pelo só fato da sua existência ser imagem e semelhança de Deus, da mesma forma que um nascituro, que um portador de cuidados especiais, que uma criança ou uma pessoa da terceira idade.

Esses direitos não foram concedidos pelo Estado ou por qualquer ente em nome dele. O Estado deve simplesmente reconhecer os jovens (e da mesma forma os outros grupos e coletividades) como sujeitos de direito, independentes e anteriores ao Estado, e criar as condições materiais e espirituais para a satisfação de todas as suas necessidades³⁰.

Ora, para satisfazer as necessidades dos jovens (e de qualquer indivíduo), devem-se criar as condições que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves, e não somente isso, mas também oportunidades e condições objetivas favoráveis para que possam desenvolver plenamente as suas potencialidades. Para que isso ocorra, a pré-condição indispensável é a autonomia.

4. A noção de autonomia

Ao longo da história, têm surgido variadas concepções do conceito de autonomia.

Etimologicamente autonomia significa *ser governado por sua própria lei* (*autos*: a si; *nomos*: norma ou lei). Na Grécia antiga, o termo autonomia foi aplicado, inicialmente, às cidades-estados; a cidade teria autonomia se fosse capaz de elaborar suas próprias leis. A *contrario sensu*, não seria autônoma se estivesse dominada por estrangeiros. O sentido literal evoca a capacidade de viver em harmonia sob seu próprio governo.

Essa concepção repercute com força no mundo contemporâneo. J. Feinberg (1972, p. 61 apud GUSTIN, 1999, p. 34) preleciona: “Sou autônomo se me governo, e se ninguém me domina”.

Para Kant (1960, p. 78), a autonomia “... é o fundamento da dignidade da natureza

humana e de toda a natureza racional... o princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.” Na sua obra *Doutrina do direito*, o filósofo alemão afirma: “[A] autonomia moral é a combinação de liberdade e responsabilidade; é a submissão às leis que alguém se prescreve. O homem autônomo, desde que autônomo, não está sujeito à vontade de outro” (KANT, [19--] apud GUSTIN, 1999, p. 34).

A concepção marxista de autonomia e de liberdade contrapõe-se ao paradigma liberal. Para Marx a autonomia e a liberdade na sociedade capitalista são apenas formais, elas serão realmente alcançadas na sociedade comunista, que implica a superação do capitalismo pela ditadura do proletariado. Nesse patamar do desenvolvimento humano, surgiria um ser rico em socialidade, sensibilidade e inteligência (GUSTIN, 1999, p. 214).

Para o pensamento jusfilosófico atual, representado por autores como Añón Roig, Norberto Bobbio e Jürgen Habermas, a autonomia é uma necessidade básica do homem contemporâneo que não mais deve corresponder ao conceito liberal e excludente de auto-suficiência, entendida esta como necessidade do indivíduo isolado e que se auto-satisfaz no isolamento.

Os direitos fundamentais são tratados por esses autores implícita ou explicitamente como “direitos de liberdade”, porque são vistos como indispensáveis para o desenvolvimento da autonomia. A autonomia seria construída, socialmente, na heteronomia.

Quando nos referimos à autonomia como necessidade humana básica, não nos referimos somente à pessoa física, mas também aos diferentes grupos e categorias humanas, como crianças, adolescentes, jovens, idosos, homens, mulheres, negros, brancos, trabalhadores, estudantes, sem-terra, sem-teto, funcionários públicos, etc.

De acordo com Habermas (1996 apud GUSTIN, 1999, p. 32), uma pessoa é autônoma em relação ao outro quando, por meio

de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões. Uma pessoa auto-regida está livre dos constrangimentos de seu contexto e, ao mesmo tempo, integrada a seu contexto.

Dessa forma, a autonomia deve ser entendida como de natureza social. Ser autônomo é saber que se está agindo de forma diferenciada em relação aos valores e regras do outro. Nesse sentido, entende-se que a autonomia é uma necessidade humana que se desenvolve de forma dialógica. Todos nascemos dependentes, é no processo de relacionamentos familiares e sociais mais amplos que alcançamos a autonomia, que desenvolvemos o juízo crítico para avaliar normas, valores e objetivos.

Entendemos que uma sociedade democrática de direito pressupõe a elaboração de políticas públicas e leis e regulamentos, discursivamente estabelecidos por atores sociais com autonomia, que estabeleçam uma distribuição equitativa dos recursos públicos disponíveis e uma redistribuição da riqueza de acordo com o princípio da função social da propriedade e o princípio da progressividade dos impostos e outros instrumentos de intervenção estatal que permitam alcançar novos patamares de emancipação social (Cf. GUSTIN, 1999, p. 220).

Muito embora a necessidade de autonomia dos jovens tenha sido reconhecida pelas Nações Unidas, muitos Estados, inclusive o Brasil, ainda não a consideram como um valor que deve ser consagrado juridicamente e que de fato permita a participação dos jovens na tomada de decisões em relação às políticas que o atingem. Por isso os jovens, via de regra, são apenas massa de manobra dos governos ou ocupam cargos de fachada para legitimar as políticas “para” a juventude.

Segue-se daí que a organização e a luta política dos jovens e dos setores progressistas da sociedade deve superar a mobilização unicamente pela satisfação de necessidades materiais pontuais para buscarem os meios de se autonomizarem e alcançarem o seu desenvolvimento integral.

5. Os direitos e os deveres dos jovens

5.1. Os Direitos

Os direitos dos jovens baseiam-se na especificidade da condição juvenil, constata-se que os jovens têm características singulares físicas, psicossociais e de identidade que demandam uma atenção especial por parte da sociedade e do poder público. Com efeito, é nesse período da vida do indivíduo que se consolida a personalidade, adquirem-se os conhecimentos necessários e inicia-se a vida profissional, projeta-se e/ou inicia-se a vida conjugal, conquista-se enfim a experiência necessária para a segurança pessoal e projeção futura.

Quais são os direitos dos jovens? Numa visão global e retomando o exposto no item 3 *supra*, podemos dizer, os direitos civis e políticos, os direitos sociais e os direitos de terceira e quarta geração, que se explicitam nos seguintes, a saber: o direito a uma vida digna, à saúde, ao seu pleno desenvolvimento biopsicossocial e espiritual, o que inclui o acesso à educação, ao trabalho, à cultura, à recreação, à plena participação social e política, à informação, inclusive a relacionada com a sexualidade e ao acesso gratuito à rede mundial de computadores, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à prestação de serviço social voluntário como forma de contribuição para a paz e justiça social.

Ainda os jovens em situação especial desde o ponto de vista da pobreza, da dependência química, da exclusão social, da indigência, jovens com deficiências físicas ou mentais, privados de moradia ou privados da liberdade têm o direito de reinserir-se e integrar-se plenamente à sociedade.

Tendo os jovens um papel vital na sociedade presente e sendo ainda os pilares da sociedade de amanhã, devem ser reconhecidos como atores sociais estratégicos para o pleno desenvolvimento do Brasil, juntamente com as suas organizações de caráter político, estudantil, cultural, religioso e desportivo. É necessário, ainda, propiciar-lhes

os recursos e oportunidades para que sejam protagonistas na solução dos seus próprios problemas e possam exercer plenamente a sua cidadania.

5.2. Os deveres

Existe uma correlação entre direito subjetivo e dever jurídico. A todo direito corresponde uma obrigação, ou, como diziam os romanos: *Jus est obligatio sunt correlata*.

De acordo com André Franco Montoro, a expressão “dever jurídico” corresponde a “obrigação jurídica” em sentido lato³¹.

Se, por um lado, os jovens têm direitos públicos subjetivos, por outro, têm deveres correlatos para com a sociedade.

Esses deveres podem ser de diferente índole: jurídicos, morais, religiosos ou sociais de acordo com a essência das normas que os originam (jurídicas, morais, religiosas ou de trato social). Os deveres jurídicos baseiam-se única e exclusivamente na existência de uma norma de direito positivo que os impõe, é um fenômeno do mundo jurídico.

Qual é a diferença entre o dever moral e o dever jurídico? Garcia Maynez, seguindo a lição de Radbruch, responde que a obrigação moral é dever pura e simplesmente, a jurídica não é só “dever”, mas também “dívida”. Diante do obrigado por um dever moral, não há outra pessoa que possa exigir-lhe o cumprimento. No dever jurídico, existe um sujeito que pode exigir o cumprimento da obrigação (GARCIA MAYNES, 1949, p. 264).

Na verdade, nas obrigações morais, religiosas ou de trato social, também existem sujeitos que podem exigir a prestação devida, essa exigência, porém, não é feita coativamente por meio dos órgãos jurisdicionais.

De acordo com J. Habermas (1996 apud GUSTIN, 1999, p. 191), os direitos subjetivos não se referem tão-somente a indivíduos isolados; seguindo o pensamento de Michelman, entende que: “Um direito... não é nem uma arma nem o espetáculo de um homem só. É uma relação e uma prática social... uma expressão de associatividade. Di-

reitos subjetivos são proposições públicas, envolvendo tanto obrigação para com os outros quanto titularidade contra eles. Pelo menos aparentemente são, indubitavelmente, uma forma de cooperação social – uma cooperação não espontânea, ao contrário, altamente especializada, mas, ainda assim, e em última análise, uma cooperação.”

Assim, em função da infinita gama de relações sociais que as pessoas estabelecem, surgem correlativamente direitos e deveres de variada ordem. Especificamente em relação aos jovens, podemos assinalar os seguintes: o dever de respeitar e fazer cumprir a Constituição e as Leis, desenvolvendo os seguintes princípios: defesa da paz, pluralismo político e religioso, dignidade da pessoa humana, tolerância e solidariedade. O dever de respeitar e promover os direitos de outros grupos e segmentos da sociedade brasileira, trabalhando pelos seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais; promover o bem de todos sem preconceitos; desenvolvimento integral da pessoa humana, físico, mental e espiritual. Dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade³². Dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Dever moral de prestar serviço social voluntário, entendido como ação cidadã de prestação de serviços à comunidade.

Essa relação de direitos e deveres não é definitiva, deve ser vista no dinamismo da história, de sorte que, na medida em que as condições objetivas mudam, outros direitos e deveres poderão ser acrescentados.

6. O Estatuto da Juventude

6.1. Definição

O Estatuto da Juventude é uma declaração de direitos e deveres dos jovens, acrescida de uma estrutura jurídica mínima que

permita aos jovens discutir, formular, executar e avaliar as políticas públicas de juventude. Em outras palavras, é um instrumento jurídico-político para promover os direitos da juventude, reconhecendo que os jovens são atores sociais estratégicos para a transformação e melhoria do Brasil.

Note-se que, diferentemente dos direitos da infância e do adolescente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem um caráter marcadamente protetivo, porque de fato a pessoa precisa basicamente de proteção nesse período de muita fragilidade da existência, a situação da juventude é diferenciada, porque, muito embora a juventude precise de proteção, como todos os indivíduos precisam, os jovens demandam, sobretudo oportunidades. Assim sendo, o caráter do Estatuto da Juventude é possibilitador, atendendo as especificidades da juventude. Objetiva ser um instrumento de apoio ao jovem nas suas escolhas, buscas, incertezas, caminhos e descaminhos.

6.2. Estatuto da Juventude e políticas públicas

A distância existente entre os direitos dos jovens e a realidade em que eles vivem é muito grande, na verdade a situação em que se debate nossa juventude é muitas vezes dramática, o que exige a intervenção da sociedade civil e do poder público.

Alguns dos problemas que afligem a juventude são os seguintes: elevado índice de mortalidade juvenil por causas externas³³. Elevado índice de doenças sexualmente transmissíveis (DST) e AIDS³⁴. Exposição ao uso e ao comércio de drogas³⁵. Exploração sexual³⁶. Alto índice de gravidez na adolescência³⁷. Elevado número de jovens fora da escola e fora da universidade³⁸. Analfabetismo³⁹. Desemprego⁴⁰. Elevado índice de ócio juvenil (jovens que não estudam, nem trabalham)⁴¹.

Todos esses problemas, infelizmente, não entraram na agenda da sociedade brasileira para serem combatidos de frente.

Via de regra, os governos (municipais, estaduais e federal) não implementam políticas públicas articuladas que atendam de

forma integral e sistematizada a juventude, nem reconhecem que esta é um setor social que tem características singulares. O que existe são iniciativas e programas isolados que dependem da boa vontade dos governos de turno (o que nem sempre acontece).

Entendemos que é necessária a adoção de uma política global, abrangendo União, Estados e Municípios, voltada ao desenvolvimento integral da nossa juventude. Essa política deve superar o isolamento dos diversos setores governamentais, buscando a coordenação, a convergência e a complementaridade. Deve ser construída democraticamente, consultando-se a sociedade civil organizada e sobretudo os grupos juvenis na sua multifacética realidade.

Um passo decisivo nesse sentido é a aprovação do Estatuto da Juventude:

1º) Para combater a omissão do poder público em relação à juventude;

2º) Para consolidar os avanços que se verificam em vários municípios que, reconhecendo a realidade juvenil e os direitos dos jovens, começam a discutir e a implementar políticas públicas de juventude;

3º) Porque, se não houver instrumentos jurídicos que reconheçam os direitos dos jovens, estes sempre dependerão da boa vontade dos governos, que geralmente, esvai-se em discursos;

4º) Porque a autonomia dos jovens exige um instrumento jurídico que a afiance e garanta.

Como vimos acima (no item 3), uma constante no longo processo histórico de afirmação de direitos tem sido a elaboração de documentos jurídicos, cartas, declarações, constituições e ou estatutos. A razão para isso é que a vontade política do príncipe não se sustentava por muito tempo, ele se arrependia, ou simplesmente não cumpria a palavra empenhada. Por outro lado, a história ensina que os descendentes de um rei justo e bom para o povo, amiúde, não seguiram o mesmo comportamento.

No moderno estado democrático de direito, *mutatis mutandi*, as coisas não são

muito diferentes, a realidade mostra que, via de regra, entre nós, não há continuidade nas políticas públicas. Prefeitos, governadores ou presidentes procuram, compreensivelmente, envidam esforços para deixar suas próprias políticas e realizações. Segue-se daí então a necessidade de estabelecer marcos legais⁴² para institucionalizar os avanços e direitos conquistados. Por outro lado, o sistema democrático exige uma atuação cidadã permanente para o cumprimento dos direitos consagrados nesses diplomas jurídicos.

Nessas duas tarefas, o papel do Poder Legislativo é preponderante uma vez que pode ser o indutor das reformas e mudanças largamente ansiadas pela sociedade ou, como aconteceu nos trabalhos da última Constituinte, transformar-se no desaguardo das reivindicações de todos os setores da sociedade.

6.3. Os jovens como atores sociais estratégicos

O futuro do Brasil depende dos avanços da juventude hoje. O jovem deve deixar de ser visto como hipossuficiente e passar a ser visto como uma pessoa que pode exercer plenamente a sua cidadania.

Ser reconhecido como ator social estratégico implica a integração social, a participação, a capacitação e a transferência de poder para os jovens como indivíduos e para as organizações juvenis, de modo que tenham a oportunidade de tomar decisões que afetam as suas vidas e o seu bem-estar. Significa passar das tradicionais *políticas "para" a juventude*, isto é, políticas concebidas pelos governos direcionadas ao jovem, para *políticas de juventude*, isto é, políticas concebidas e elaboradas com a participação direta ou indireta dos jovens, por meio de estruturas jurídicas reconhecidas pelo Poder Público, como conselhos e coordenações da juventude.

Em vários documentos⁴³ das Nações Unidas, esse reconhecimento é conceituado como autonomização da juventude, que englobaria os seguintes aspectos:

a) Maior participação dos jovens (incluindo os indivíduos, as organizações de juventude e os grupos informais de jovens). Muito embora exista um consenso geral nos foros nacionais e internacionais em relação à necessidade de uma maior participação, os jovens são geralmente excluídos das discussões e da tomada de decisões que influenciam as suas vidas e são relegados ao papel de simples massa de manobra dos governos e/ou das organizações de adultos.

b) Acesso à informação relevante e oportunidades adequadas de participar em processos democráticos. Um desafio importante para os jovens será acompanhar e fiscalizar as ações governamentais para exigir que suas demandas sejam efetivamente cumpridas;

c) Aumento da capacidade dos jovens e das organizações de juventude para defender os seus interesses, desejos, demandas e da sua capacidade de lutar contra a exclusão, a discriminação e a pobreza. As políticas em curso têm privilegiado a estabilidade econômica, o que acaba beneficiando o capital em detrimento do trabalho. Um desafio importante para os jovens é alcançar capacidade organizacional para defender a participação juvenil no desenvolvimento econômico e social e nos seus benefícios;

d) Conscientização dos jovens em relação aos seus próprios direitos e condições para que suas organizações possam defendê-los. As políticas atuais para a juventude em muitos casos são meramente paliativas. Problemas como o desemprego terão solução definitiva somente se houver crescimento econômico. Dessa forma, os jovens devem ter consciência dos limites da sua ação e da necessidade de se unir a outros setores sociais para alcançar as transformações que o Brasil exige.

Para concretizar a autonomização da juventude, são necessários alguns pré-requi-

sitos: acesso dos jovens à educação e à formação, aos serviços de saúde e oportunidades econômicas para aquisição de recursos e bens, além de uma estrutura e valores institucionais que lhes dêem apoio.

6.4. O Conselho da Juventude

O Conselho da Juventude é uma estrutura chave para alcançar a referida autonomia, constituído por representantes do Poder Público, por representantes de organismos juvenis e por entidades da sociedade civil que trabalham com jovens, tendo como objetivos: deliberar, normatizar, fiscalizar e executar as políticas públicas de juventude.

Para cumprir esse desiderato, sugerimos que os conselhos da juventude tenham as seguintes atribuições e competências:

- Formular diretrizes e promover atividades que visem à defesa dos direitos dos jovens e ao seu pleno desenvolvimento;
- Elaboração de pareceres sobre programas governamentais relativos aos jovens;
- Dar pareceres sobre projetos de lei relativos aos jovens, de iniciativa do Executivo ou do Legislativo;
- Encaminhamento de propostas de projetos e programas de defesa e promoção dos direitos dos jovens;
- Acompanhamento de projetos e programas governamentais e não governamentais relativos aos jovens;
- Avaliação de projetos e programas governamentais e não governamentais relativos aos jovens;
- Estabelecer intercâmbios com entidades afins nacionais ou internacionais;
- Estimar os recursos financeiros destinados à elaboração e execução do Plano Estratégico para o Desenvolvimento Integral da Juventude (PEDII);
- Fiscalização do cumprimento das prioridades estabelecidas no Plano;
- Manifestação sobre a conveniência e oportunidade da implementação

de projetos e programas governamentais;

- Promoção de campanhas, pesquisas, conferências, seminários e debates sobre a problemática juvenil;

- Criação de comissões especializadas ou grupos de trabalho para promover estudos, elaborar projetos, fornecer subsídios ou sugestões para apreciação do Conselho, em período de tempo previamente fixado;

- Elaboração do seu regimento interno.

Quanto ao número de componentes, o Conselho deve ser um órgão dinâmico, que permita a sua convocação de forma rápida e possibilite o debate e a tomada de decisões de forma ágil, assim pensamos que o seu número não pode exceder as quarenta pessoas. A idéia é abrir espaço para as entidades juvenis formalizadas ou não. Entretanto, como o número dessas entidades é muito expressivo (sobretudo nas capitais e nas grandes cidades) e muitas tribos, para preservar as suas especificidades, preferem ficar na informalidade, uma linha de trabalho é constituir o Conselho com entidades representativas dos jovens e com entidades que trabalhem com jovens.

Evidentemente, como questão de princípio, os componentes do Conselho terão o dever e a responsabilidade de consultar a maior quantidade de grupos juvenis, democratizando a tomada de decisões e a informação disponível.

O Conselho será constituído paritariamente por representantes do poder público e da sociedade civil; é importante que essas pessoas sejam jovens ou profissionais que tenham trabalhado na temática juvenil.

Os conselheiros titulares e suplentes representantes do poder público serão indicados pelo Chefe do Poder Executivo, de servidores das secretarias ou ministérios que têm programas dirigidos aos jovens e outros cuja presença é fundamental para a tomada de decisões. Assim, em caráter exemplificativo, teríamos: Justiça ou Negócios

Jurídicos, Educação, Saúde, Finanças, Cultura, Esportes, Assistência Social, Secretaria de Governo ou Casa Civil.

Os conselheiros e os respectivos suplentes representantes de organizações de jovens ou que trabalham com jovens devem ser escolhidos em assembleias gerais convocadas especificamente para esse fim.

A função de membro do Conselho (Municipal, Estadual ou Federal) da Juventude não será remunerada, será considerada, porém, de interesse público relevante.

O Conselho será dirigido por uma comissão diretora que será composta por um presidente, um vice-presidente, um secretário e suplente, um tesoureiro e suplente, escolhidos por seus pares. Os conselheiros e a comissão diretora serão empossados pelo Chefe do Poder Executivo para um mandato de dois anos. Os conselheiros, bem como os suplentes, poderão ser reeleitos apenas uma vez.

6.5. O Plano Estratégico de Desenvolvimento Integral da Juventude

É o instrumento político que estabelece as linhas estratégicas em matéria de políticas públicas de juventude ao longo de determinado período (dois ou três anos) a serem implementadas pelos governos (municipais, estaduais e federal).

Preliminarmente, coloca-se a questão da indicação dos recursos orçamentários, que é de importância capital para viabilizar o Plano. Note-se que também não basta incluir determinados valores nos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias ou nas leis orçamentárias anuais se essas quantias não são empenhadas e liberadas para custear os projetos e programas do Plano. Isso implica um trabalho permanente por parte dos jovens, suas organizações e aliados políticos para que o Plano não vire uma peça de retórica ou uma exposição de boas intenções.

6.5.1. Fundamentos políticos

Neste momento histórico, o desafio é definir de maneira solidária e tecnicamente

adequada a política de desenvolvimento integral da nossa juventude em todos os níveis da federação, com alocação global e específica dos recursos para tanto.

Os jovens que são, *in casu*, os beneficiários da ação política devem ser protagonistas na formulação e na execução desse Plano. Com essa prática de participação ativa dos jovens, estamos garantindo o aprofundamento e a ampliação do sistema democrático de direito, uma vez que o fomento da participação associativa pressupõe o compromisso social, o aprendizado de práticas democráticas, o desenvolvimento do pensamento reflexivo, do juízo crítico e a vontade de superação da pobreza e do subdesenvolvimento em todos os âmbitos.

6.5.2. Fundamentos sociais

Como vimos acima, milhares e milhares de jovens vivem em situação dramática pelo Brasil afora, pela violência, desemprego, pobreza, dependência química, analfabetismo e outras mazelas sociais.

Em função disso, existe uma demanda por parte dos jovens (organizados ou não) para a elaboração e execução de um Plano de Desenvolvimento Integral. Muitas vezes a demanda está implícita na frieza dos números das estatísticas ignoradas pela sociedade, em outras ocasiões ganha a rua em mobilizações de jovens pelos seus direitos específicos ou soma-se à de outros grupos sociais.

Isso exige uma maior presença do Estado e uma maior proximidade dos órgãos administrativos nos seus bairros, locais de estudo e trabalho. Nesse sentido, deve haver uma colaboração permanente entre o Conselho da Juventude e os órgãos governamentais que implementam políticas de juventude.

Em qualquer hipótese, não haverá uma participação real e efetiva dos jovens na sociedade se não houver uma estrutura jurídica mínima que lhes garanta essa participação.

O Plano deve propiciar a participação dos jovens no desenvolvimento de suas ini-

ciativas, possibilitando uma política de co-gestão de serviços e recursos.

6.5.3. *Princípios básicos*

Considerando as questões tratadas anteriormente, como hipótese de trabalho propomos que o Plano tenha como princípios básicos a participação, a colaboração, a eficácia e a descentralização. Vejamos sinteticamente cada um deles:

i) Participação

O Plano será elaborado pelos Conselhos da Juventude com a mais ampla participação de organizações juvenis, inclusive as informais, e de entidades que trabalham com jovens, tanto na elaboração, como na execução e avaliação do mesmo, mantendo-se uma relação constante entre os jovens e a Administração; para tanto, serão promovidas audiências públicas, fóruns, seminários, conferências e reuniões de trabalho de forma a propiciar ampla participação popular.

ii) Colaboração

A cooperação entre os diversos órgãos governamentais que implementam ou estão interessados nas questões da juventude é fundamental para evitar duplicidade de esforços e atingir a otimização dos recursos.

iii) Eficácia

Desenvolver-se-ão as medidas mais eficazes com relação às necessidades reais, implementando as mais vantajosas desde o ponto de vista social, de acordo com o critério de favorecer o maior número de jovens.

iv) Descentralização

No período de vigência do Plano, implementar-se-á uma descentralização efetiva de projetos e programas.

6.5.4. *Objetivos*

Considerando as carências e os problemas com que a juventude se defronta e tendo em vista, ainda, os desafios do presente momento histórico, propomos que o Plano se oriente pelos seguintes objetivos: autonomia para os jovens, inserção dos jovens no mercado de trabalho, inclusão, melhoria da

qualidade de vida dos jovens, participação social da juventude, conscientização, coordenação das ações e programas governamentais.

i) Favorecer a autonomização da juventude

De acordo com a Constituição Federal e diversos diplomas jurídicos, as instituições da República Federativa do Brasil têm um alto grau de responsabilidade na busca de condições que garantam o bem-estar de todos os brasileiros. Em função disso, os governos estaduais, os governos municipais e o governo federal têm como objetivo prioritário garantir a plena autonomização dos jovens. Isso supõe também uma garantia de progresso e desenvolvimento do próprio país.

ii) Criar oportunidades para a inserção dos jovens no mercado de trabalho

A realização dos jovens não acontecerá se eles se mantiverem fora do mercado de trabalho ou no subemprego. A administração pública (em todos os níveis da federação) deve envidar esforços para aumentar as ofertas de emprego em coordenação com todos os agentes sociais.

Consideramos oportuno insistir aqui sobre a gravidade do desemprego que está afetando sobretudo os jovens. Com base em informações oficiais da FIBGE/PNAD ajustadas, Pochman (2000) afirma que, desde o início dos anos 90, tornou-se mais claro o movimento de desestruturação do mercado de trabalho no Brasil, que atingiu desfavoravelmente todos os segmentos da força de trabalho, especialmente os mais frágeis como jovens, mulheres e idosos. O referido autor constatou que o desemprego juvenil⁴⁴, sem paralelo na história nacional⁴⁵, é o problema mais grave da inserção do jovem no mundo do trabalho; isso se agrava uma vez que as ocupações que restam aos jovens são geralmente as mais precárias, com postos não assalariados ou sem registro formal.

iii) Fomentar a inclusão, a solidariedade e a igualdade de oportunidades com especial atenção aos mais desfavorecidos

A implementação de políticas de igualdade, inclusive medidas de discriminação positiva e ações afirmativas⁴⁶ em benefício dos excluídos, é apanágio de uma sociedade democrática de direito, justa e solidária.

iv) Melhorar a qualidade de vida dos jovens

O grande desafio da sociedade brasileira é pagar a dívida social em relação aos jovens nesta geração, atacando de frente os problemas que afetam a juventude.

v) Fomentar a participação social da juventude elevando a sua conscientização quanto aos seus problemas e necessidades

A participação dos jovens no processo de tomada de decisões em relação aos problemas que os afetam não somente é um fator de integração, e de politização, mas um instrumento imprescindível para o país na hora de desenvolver uma política coerente de juventude. Nessa tarefa, têm um rol determinante os Conselhos de Juventude, as organizações juvenis e os órgãos governamentais envolvidos em projetos e programas dirigidos aos jovens.

vi) Coordenar as ações e programas de juventude implementados pelos diversos órgãos governamentais nos diferentes níveis da federação, propiciando uma atuação integral e coerente.

A concepção conjunta e interdisciplinar das políticas de juventude é uma necessidade impostergável no funcionamento da administração pública brasileira, em todos os seus níveis.

Os projetos e programas em curso devem aperfeiçoar-se, superando o seu isolamento. Devem coordenar-se com outras secretarias de governo e com outras instâncias da federação, e, quando for o caso, com agentes sociais e com Organizações não-Governamentais, de forma a garantir a continuidade e a coerência entre os projetos e as ações efetivamente implementadas.

O Plano deve detalhar também os diferentes graus de responsabilidade das administrações regionais, subprefeituras, dis-

tritos, estados e/ou regiões, aplicando o princípio da subsidiariedade⁴⁷ por razões de eficácia.

7. Conclusão

Não existe uma juventude, mas uma multiplicidade delas. A riqueza e heterogeneidade desse setor social extrapola uma faixa de idade biológica. Como hipótese de trabalho, propomos que se considere como jovens as pessoas com idade entre 18 e 25 anos, de acordo com metodologia utilizada pela ONU.

Considerando aspectos filosóficos e jurídicos, os direitos dos jovens decorrem da sua própria existência como seres humanos, possuidores de uma dignidade intrínseca, inalienável e intransferível.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a pessoa humana e, portanto qualquer jovem é sujeito de direitos e obrigações.

Com base no direito positivo e na realidade social, apontamos os seguintes direitos dos jovens no atual momento histórico: o direito a uma vida digna, à saúde, ao seu pleno desenvolvimento biopsicossocial e espiritual, o que inclui o acesso à educação, ao trabalho, à cultura, à recreação, à plena participação social e política, à informação, inclusive a relacionada com a sexualidade e ao acesso gratuito à rede mundial de computadores, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à prestação de serviço social voluntário como forma de contribuição para a paz e justiça social.

Ainda os jovens em situação especial desde o ponto de vista da pobreza, da dependência química, da exclusão social, jovens portadores de deficiências físicas ou mentais, privados de moradia ou privados da liberdade têm o direito de reinserir-se e integrar-se plenamente à sociedade.

Como deveres assinalamos os seguintes: o dever de respeitar e fazer cumprir a Constituição e as Leis, desenvolvendo os seguintes princípios: defesa da paz, pluralismo político e religioso, dignidade da pessoa humana, tolerância e solidariedade.

Dever de respeitar e promover os direitos de outros grupos e segmentos da sociedade brasileira, trabalhando pelos seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais; promover o bem de todos sem preconceitos; desenvolvimento integral da pessoa humana, físico, mental e espiritual.

Dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Dever moral de prestar serviço social voluntário entendido como ação cidadã de prestação de serviços à comunidade.

Essa relação de direitos e deveres é apenas exemplificativa, ela deve ser vista no dinamismo da história, de sorte que, na medida em que as condições objetivas mudam, outros direitos e deveres podem ser acrescentados.

A pré-condição para o cumprimento desses direitos dos jovens é a autonomia construída de forma dialógica na conceituação habermasiana, isto é, no processo de relacionamentos sociais. Assim, a autonomia mais perfeita não é aquela obtida na auto-suficiência, mas aquela promovida pela inclusão de um ser emancipado (GUSTIN, 1999, p. 220).

O Estatuto da Juventude é um instrumento jurídico-político para promover essa autonomia dos jovens brasileiros. Isso implica que eles sejam reconhecidos como atores sociais estratégicos em todos os níveis da federação juntamente com as suas organizações de caráter político, estudantil, cultural, religioso e desportivo, para a transformação e melhoria do país.

Muito embora a necessidade de autonomia dos jovens tenha sido reconhecida pelas Nações Unidas, muitos Estados, inclusive o Brasil, ainda não a consideram como um valor que deve ser consagrado juridicamente e que de fato permita a participação

dos jovens na tomada de decisões em relação às políticas que o atingem. Por isso os jovens, via de regra, são apenas massa de manobra dos governos ou ocupam cargos de fachada para legitimar as políticas “para” a juventude.

A história nos ensina que, para garantir determinados direitos, foi necessário estabelecer marcos legais, cartas, constituições ou estatutos, por isso a discussão e a instituição do Estatuto da Juventude é oportuna no atual momento histórico para combater a omissão do poder público em relação à juventude, para garantir a perenidade das políticas públicas de juventude implementadas em certos municípios e para que os jovens tenham os instrumentos legais e financeiros para o seu desenvolvimento integral.

Tendo como modelo o projeto de Estatuto da Juventude do Município de São Paulo, sugerimos que o Estatuto inclua os direitos e deveres dos jovens, estabeleça o Conselho da Juventude, tendo como objetivos deliberar, normatizar e fiscalizar e executar as políticas públicas de juventude.

Entre as competências do Conselho, destacamos a elaboração do Plano Estratégico para o Desenvolvimento Integral da Juventude, tendo como princípios básicos a ampla participação dos jovens, a cooperação entre os diversos órgãos governamentais, a eficácia e a descentralização. O Plano teria os seguintes objetivos: favorecer a autonomia da juventude; a inserção dos jovens no mercado de trabalho; a melhoria da qualidade de vida dos jovens; a inclusão, solidariedade e a igualdade de oportunidades com especial atenção aos mais desfavorecidos; a participação social da juventude e a coordenação das ações e programas de juventude.

Por último, para que o Plano não seja simplesmente uma exposição de boas intenções, devem ser garantidos os recursos orçamentários, o que exigirá um trabalho de mobilização dos jovens, de suas organizações e de seus aliados políticos e, de outro

lado, o acompanhamento cidadão da execução orçamentária.

Somente assim os jovens passarão a ser protagonistas da história e exercerão plenamente a sua cidadania.

Notas

¹ Do vereador Carlos Alberto Bezerra Jr (PSDB).

² Se considerarmos a juventude até os 29 anos de idade, teremos um universo de 42 milhões de pessoas.

³ Cf. CARRANO (2000). Nesse trabalho, o autor passa revista a diferentes enfoques teóricos e metodológicos centrados em pressupostos biológicos, sociais, ou psicológicos, produzindo análises parcelares sobre a realidade das muitas juventudes possíveis. Sobre o tema, consultar entre outros: Moreno (1985); Rezende (1990); Vianna (1988); Abramo (1994); Gottlieb Reeves, (1968).

⁴ Em relação a esses grupos, consultar Copfermann (1990, p. 57-70); Lenin (1954).

⁵ Paiva (2002, p. 46). No mesmo sentido Salvador Allende, que, em discurso a estudantes universitários chilenos em 1972, disse: "...ser joven y no ser revolucionário es una contradicción hasta biológica...". Disponível em: <<http://www.chilevive.cl/homenaje/allende/voces.shtml>>. Acesso em: jul. 2003.

⁶ No Fórum Mundial da Juventude do Sistema das Nações Unidas, reunido em Dakar, Senegal, de 6 a 10 de agosto de 2001, o grupo de trabalho "Política, Participação e Direitos dos Jovens" solicitou às Nações Unidas que reformulem a sua definição de juventude, aumentando o limite superior para os 30 anos, de modo a enfrentar os desafios que se colocam aos jovens, especificamente nos países em desenvolvimento.

⁷ Entre eles podemos assinalar: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Convenção contra o Genocídio (1948); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); a Declaração e Programa de Ação de Viena adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993); a Declaração de Pequim adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz (1995); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discrimina-

ção contra a Mulher (1979); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); a Convenção contra a Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); o Relatório da Segunda Reunião do Fórum Mundial da Juventude das Nações Unidas (Viena, 1996); a Declaração de Lisboa sobre Políticas e Programas da Juventude, aprovada na 1ª Conferência Mundial de Ministros Responsáveis de Juventude (Lisboa, 1998); o Programa Mundial das Nações Unidas para a Juventude para além do ano 2000; a Estratégia de Dakar para o Apoderamento da Juventude, aprovada pelo Fórum Mundial da Juventude do Sistema das Nações Unidas (2001); a Declaração de Intenções e o Projeto de Carta Ibero-americana de Direitos da Juventude (Panamá, 2000) e outros instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos e ao bem-estar dos jovens de forma implícita e explícita.

⁸ Arts. 5º; 6º; 7º; 8º; 9º; 10; 11; 203; 205; 208, I; 215; 216; 225; 226; 227 e 229 entre outros.

⁹ Na Constituição do Estado de São Paulo, veja-se, entre outros, os seguintes artigos: art. 249 § 3º; 250 *caput* e 250 § 1º.

¹⁰ No Município de São Paulo, consultem-se, entre outros, os seguintes artigos da LOM: 204; 205; 221; 222; 224 e o art. 47 da resolução nº 2 de 1991 que criou a Comissão Extraordinária Permanente da Juventude.

¹¹ Consultem-se entre outras: a Lei Estadual nº 7.844/92, que assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 356.063/92; a Lei Federal nº 8.436/92, que institucionaliza o Programa de Crédito Educativo para Estudantes Carentes; a Lei Estadual nº 11.038/02, que dispõe sobre a instituição do sistema de crédito educativo e a Lei Estadual nº 10.387/99, que criou a Secretaria da Juventude, que passou a denominar-se Secretaria de Estado da Juventude, Esporte e Lazer pela Lei Estadual nº 10.947/01.

¹² Consultar o Programa Nacional de Direitos Humanos, PNDH II, Governo Federal, Brasília, 2002. Ver também o Programa Estadual de Direitos Humanos, São Paulo, 1997.

¹³ "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", art. 2º do Código Civil de 2002.

¹⁴ Art. 1º da Lei nº 10.406/02.

¹⁵ Salmo 90: 10; Tiago 4:14.

¹⁶ "Um homem recém-casado não sairá à guerra, nem lhe será imposto nenhum outro encargo.

Por um ano ficará livre na sua casa, para alegrar a sua mulher que desposou”, Deuterônimo 24:5.

¹⁷ BINDER, J. *System der rechtsphilosophie*. 1937, p. 30, obra citada por Legaz Y Lacambra (1972, p. 720).

¹⁸ “Depois de estabelecer a ordem interna, a primeira necessidade da sociedade politicamente organizada consiste na proteção contra outras sociedades que ambicionam o mesmo território ou procuram controlar o comércio ou mesmo o povo de sociedades vizinhas. Surge, assim, a organização militar da sociedade, às vezes, como nas monarquias militares orientais, superpondo às sociedades locais organizadas por parentesco ou politicamente uma organização militar que cobre tributos. Houve épocas em que estas grandes autocracias militares abandonavam a ministração da justiça, função característica do Estado, para transformar-se em simples bandos de salteadores em grande escala” (POUND, 1965, p. 8).

¹⁹ ZELLER (1943, p. 285-318). No mesmo sentido, Azambuja escreveu: “A antiguidade não conheceu os direitos individuais... ela não conheceu nem a igualdade civil nem a liberdade civil. Apenas a liberdade política se poderia dizer que existiu nos Estados gregos do período democrático. Essa afirmação mesma, porém, deve ser entendida em termos, porque os cidadãos, em Atenas e nos demais Estados, eram uma minoria insignificante. A maior parte da população era formada pelos escravos, sem direitos de espécie alguma, simples coisas de propriedade dos homens livres. O cidadão grego tomava parte no governo, votando e sendo votado nas assembléias populares, mas não possuía a liberdade civil nem a igualdade civil. O Estado absorvia-o inteiramente, não lhe reconhecia direito algum. Os estrangeiros eram pouco menos que escravos, eram inimigos, não possuíam também nenhum direito”. (AZAMBUJA, 1985, p. 154).

²⁰ Cf. RECASÉNS SICHES, 1970, p. 549.

²¹ Sobre Roma, ver entre outros: Ellul (1970).

²² “Então disse Deus: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão”. “Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou”. Gênesis 1:26-27.

²³ Gálatas 3:28.

²⁴ “Para que fuese el individuo reconocido como sujeto, con anterioridad e independencia al ente político, y con propia dignidad y propio valor, para que fuese estimado como principio, tanto en el orden jurídico como en el moral, para que se le pudiesen atribuir inherencias y facultades que no le viniéran de fuera sino de dentro – en la intuición que el hombre puede hacer de sí en sí mismo – fue precisa

la incomparable y única revolución del cristianismo. Hijo de Dios, creado a Su imagen, rescatado por Cristo, a quien se esfuerza por imitar para renovar su esencia y llevarla de la naturalidad a la espiritualidad, del condicionamiento de las cosas a la incondicionada libertad, el hombre, en cuanto verdaderamente tal, no debe nada al Estado. En el orden moral es él mismo creador de su rescate, superador de los externos límites en un ahondamiento interior en el que reencuentra consigo la ley, el orden y Dios, sin que nada intervenga externamente a constituirle y a forjarle.

El cristianismo a través de sus diversas etapas – patristica y escolástica – plantea de esta forma un problema absolutamente desconocido al mundo clásico, que no llamo de la individualidad (ya que bien o mal el *principium individuationis* está presente en Aristóteles), sino de la subjetividad moral o de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. Lógicamente, por tanto, el cristianismo explica también todo lo que originariamente confiere al hombre, estudia sus nuevas dimensiones, reivindica su sentido original, lo que primariamente es en el orden moral y, por consiguiente, en el jurídico; y todo ello, bien entendido, a la luz de su innovadora religiosidad, puesto que esta intuición de la vida, como todas las intuiciones de la vida que son verdaderamente grandes y originales, procede, sin poder por menos, de la religión. La religión, lejos de ser extraña a las manifestaciones morales y jurídicas, es el alma profunda y secreta de ellas.

De la intuición cristiana del hombre, hijo de su Hacedor, recuperado a la luz de la gracia a través de la consciencia, deriva e nace toda conquista que reivindique su autonomía ética, todo derecho que se le pueda atribuir.

Aquí reside realmente el germen de la historia moderna en cuanto tiene por centro al hombre, que se convertirá en ciudadano sin dejar de ser hombre, y en trabajador sin dejar de ser hombre y ciudadano, poseyendo esenciales y fundamentales derechos que ningún poder público pretenderá ignorar, sino que, por el contrario, el ente político, en cuanto legítimo, deberá reconocer y tutelar.” (BATTAGLIA, 1966).

²⁵ Entre outros, o § 12 estabelecia: “Nenhum imposto ou obrigação será estabelecido senão pelo conselho do reino (composto de barões e prelados) e somente no caso de resgate de nossa pessoa, para fazer cavaleiro o filho mais velho e para casar, uma vez, a filha mais velha; e para estes casos somente se levantará auxílio razoável. Da mesma forma se procederá quanto a auxílios provenientes dos cidadãos de Londres”. O § 39 declarava: “Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer forma molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a re-

nos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”.

²⁶ O Parlamento impôs a Carlos I a *Petition of Rights*, pela qual problemas relativos a impostos, prisões, julgamentos e convocações do exército não poderiam ser executados sem a autorização parlamentar. (ARRUDA, 1984, p. 103-104).

²⁷ Carta de Direitos elaborada em 1689, após a Revolução Gloriosa que consagrou a soberania legal do Parlamento em relação ao rei, garantindo que o rei não pode suspender as leis elaboradas pelo Parlamento nem dispensar ninguém de cumpri-las; que todo súdito tem o direito de petição; que em tempo de paz o rei não pode organizar exércitos sem a anuência do Parlamento; que os membros do Parlamento não podem ser presos nem responsabilizados pelos seus votos; que não devem ser impostas multas excessivas nem penas cruéis aos criminosos; que o Parlamento deve ser convocado freqüentemente para fazer as leis. Sobre o assunto, consultar: Ferreira Filho (1996, p. 4); Azambuja (1985, p. 155-156); Mondaini (2003, p. 115-133); Churchill (1964, p. 145-192); Bastos (1986, p. 50-54, 83-87, 138-140); Aragão (1990). Visitar ainda o site <<http://www.parliament.uk/documents/upload/g04.pdf>>. Acesso em: ago. 2003.

²⁸ Sítios com documentos da História dos Estados Unidos: <http://www.ku.edu/carrie/docs/amdocs_index.html>; <<http://odur.let.rug.nl/~usa/usa.htm>>. Acesso em: ago. 2003.

²⁹ Disponível em: <<http://www.elysee.fr/instit/text1.htm>>. Acesso em: ago. 2003.

³⁰ Seguindo as lições de Thomson e Añón Roig, a Profª M. Gustin da UFGM dá a seguinte definição de necessidade: “Necessidade é uma situação ou estado de caráter não intencional e inevitável que se constitui como privação daquilo que é básico e imprescindível e que coloca a pessoa em relação direta com a noção de dano, privação ou sofrimento grave, um estado de degeneração da qualidade de vida humana e de bem-estar que se mantém até que se obtenha uma satisfação que atue em direção reversa. Como dano, privação ou sofrimento grave entende-se tudo aquilo que interfere, de forma direta ou indireta, no plano de vida da pessoa ou do grupo em relação às suas atividades essenciais, inviabilizando-as ou tornando-as insuficientes”. (GUSTIN, 1999, p. 27).

³¹ Na linguagem jurídica, o termo obrigação tem ainda o sentido mais restrito de obrigação civil a que se refere o Direito das Obrigações, regulado pelos arts. 233 a 965 do Código Civil de 2002 (MONTORO, 2000, p. 458).

³² Art. 229 da Constituição Federal.

³³ 79,5% das mortes entre jovens são causadas por fatores externos e 44% desse total, por homicídios; além disso, 69% da população carcerária é

composta de jovens. O Contexto Social da Juventude, disponível em: <<http://www.obj.org.br/instituicao/contexto.htm>>. Acesso em: jul. 2003. Sobre a questão, consultar, entre outros, o Anuário 2001 do Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa, Polícia Civil do Estado de São Paulo, 80 pp.; Banco de Dados da Imprensa Sobre Graves Violações de Direitos Humanos, a Biblioteca Digital do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e o Projeto CEPID I – Monitoramento de Violações de Direitos Humanos, disponível em: <<http://www.nev.prp.usp.br>>. Acesso em: ago. 2003. Vide ainda o artigo de ODED GRAJEW, Os filhos do Brasil, disponível em: <<http://www.fiemg.com.br/cidadania>>. Acesso em: ago. 2003.

³⁴ Consultar o Boletim Epidemiológico de AIDS do Município de São Paulo, ano 6, n. 5, maio 2002, DST/AIDS – Cidade de São Paulo, SMS, SUS.

³⁵ Sobre o assunto, consultar o I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas psicotrópicas no Brasil – 2001, CEBRID, UNIFESP, SENAD, São Paulo, 2002, p. 251, 307-317 e 326-328; PROCÓPIO (1999); veja ainda “Tráfico já é a 2ª causa de internação em SP”, Folha de S. Paulo, 28 jul. 2003, p. C1 e C3.

³⁶ Consultar, entre outros, as seguintes matérias: “Tráfico humano atinge 900 mil no mundo”, Folha de S. Paulo, 28 jun. 2003, p. A17; Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial (Pestrf), Revista Raízes, ano 1, n. 2, p. 17; O Estado de São Paulo, 19 maio 2003, p. A10; “Brasileiras estão entre vítimas de tráfico de pessoas”, O Estado de S. Paulo, 6 ago. 2003.

³⁷ Sobre o assunto, ver a dissertação de mestrado da psicóloga Gláucia da Motta BUENO, Variáveis de risco para a gravidez na adolescência, disponível em: <<http://www.virtualpsy.org/infantil/gravidez.html>>; veja também <<http://www.uol.com.br/psicopedagogia/artigos/gravidez.htm>>. Acesso em: ago. 2003 e <<http://www.geocities.com/Heartland/Plains/8436/gravidez.html>>. Acesso em: jul. 2003.

³⁸ Em 2001, 248.277 jovens ficaram sem ingressar numa universidade pública paulista (90% dos inscritos). A consequência disso é mais lucro para os donos de universidades, faculdades e cursinhos privados. Lembremos que o crédito educativo exige juros e garantias de mercado que só as classes A e B podem pagar.

³⁹ Em 2000, a taxa de analfabetismo era de 12,9% entre as pessoas com 15 anos ou mais. Cerca de dois milhões de analfabetos absolutos são jovens entre 15 e 24 anos de idade. Segundo o SEADE e o DIEESE, a taxa de desemprego na região metropolitana em março de 2003 atingiu 48,3% entre jovens de 15 a 17 anos e 30% na faixa entre 18 e 24 anos, a média foi

de 19,1%. Esses jovens já estão disputando inclusive vagas tradicionalmente ocupadas por aposentados, como os plaqueiros da cidade. Diário de S. Paulo, quinta-feira, 1º de maio de 2003, p. B4; Diário do Comércio Quinta e Sexta-feira, 1º e 2 de maio de 2003, p. 5. Sobre o tema, consultar também <<http://www.ibge.gov.br>> e <<http://www.cidadaniae.com.br>>. Acesso em: jul. 2003.

⁴⁰ Atualmente um em cada cinco jovens que estão procurando emprego não conseguem encontrar uma vaga. De acordo com especialistas, somente para incorporar 1,5 milhões de jovens ao mercado de trabalho, o Brasil precisaria crescer ao menos 5,5 % ao ano (hoje crescemos em média 2%).

⁴¹ 3,7% de 31,366 milhões de pessoas na faixa dos 15 aos 24 anos, o que representa 1,157 milhões de pessoas nessa faixa etária.

⁴² No sistema romano-germânico de direito ao qual nos filiamos, a primeira fonte do direito é a lei e a melhor forma de alcançar justiça é procurar o amparo da lei. Essa tendência obteve um sucesso decisivo no século XIX, quando, a partir do Código de Napoleón (1804), a quase totalidade dos países membros da família romano-germanica publicou códigos e adotou constituições escritas (Cf. DAVID, 1993, p. 93).

⁴³ Veja-se por exemplo o Programa Mundial de Ação para a Juventude para além do ano 2000 (1995), o Plano de Ação de Braga aprovado pela terceira sessão do Fórum Mundial da Juventude (1998) e a Declaração de Lisboa sobre Políticas e Programas para a Juventude (1998) aprovada pela Conferência Mundial de Ministros Responsáveis pela Juventude.

⁴⁴ Na pesquisa de M. POCHMAN (2000), entende-se por desemprego juvenil a relação entre o contingente de desempregados na faixa de 10 a 24 anos e a população economicamente ativa de idêntica faixa etária. Utiliza-se um conceito mais amplo de jovem, já que não há parâmetros internacionais de uso contínuo. Há países que definem como jovem aqueles com idade entre 14 e 29 anos (Itália), outros entre 16 e 18 anos (Inglaterra), sendo a maior parte na faixa etária de 15 a 24 anos. No Brasil, tendo em vista a precocidade do ingresso de pessoas no mercado de trabalho, com menos de 14 anos de idade, optou-se por tomar como referência a população ativa com idade entre 10 e 24 anos. Dessa forma o conceito de jovem envolveria a população adolescente (10 a 12 anos de idade), o adolescente jovem (13 a 18 anos de idade) e o jovem adulto (19 a 24 anos de idade).

⁴⁵ Do total de 5.081.500 de trabalhadores desempregados no Brasil em 1996 (estimativa do IBGE), 2.686.400 tinham entre 10 e 24 anos de idade, isto é, 52,9% do total de desempregados eram jovens.

⁴⁶ Sobre o assunto, consultar entre outros a obra do Ministro GOMES (2001).

⁴⁷ Subsidiariedade é o princípio de acordo com o qual as decisões na Administração Pública devem ser tomadas ao nível mais baixo da estrutura burocrática, garantindo a proximidade do cidadão e a máxima capacidade de realização das tarefas assumidas. Em outras palavras, a União, os Estados e Municípios devem abrir mão da tomada de decisões em benefício dos níveis inferiores da administração quando estes estiverem em melhor posição para as tomar.

Bibliografia

ABRAMO, H. W. *Cenas juvenis: Punks e Darks, o espetáculo urbano*. São Paulo: Scritta: Anpocs, 1994.

ARAGÃO, S. R. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [19—?]. Livro Primeiro.

ARRUDA, J. J. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Ática, 1984.

AZAMBUJA, D. *Introdução à ciência política*. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Globo, 1985.

BARBERO, J. Jóvenes: desorden cultural y palimpsestos da identidad In: LAVERDE TOSCANO, M. C.; VALDERRAMA, C. E.; CUBIDES, H. (Ed.). *Vivendo a toda: jóvenes, territórios culturais y nuevas sensibilidades*. [Colombia]: Universidad Central: Siglo del Hombre Editores, 1998.

BASTOS, C. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BATTAGLIA, F. Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras y declaración de derechos. *Estudios de Teoría del Estado*, Madrid, 1966.

BEVILAQUA, C. Da concepção do direito como refletora da concepção do mundo (1887). In: _____. *Obra filosófica*. São Paulo: Edusp, 1975.

BICUDO, H. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

BOURDIEU, P. A juventude é apenas uma palavra. In: _____. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BRITO, S. *Sociologia da juventude*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. v. 1.

CARDOSO, R.; SAMPAIO, H. *Bibliografia sobre a juventude*. São Paulo: Edusp, 1995.

CARRANO, P. C. R. Juventudes: as identidades são múltiplas. *Movimento*, Revista da Faculdade

de Educação da Universidade Federal Fluminense, Niterói, n. 1, p. 11-26, maio 2000.

_____. *Juventudes e cidades educadoras*. Petrópolis: Vozes, 2003.

CHURCHILL, W. S. *The island race*. London: Corgi Books, 1964.

COPFERMANN, É. Les mouvements de jeunesse. In: ENCICLOPAEDIA Universalis. Paris: Éditeur à Paris, 1990. v. 13

COVRE, M. de L. M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

DAVID, R. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEMANT, P. Direitos para os excluídos. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

DINES, A.; FERNANDES JÚNIOR, F.; SALOMÃO, N. (Org.). *Histórias do poder: 100 anos de política no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

ELLUL, J. *Histoire des institutions, l'antiquité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1970. v. 1-2.

ERICKSON, M. J. *Introdução à teologia sistemática*. São Paulo: Vida Nova, 1997.

FEINBERG, J. The idea of a free man: education and the development of reason. [S. l: s. n], 1972.

FERRARA, F. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli: Utet, 1915.

_____. *Trattato di diritto civile Italiano*. Roma: [s. n.], 1926.

FERREIRA, N. T.; ALEVATO, H. R. Juventude e cidadania. *Movimento*, Revista da Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense, Niterói, n. 1, maio 2000.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRÉZ. Os moleques da periferia estão chegando. *Diário de São Paulo*, São Paulo, 4 maio 2003. p. A12.

FLINTER, A. Os problemas sociológicos nas primeiras pesquisas sobre a juventude. In: BRITO, S. de (Org.). *Sociologia da juventude*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. v. 1.

GARCIA MAYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial. Porrúa, 1949.

GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOTTLIEB, D.; REEVES, J. A questão das subculturas juvenis. In: BRITO, S. (Org.). *Sociologia da juventude*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. v. 2.

GRAZIOLI, M. Giovani sul território urbano: l'integrazione minimale. In: MELUCCI, A. (Org.). *Altri codici*. Bologna: Il Mulino, 1984.

GUARINELLO, L. N. Cidades Estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

GUSTIN, M. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, J. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The Mit, 1996.

HAURIOU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: [s. n.], 1921

_____. La théore de l'institution et de la fondation. In: _____. *Aux sources du droit: cahiers de la nouvelle journée*. Paris: [s. n.], 1933.

HUBNER GALLO, J. I. *Introducción al derecho*. 7. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

KANT, I. Doutrina do direito. São Paulo: Ícone, [199-].

LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1972.

LENIN, V. I. Les Tâches des fédérations de la jeunesse. In: _____. *Oeuvres complètes*. [S. l.]: Ed. de Moscou, 1954. t. 2.

LIMA, A. A. Moços e velhos. In: _____. *Adolescência, idade da aventura*. Rio de Janeiro: Agir, 1958. 216 p. (Coleção Família).

MARTINS, W. V. Direitos humanos: aspectos filosóficos. In: LEPARGNEUR, H. et al. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1978. (Teologia em Diálogo).

MARTUCCELLI, D. Figuras y dilema de la juventud en la modernidad. *Movimento*, Revista da Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense, Niterói, n. 1, maio 2000.

MONDAINI, M. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORENO, C. M. Uma meditação sobre la juventud y la cultura. *Participación*, Revista Uruguaya de Estudios sobre la Juventud, [S. l.], v. 2, n. 3, 1985.

- NAVES, R. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- PAIVA, M. R. Juventude e mobilização In: SPÓSITO, M.; ABRAMO, H.; FREITAS, M. V. de. (Org.). *Juventude em debate*. São Paulo: Cortez Editora: Ação Educativa, 2002.
- POCHMAN, M. Emprego e desemprego juvenil no Brasil: as transformações nos anos 1990. *Movimento*, Revista da Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense, Niterói, n. 1, maio 2000.
- POUND, R. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. São Paulo: Ibrasa, 1965.
- PROCÓPIO, A. (Org.). *Narcotráfico e segurança humana*. São Paulo: LTr, 1999.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RECASÉNS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1970.
- REZENDE, C. Diversidade e identidade: discutindo jovens de camadas médias urbanas. In: VELHO, G. (Org.). *Individualismo e juventude*. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 1990.
- SCHELER, M. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires: Ed. Losada, 1938.
- VIANNA, H. *O mundo Funk carioca*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.
- VIRALLY, M. *La pensée juridique*. Paris: [s. n.], 1960.
- ZELLER, E. *La filosofia del greci nel suo sviluppo storico*. 2. ed. Firenze: [s. n.], 1943.

Tópica e argumentação jurídica

Thomas da Rosa de Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. O contexto do surgimento da tópica jurídica. 2.1. Contexto histórico e metodológico. 2.2. O pensamento jurídico de Kelsen e sua contestação. 3. Reflexão sobre as principais proposições teóricas da tópica de Theodor Viehweg. 3.1. Caracterização geral da tópica. 3.2. Tópica e sistema jurídico. 3.3. É possível um método tópico? 4. Principais críticas à tópica jurídica. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Poucos são os estudos relevantes sobre a teoria da argumentação jurídica que, até hoje, conseguem passar ao largo da tópica de Theodor Viehweg. O livro *Tópica e jurisprudência*, cuja primeira edição é de 1953, constitui um divisor de águas no pensamento jurídico contemporâneo, sendo um dos mais importantes empreendimentos teóricos de sua época por romper em definitivo com o pensamento positivista¹ até então dominante.

A obra de Viehweg obteve destaque por se distanciar da disputa milenar entre positivismo e jusnaturalismo – que, apesar de já ter dado margem a que se consumissem rios de tinta, nunca produziu nenhum resultado satisfatório para o jurista prático –, redirecionando o debate da jurisprudência² para a Retórica antiga, em especial a de Aristóteles. Seu projeto teórico é alimentado pela constatação de que, em direito, nem sempre é possível encontrar uma resposta evidente

Thomas da Rosa de Bustamante é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (Juiz de Fora, MG); Advogado.

e inquestionável para cada caso concreto, de modo que muitas vezes o juiz – ou qualquer outra autoridade com poder decisório – é chamado a realizar valorações que vão condicionar sua decisão. Torna-se necessário, portanto, conhecer o modo pelo qual age o raciocínio jurídico em tais situações, eis que a lógica formal ou o método cientificista-experimental quase nada podem contribuir para uma solução correta para cada problema particular.

Viehweg (1979) crê ser possível, por meio de processos comunicativos em que são aduzidos argumentos com base em premissas que possuem uma estrutura tópica, controlar a racionalidade das tomadas de posição em relação aos valores, abandonando a postura não-cognoscitivista que caracteriza as doutrinas positivas sobre o raciocínio jurídico.

Ao mesmo tempo em que rejeita esse paradigma positivista, o professor de Mainz recupera o conceito de razão prática, que havia sido negado pelos juristas de maior prestígio de sua época, como Hans Kelsen (1984, p. 270-271). O raciocínio jurídico, segundo o autor que ora estudamos, assume uma estrutura necessariamente comunicativa, pois os passos que conduzem à decisão jurídica têm caráter discursivo e intersubjetivo. O processo de raciocínio que na prática leva a uma decisão final passa a exigir que se abandone a perspectiva monológica – do sujeito que simplesmente conhece um objeto preexistente – e se adote a perspectiva dialógica, típica de quem *argumenta* em face de um árbitro que “já não é simplesmente notário da verdade jurídica do legislador”, mas sujeito ativo que, dentro de certos limites, também cria direito (GARCÍA AMADO, 1996).

Como captou um dos mais importantes estudiosos do pensamento de Viehweg, “o raciocínio jurídico, para ele [isto é, para o autor de *Tópica e Jurisprudência*], tem um sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, num sentido lato, fornecer moti-

vos e razões dentro de uma forma específica”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 323).

Parece-nos correta a assertiva de Juan Antonio García Amado (1996) de que a tópica de Viehweg, juntamente com a nova retórica de Perelman, constitui importantíssimo precedente das mais recentes teorias da argumentação jurídica, entre as quais se inclui a de Robert Alexy³ (1997). Mais do que *um* antecedente, a primeira constitui para nós o ponto de partida dessas últimas teorias, que, por mais que tenham aperfeiçoado os mecanismos de controle da racionalidade dos argumentos jurídicos, a ela devem muito.

2. O contexto do surgimento da tópica jurídica

2.1. Contexto histórico e metodológico

Para compreendermos de forma satisfatória o pensamento tópico no direito, é necessário levar em consideração alguns dados históricos que influenciaram a sua construção teórica.

A tópica de Viehweg surge num momento em que a metodologia jurídica tradicional (que, como já dissemos, concebia o raciocínio jurídico como verificação da uma verdade normativa pré-existente, apoiando-se na epistemologia clássica) começa a entrar em crise. O período do pós-guerra é marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à “aplicação” de um direito inteiramente moldado pelo legislador.

Como salienta Hannah Arendt, o homem moderno, com seu rigoroso cientificismo, fechou-se para dentro de si, tornando-se incapaz de processar raciocínios com base no *sensu comum*. Para Hannah Arendt (2000, p. 293-302), tal fenômeno tem a ver com o advento do método cartesiano, cuja consequência imediata é que o homem “vê-se diante de nada e ninguém a não ser de si mesmo”: “a razão em Descartes, não menos do que em Hobbes, limita-se a ‘prever as consequê-

ências', isto é, à faculdade de deduzir e concluir a partir de um processo que o homem pode, a qualquer momento, desencadear dentro de si mesmo"⁴.

O jurista da época de *Tópica e jurisprudência* começa a desconfiar da afirmação de que as normas gerais elaboradas pelo legislador são sempre racionais e podem oferecer resposta a quaisquer problemas jurídicos. Verifica-se, em especial, um desprestígio da lógica formal no pensamento jurídico, marcado pela rejeição de um sistema axiomático-dogmático.

Por outro lado, a experiência histórica das duas grandes guerras fez com que a comunidade de juristas encontrasse dificuldade em aceitar a idéia de que qualquer conteúdo pudesse ser direito, o que inclusive implicou um breve renascimento do jusnaturalismo na Alemanha, principalmente quando Radbruch reviu os fundamentos de sua filosofia do direito.

A crítica de Viehweg ao positivismo segue porém um outro caminho. Juntamente com Perelman⁵, ele critica a incapacidade do positivismo para lidar com questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita demonstração mediante critérios rígidos e infalíveis. Há, muito freqüentemente, casos em que é inimaginável uma certeza conclusiva a respeito de problemas jurídicos, e nem por isso pode o operador do direito deixar de decidir ou partir para uma decisão completamente irracional. Daí a importante objeção ao positivismo comum a Viehweg e Perelman (2000a, p. 136), sendo o último autor do texto que se segue:

“O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Freqüentemente,

com efeito, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como a melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece pelas armas ou por um voto majoritário. [...]

A concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão”.

Desse modo, em vez de juntar-se aos jusnaturalistas, Viehweg volta suas atenções para a *prática jurídica*, formulando um esboço de teoria da razão prática que concebe o processo jurídico-decisório como sendo um discurso racional. Como acentua Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 322), “decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”, de modo que “o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige uma fundamentação”.

Como já mencionamos com brevidade, a descoberta dessa situação comunicativa – que caracteriza os processos judiciais de modo geral – fez com que, no início da segunda metade do século passado, o raciocínio jurídico passasse a ser encarado como um procedimento dialógico. Conforme salienta García Amado (1996), isso implica a crise de praticamente todos os pressupostos do esquema metódico-jurídico anterior, sendo verificável de imediato uma guinada metodológica que pode ser sintetizada nos seguintes pontos:

1) O direito se torna menos rígido: as normas não dizem mais de antemão o que é o direito; não determinam mais todos os passos de decisão, passando a ser um instrumento nas mãos do intérprete, que lhes confere sentido segundo seus desejos e convicções. Não há mais uma verdade objetiva e indubitável, mas “verdades” relativas ao sujeito que interpreta e aplica o direito.

2) “O” método jurídico se converte em “os” métodos jurídicos. O conjunto de pautas ou instrumentos utilizados pelo intérprete para determinar o sentido das normas não é visto mais como um único caminho que conduz necessariamente a uma única solução.

3) Opera-se uma “trivialização” da lógica formal, pois “a firmeza das regras da lógica não garante nenhuma certeza quando as premissas do raciocínio normativo se convertem em contingentes e flutuantes”⁶.

4) A “chave da prática jurídica não está mais na consciência cognoscente do sujeito individual que pondera argumentos objetivos com a balança segura de um método firme, mas na discussão entre sujeitos que postulam por fazer valer sua interpretação e seu interesse”. A prática jurídica demanda uma *técnica argumentativa*, pois deixa de ser uma “pacífica plasmación” de regras prefixadas para se converter em “luta concreta para a fixação de uma regra em cada caso”.

Como se vê, a atividade jurisprudencial deixa de ser apenas *descoberta* para se tornar também *justificação*. O legislador já não resolve sozinho o conflito, pois ao juiz é facultado decidir sobre se a regra jurídica a ser aplicada é ou não apropriada. É certo que isso pode conduzir a um realismo judicial que converte o juiz em “dono e senhor do direito”, mas certamente não é essa a proposta da tópica de Viehweg e das teorias da argumentação que dela seguiram, pois estas últimas vêem a atividade judicial como imersa num contexto social mais amplo, de modo que a decisão sobre um problema jurídico é o resultado de um raciocínio que se publiciza, já que “a prática jurídica decisória não está primordialmente presidida por um raciocínio subjetivo, mas por um argumentar intersubjetivo”. (GARCÍA AMADO, 1996).

O raciocínio jurídico, portanto, conduz a uma série de exigências quanto ao processo decisório⁷. Com a tópica, Viehweg procura selecionar as hipóteses de solução possíveis à luz de cada problema que aguarda uma solução jurídica e ordenar o processo argumentativo.

Antes de adentrarmos especificamente no estudo das teses tornadas públicas em *Tópica e jurisprudência* e aperfeiçoadas numa série de escritos posteriores, convém uma breve análise das críticas dirigidas por Viehweg a um de seus maiores adversários: o normativismo de Kelsen.

2.2. O pensamento jurídico de Kelsen e sua contestação

A obra jurídica de Hans Kelsen pode ser considerada o “último grande projeto positivista” nos domínios da língua alemã⁸ (VIEHWEG, 1965, p. 183).

O traço fundamental dessa teoria do direito é o princípio de *pureza metodológica*: a análise da ciência do direito deve estar isenta de quaisquer interesses, paixões e preconceitos políticos ou ideológicos. Nessa perspectiva, objeto de estudo da ciência jurídica é exclusivamente a *estrutura lógica* do ordenamento jurídico, de modo que o teórico do direito deve abster-se de tecer considerações acerca do conteúdo das normas de direito positivo (KELSEN, 1984; LARENZ, 1997).

Para o jurista do ciclo de Viena, uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas “porque foi produzida de uma determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe”. (LARENZ, 1997, p. 97). A jurisprudência não é, portanto, uma ciência que descreva fatos e investigue a sua ligação causal, sendo considerada do ângulo do positivismo uma doutrina das “formas puras” do direito.

Kelsen (1984, p. 104) imagina um sistema jurídico hierarquizado, sendo que “a norma de escalão superior é ‘aplicada’ na medida em que, de acordo com ela, se produz uma norma de escalão inferior”. Por isso, a ‘aplicação do Direito’ é simultaneamente ‘produção de Direito’. A norma superior determina o seu órgão de aplicação e o processo de criação da norma inferior, podendo, também, determinar mais ou menos completamente o conteúdo dessa norma.

Entretanto, a norma superior “não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior), de modo que fica sempre uma ‘margem de discricionariedade’ para o órgão aplicador da norma superior e produtor da nova norma jurídica”. Assim, a norma jurídica, “relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem só o caráter de um quadro a preencher através desse ato”. (KELSEN, 1984, p. 105).

A interpretação, portanto, logra mostrar-nos esse quadro, de modo que, não sendo o resultado da interpretação unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis.

Na sua teoria da interpretação, Kelsen se volta contra a doutrina tradicional, que aceita que a lei aplicada ao caso concreto não pode fornecer mais do que uma única decisão correta, fundada na própria lei. Porém, o professor de Viena julga impossível estabelecer qualquer critério para orientar a escolha da interpretação correta, pois, ainda fiel ao positivismo, crê ser cientificamente inviável um juízo racional acerca de opções quanto a valores.

Como se vê, há, até certo ponto, um acordo inicial entre o normativismo kelseniano e a tópica: ambos acreditam que há uma margem de ação para o jurista prático, haja vista que a norma jurídica a ser concretizada não permite, seja por imprecisão semântica ou por uma mudança do (ou controversia sobre o) sentido e dos termos utilizados pelo legislador, a mera dedução de uma solução jurídica já pronta. A desavença surge no momento em que o juiz (ou qualquer outro profissional do direito) exerce o seu poder de decisão sobre qual das interpretações possíveis deve prevalecer. Neste ponto, em que se requer naturalmente uma avaliação (ou valoração), Kelsen se recusa a estabelecer critérios, ao passo que a tópica entra em cena a fim de, por meio da leitura retórica do direito, fornecer um mínimo de racionalidade à decisão a ser tomada. Em suma, as

duas teorias divergem acerca da viabilidade da razão prática⁹.

A incapacidade do normativismo para oferecer critérios para a valoração jurídica decorre de um ceticismo em relação a toda e qualquer forma de fundamentação que não possa ser provada em termos definitivos e inquestionáveis. Como nos ensina Perelman, os principais problemas da teoria pura do direito “derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação”. (PERELMAN, 2000b, p. 476).

As teorias jurídicas de Viehweg e de Perelman, assim como todas aquelas que pretendam viabilizar o uso da retórica no pensamento jurídico, pretendem ir além do normativismo, com o fito de permitir uma reflexão concreta acerca de questões que não podem ser resolvidas exclusivamente com os métodos do positivismo. Para essas teorias, “se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de uma forma razoável”. (PERELMAN, p. 480). Desse modo, pressupõem uma distinção entre demonstração e argumentação ou, na terminologia aristotélica utilizada por VIEHWEG (1979, p. 24-25), entre *apodexis* (ou demonstrações apodícticas) e raciocínio dialético, sendo que, neste último, as premissas utilizáveis no discurso não são verdades inquestionáveis, mas “opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (*en-doxa*)”.

3. Reflexão sobre as principais proposições teóricas da tópica de Theodor Viehweg

3.1. Caracterização geral da tópica

A principal obra de Theodor Viehweg (1979, p. 20) começa com uma alusão a Vico, que, já no século XVIII, dissertou sobre os

métodos científicos, designando o método *antigo* como tópico-retórico e o *moderno* como crítico. O método científico moderno é o chamado cartesiano, cujo ponto de partida é um *primum verum*, sendo que todo o desenvolvimento posterior do raciocínio se dá por meio de longas cadeias dedutivas. Já o método retórico leva em consideração o senso comum, “que manipula o verossímil, contrapõe pontos de vista conforme os cânones da retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos”. (VIEHWEG, 1979).

O método novo apresenta sérias desvantagens como “perda em penetração (no objeto de estudo), estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra: depravação do humano”. Para evitar essa minimização das potencialidades da razão, é necessário retomar o método retórico, recuperando a fantasia e a memória e abandonando os sistemas simplesmente dedutivos, que podem muito bem ser substituídos por uma “trama de pontos de vista” (ou *topoi*) (VIEHWEG, 1979).

Por isso mesmo, resgata-se a tópica aristotélica, que faz parte do *Organon* e situa-se no terreno do dialético, e portanto distante do apodítico. Neste último tipo de raciocínio, que é o da ciência propriamente dita, estamos diante de proposições primeiras ou verdadeiras (VIEHWEG, 1979, p. 24), ao passo que o pensamento dialético é caracterizado não pela certeza, mas pela “discutibilidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 325) dos argumentos utilizados.

A tópica, tal como Aristóteles a concebe, não é um *episteme* (um “hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência”), mas uma *techne* (um hábito de produzir uma decisão razoável), ou seja, uma prudência (VIEHWEG, 1979, p. 53-54). Sua principal especificidade é tratar-se de um tipo de pensamento que se autodefine como problemático ou *aporético*. Como tal, orienta-se primordialmente para um problema concreto, uma situação da vida real.

Uma *aporia*, para Viehweg (1979, p. 33), significa “uma questão que é estimulante e ineludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar”. A tópica busca, a partir de tais situações difíceis, fornecer uma saída¹⁰. Todo o trabalho do jurista deve, pois, orientar-se por uma *aporia fundamental*: a questão de saber o que é justo aqui e agora (VIEHWEG, 1979, p. 88).

Ao caracterizar a tópica como uma técnica de pensamento aporético, o autor de *Tópica e jurisprudência* se refere à distinção entre as modalidades sistemática e problemática de pensamento, elaborada por Nicolai Hartmann (apud VIEHWEG, 1979). Neste contexto, problema quer dizer “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”. (VIEHWEG, 1979, p. 34). Todo problema só pode ser resolvido com referência a um sistema, ou seja, a um “conjunto de deduções previamente dado”, a partir do qual se infere uma resposta (VIEHWEG, 1979).

Evidente, portanto, a ligação entre problema e sistema, de modo que a diferença entre as duas formas de pensamento acima referidas (problemático e sistemático) é uma questão de ênfase.

Caso colocássemos a prioridade em um sistema A, B ou C, cada um deles selecionaria os seus próprios problemas e abandonaria o restante. Nas palavras do próprio Hartmann (apud VIEHWEG, 1979), citado em *Tópica e jurisprudência*, “o modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista é adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista [inicial] são rejeitados”, de modo que se decide “não sobre a solução dos problemas, mas

sobre os limites dentro dos quais a solução pode se mover”. (VIEHWEG, 1979, p. 35). Noutras palavras, aqueles problemas cuja solução não seja dedutível do sistema ficam sem resposta.

Quando voltamos nossas atenções para o problema, como faz a tópica, realizamos a operação inversa, ou seja, uma seleção de sistemas que podem ser úteis à solução do problema inicialmente considerado. O modo de pensar aporético, em vez de duvidar da existência do sistema, crê numa pluralidade de sistemas, sendo que a escolha do sistema utilizado na decisão prática deve ser feita com base em critérios que decorrem, em última análise, do próprio problema.

O papel central da tópica é encontrar as premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico. Uma vez bem definidas essas últimas, a lógica pode conduzir a uma resposta satisfatória. Assim, é falsa a idéia de que há uma incompatibilidade entre a tópica e a lógica formal: para os adeptos da tópica, o que ocorre é tão-somente uma prioridade da tópica sobre a mera dedução de conceitos a partir de um sistema fechado (GARCÍA AMADO, 1987, p. 167). Viehweg, em especial, parte de uma divisão do raciocínio jurídico em dois momentos: um, *pré-lógico*, de “busca das premissas” e outro, *propriamente lógico*, “de conclusão a partir daquelas premissas”. O segundo desses momentos só teria prioridade se o direito fosse construído a partir de um sistema normativo estável e axiomático (GARCÍA AMADO, 1987, p. 166). Como isso não é possível, Viehweg coloca o acento na busca das premissas, visualizando a tópica, conforme o legado de Cícero, como uma *ars inveniendi*, ou seja, “um proceder adequado para a pesquisa das premissas”¹¹ (GARCÍA AMADO, 1987, p. 167).

Viehweg (1979, p. 29), neste ponto, adota a distinção, que Cícero estabeleceu quase trezentos anos após Aristóteles, entre *Invenção* e *Formação do Juízo*, sendo a tópica a arte de encontrar, por meio dos *topoi* ou

loci, o material necessário para a demonstração¹².

Tal concepção problemático-inventiva se mostra particularmente adequada à jurisprudência, pois o seu problema central – a aporia fundamental da justiça – mantém-se permanentemente. O pensamento jurídico possui uma estrutura tópica por pelo menos três razões (VIEHWEG, 1979, p. 89):

“ 1) A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema;

2) As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele;

3) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada”.

Todo o edifício jurídico, portanto, explica-se em razão da necessidade de resolver casos concretos (GARCÍA AMADO, 1987, p. 164), sendo a tópica o modo adequado de atuação do jurista.

A tópica serve ao jurista prático, em especial, para encontrar os argumentos utilizáveis na justificação concreta de uma decisão. Esse procedimento se dá por meio do emprego discursivo dos *topoi*, que constituem, para Aristóteles (apud VIEHWEG, 1979, p. 26-27), “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”. Os *topoi* “funcionam como *fórmulas de procura* no sentido retórico”, como orientações para a invenção (VIEHWEG, 1979, p. 104).

Como modo de pensar, a tópica procede de juízos fragmentários, sem a perfeita coerência de um sistema. Inclui-se numa ordem que está sempre por ser determinada, à medida que são descobertos e esclarecidos os *topoi*. Esses podem ser encontrados por meio de “tentativas”, ou seja, partindo-se de pon-

tos de vista mais ou menos arbitrários escolhidos casualmente. Parte-se, nesse caso, diretamente do problema, buscando uma ordenação capaz de resolvê-lo de forma razoável. Trata-se, nessa hipótese, do que Viehweg (1979, p. 36) denomina *tópica de primeiro grau*.

Paulatinamente, vão se formando *reperitórios de pontos de vista* relevantes para a argumentação prático-jurídica, aos quais se pode recorrer para encontrar premissas verossímeis utilizáveis na discussão. Tais *catálogos de topoi* compõem a *tópica de segundo grau*, a qual representa um desenvolvimento, sempre provisório, da *tópica de primeiro grau*.

A perspectiva dialético-retórica¹³ da *tópica* de Viehweg (1979, p. 103) tem a inoldável vantagem de “tornar compreensível toda argumentação a partir da situação discursiva”. O processo jurídico-decisório passa, como já vimos, a ser considerado dialogicamente: o discurso é uma instância de controle da plausibilidade dos pontos de vistas que integram cadeias de argumentos em favor de uma pretensão.

Sem dúvida, a *tópica* possui o mérito de revelar a estrutura comunicativa do saber jurídico, contribuindo em muito para a democratização do exercício da jurisdição e abrindo caminho para um amplo desenvolvimento ulterior de teorias sobre o emprego e o controle de argumentos jurídicos. Com efeito, “decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”. De outro lado, a decisão jurídica provém de um discurso *racional*, haja vista que, na aplicação do direito, está sempre presente uma necessidade de fundamentação ou justificação (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 322).

Ao substituir a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento (e de motivação de uma decisão por parte do juiz), Viehweg reduz o enfoque dado aos aspectos sintático (que abarca a conexão de signos com outros signos) e semântico (que trata da “conexão de signos com objetos, cuja designação é assertada”),

passando a enfatizar a *dimensão pragmática da linguagem* (VIEHWEG, 1979, p. 103; SOUZA NETO, 2002, p. 153), que diz respeito à relação entre os signos e aqueles que os utilizam (ou com a conexão situacional).

Esse enfoque pragmático implica uma *atitude retórica* por parte do jurista, que se afasta da anteriormente dominante “atitude *espiritual* anti-retórica”, a qual prefere uma concepção sintático-semântica da linguagem, utilizando-a prioritariamente como instrumento descritivo. Essa *atitude retórica* consubstancia um “saber situacional que visa a orientar a ação” (SOUZA NETO, 2002, p. 154).

A partir dos *topoi*, ainda que não se possa demonstrar apoditicamente a veracidade de uma tese qualquer, pelo menos é possível alcançar afirmações plausíveis, susceptíveis de serem resgatadas discursivamente. Esse processo, ao contrário do que um crítico positivista poderia imaginar, não é completamente livre, mas informado por *deveres comunicativos*: “quem se envolve em uma situação discursiva assume deveres, o que é bastante compreensível para o jurista prático”. Tais deveres (de afirmação, defesa, fundamentação, esclarecimento, repartição do ônus da prova etc.) podem garantir suficientemente afirmações confiáveis, tornando cada vez maior o grau de justificação racional da conclusão obtida a partir da análise *tópica*.

Em uma palavra: a *tópica* recupera a perspectiva argumentativa, estabelecendo determinadas condições para o exercício da razão prática. O recente desenvolvimento dos estudos sobre a argumentação jurídica (levado a cabo por nomes como Alexy, Aarnio, MacCormick, Peczenik, Atienza e tantos outros) teve como estopim a *tópica* de Viehweg, que, junto com a Nova Retórica de Perelman, trouxe o conceito de racionalidade comunicativa para o direito. O seguinte comentário de Karl Larenz (1997, p. 211-212) faz justiça ao pensamento *tópico-jurídico*:

“A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Vi-

ehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.”

3.2. *Tópica e sistema jurídico*

Partindo da divisão de Hartmann entre as técnicas de pensamento sistemática e problemática, a tóptica de Viehweg adota uma postura como “anti-sistemática”, no sentido de que, uma vez que um sistema dedutivo completo se mostra inadequado para a jurisprudência, deve o operador do direito se orientar pelo problema. O pensamento sistemático pouco poderia contribuir para a ciência do direito.

Tal atitude anti-sistemática, porém, decorre de uma concepção demasiadamente estreita de sistema jurídico: Viehweg, em *Tópica e jurisprudência*, parece crer que a *única espécie* de sistema existente até então nos domínios da metodologia do direito é o sistema lógico-dedutivo¹⁴.

Por causa desse conceito excessivamente restrito de sistema, Viehweg foi criticado incisivamente por seus opositores, haja vista que a metodologia da ciência do direito, na época em que sua obra surgiu pela primeira vez, já conhecia várias outras acepções de sistema jurídico, inclusive a distinção de Heck entre “sistema externo” e “sistema interno”, este último composto pelos valores e princípios gerais de direito que dão forma à noção genérica de “Idéia de Direito”. Assim, Diederichsen (apud CANARIS,

1996, p. 6-7) contradita o professor de Mainz por ter conduzido “uma luta contra moinhos de vento” e um “combate aparente”, pois já não existem mais, há muito tempo, defensores do sistema axiomático-lógico.

Nas palavras de García Amado (1996), nem mesmo a jurisprudência dos conceitos (à qual a tóptica vai se opor radicalmente) concebe um sistema jurídico tão perfeito e fechado como o descrito em *Tópica e jurisprudência*. O componente crítico da tóptica de Viehweg deve ser matizado e reorientado, pois sua ruptura não é com um método jurídico propriamente lógico-dedutivo, mas com o “ontologismo subjacente ao método do século XIX”. A grande guinada da tóptica foi romper com a crença de uma total separação sujeito/objeto e com a idéia de que para todos os problemas jurídicos há uma solução predeterminada pelo direito positivo, cabendo ao intérprete tão-somente a sua aplicação mecânica. A vontade do legislador já não passa mais a ser considerada necessariamente racional, ao mesmo tempo em que aumenta significativamente a margem de liberdade por parte do juiz, que não se limita mais a *conhecer* o direito preexistente, passando também a *decidir*.

O conceito de sistema de Viehweg é criticado em especial por Canaris (1996, §§ 2º, 5º), que crê firmemente que o pensamento jurídico refere-se, quase sempre, a um *sistema de princípios jurídicos* que conferem *adequação valorativa* e *unidade interior* à ordem jurídica. Tal sistema vai conduzir a atividade do operador do direito, que deve dar prioridade, sempre, à interpretação teleológica do direito, levando em consideração os valores objetivados no “sistema interno”. Canaris (1996) critica ainda a tóptica de Viehweg porque a leitura tóptica do direito é incapaz de conferir a coerência e a adequação interna (ou “justeza”) ao ordenamento jurídico, além de, o que é igualmente grave, comprometer para sempre a adstringibilidade jurídica, pois a função das normas na argumentação jurídica não fica clara nos seus escritos, de modo que a lei parece ape-

nas um *topos* entre outros. Parece difícil então escapar de uma certa unilateralidade da tópica, que subvaloriza a referência sistemática da ciência do direito (SARMENTO, 2000, p. 130).

Todavia, em escritos posteriores¹⁵, Viehweg revê sua postura radicalmente contrária ao conceito de sistema jurídico, enumerando inclusive outras espécies de sistema diferentes do “sistema dedutivo” que tanto combateu. Nesses trabalhos mais recentes, chega o autor a considerar o esquema de pensamento elaborado em *Tópica e jurisprudência* como sendo uma espécie de “sistema dialético clássico” ou “sistema tópico”.

No entanto, parece-nos difícil imaginar a sua versão da tópica aristotélica como um sistema, haja vista o caráter fragmentário e pouco definido dos *topoi* empregados na argumentação. Isso não significa, contudo, que haja uma incompatibilidade entre o pensamento tópico-retórico e o pensamento sistemático. Parece-me claro que no trabalho do jurista prático há espaço para ambas as formas de raciocínio, pois o valor *justiça* aponta tanto para uma “tendência individualizadora” (em que valem os *topoi*, por serem capazes de captar mais de perto a essência de cada caso) quanto para uma “tendência generalizadora” (que exige um tratamento igualitário e, nesta medida, precisa de uma referência no sistema de princípios gerais do direito) (CANARIS, 1996, p. 275-276; ENGISCH, 1996, p. 386).

3.3. É possível um método tópico?

Para Viehweg e seus seguidores, a tópica não pode ser concebida como um método jurídico. Segundo Ferraz Júnior (1979, p. 3), “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles”.

Observe-se que o conceito de método empregado pelos primeiros defensores da

tópica coincide com o do positivismo científico. Tal conceito, contudo, não se apresenta para nós como sendo adequado e, uma vez aceito, pode fazer com que não se reconheça o importante *significado metodológico* da tópica no contexto das doutrinas do nosso tempo (GARCÍA AMADO, 1987, p. 176). Deve-se buscar um conceito mais amplo de método, como por exemplo o formulado por Fikentscher (apud GARCÍA AMADO, 1987): “a via para se alcançar uma meta, um resultado concreto”. O método positivista do século XIX não é o único concebível.

Nesta linha, García Amado, que vê a tópica como um método em sentido amplo, a enquadra entre as diretrizes metodológicas antilegalistas que combatem o rigor metodológico do positivismo legalista. Este último concebe o direito como um sistema estático, fechado; vê a racionalidade jurídica como interna ao sistema de proposições, consistindo na ligação lógica entre estas; o método jurídico, assim, é lógico-dedutivo, e a tarefa do jurista prático é “conhecer” o direito aplicável. Já as correntes antilegalistas vêem o direito como sendo algo dinâmico, aberto; a racionalidade jurídica é algo mais amplo, externa ao sistema; seu método é a razão prática e a tarefa da práxis jurídica é chegar a uma decisão plausível (GARCÍA AMADO, 1987, p. 178).

A tópica de Viehweg só não seria um método se essa noção fosse entendida num sentido muito estreito e ultrapassado. Sua importância para a metodologia da ciência do direito é introduzir a perspectiva argumentativa, concebendo a idéia (hoje crucial para o pensamento jurídico) de um *procedimento racional* para construção das decisões jurídicas.

4. Principais críticas à tópica jurídica

A despeito dos avanços da tópica e da sua relevância para o pensamento jurídico, não se pode deixar de mencionar aqui algumas críticas que lhe foram dirigidas.

Um primeiro problema que encontramos na tópica é a ausência de um sistema de pri-

oridades ou uma hierarquia entre os *topoi*. A tópica, que sem dúvida é capaz de colher os argumentos relevantes para o discurso jurídico, falha ao não estabelecer nenhum critério de pesagem e descoberta de regras de preferência entre os pontos de vista argumentativos. Fica a impressão de que a tópica só serve para diagnosticar, e que no momento de decidir carece de complementação por parte de uma teoria dos valores (ENGISCH, 1996, p. 384).

Além disso, a obra de Viehweg não deixa muito claro qual é a relação da tópica com o direito positivo, nem qual a função das normas no processo de decisão, o que pode conduzir à conclusão de que a lei seria apenas mais um *topos* (GARCÍA AMADO, 1987, p. 172-174). Em síntese feliz, Robert Alexy (1997, p. 42) salienta alguns pontos em que a tópica fracassa como empreendimento teórico: 1) a tópica subestima a importância da lei, da dogmática e dos precedentes; 2) realiza uma análise insuficiente da estrutura dos argumentos; e 3) possui um conceito pouco preciso de discussão.

Tais críticas, porém, não retiram o valor da tópica, que reside principalmente em sua originalidade e em seu potencial transformador para a prática jurídica, ao introduzir no direito o conceito de razão prática.

5. Considerações finais

Há campos relevantes para o Direito nos quais os mecanismos da pura metodologia jurídica não levam a nenhuma conclusão, sendo que a decisão deve ser fundamentada com o auxílio da metódica filosófica (ENGISCH, 1996, p. 385).

Nesse terreno espinhoso, a tópica parece ser um método correto para se encontrar as premissas que podem conduzir a uma solução adequada, a fim de indicar respostas plausíveis para problemas que, para o positivismo, seriam decididos de forma irracional.

Tem a tópica a grande virtude de, procedendo de forma inventiva, oferecer um modo

simples e viável de motivação das valorações jurídicas, mudando para sempre a história do pensamento jurídico ao introduzir uma perspectiva argumentativa que se volta para o caso concreto, o que rompe de vez tanto com o ontologismo subjacente à jurisprudência dos conceitos quanto com o normativismo de Kelsen, que reduz o âmbito do conhecimento jurídico ao estudo da estrutura lógica das suas normas, sendo incapaz de fornecer um critério para a escolha entre as interpretações possíveis.

Quanto à questão da insuficiência da tópica para avaliar e controlar as decisões obtidas pelo procedimento discursivo, penso que se trata de um defeito que as teorias contemporâneas da argumentação jurídica haverão de consertar.

Notas

¹ O termo positivismo pode ser entendido em múltiplos sentidos, como mais tarde reconheceu o próprio Viehweg num breve artigo destinado a esclarecer o que ele próprio designa por “positivismo no sentido existente *aqui e agora*” (VIEHWEG, 1965). Para o autor de *Tópica e jurisprudência*, o *positivismo jurídico prático* (que para ele é o mais relevante) considera que o operador do direito está sempre obrigado a se ater, em todas as suas considerações dogmáticas, à constituição positiva válida *ici et maintenant*, bem como às leis positivas e seus equivalentes, de acordo com a constituição. O positivista está obrigado, em todos os casos, a não transgredir a lei em sentido amplo, descartando qualquer indagação “transpositiva” (VIEHWEG, 1965, p. 184).

A atitude positivista por parte do jurista pecaria por não “pensar a respeito das suas últimas conseqüências”, sendo por isso mesmo considerada um equívoco tanto pelo tomismo aristotélico quanto pelo pensamento marxista-leninista. De acordo com Viehweg (p. 183-189), esse positivismo jurídico prático não serve para realizar a função social da dogmática jurídica, haja vista que caracteriza-se por um ceticismo exagerado contra as interpretações mais elásticas dos textos jurídicos, além de um perigoso ceticismo quanto a legitimações/fundamentações muito amplas, já que não consegue se posicionar frente a valores, em especial frente à aporia fundamental do direito: a justiça.

² O termo é utilizado aqui no seu sentido original, equivalente a “dogmática jurídica”.

³ *Teoría de la argumentación jurídica*, publicada pela primeira vez no ano de 1978. Interessante notar, entretanto, que Alexy substituiu a perspectiva retórica que caracteriza o pensamento de Viehweg pelo princípio kantiano da universalidade, que dá supedâneo às suas regras da argumentação prática.

⁴ As seguintes palavras de Hannah Arendt (2000, p. 301) nos parecem apropriadas para esclarecer as insuficiências do cientificismo: "... o mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações que ele mesmo criou" (ARENDR, 2000, p. 301).

⁵ Nota-se uma extraordinária convergência entre o pensamento desses dois autores, que se propõem a utilizar a razão prática como critério de correção de decisões a respeito de juízos de valor.

⁶ Merece destaque o fato de que Karl Engisch (1996, p. 383), na sua *Introdução ao pensamento jurídico*, chegou a esta mesma conclusão ao comentar a tópica de Viehweg, *in litteris*: "... a 'trivial' dedução a partir da premissa maior e da premissa menor não diz absolutamente nada sobre a dificuldade e a sutileza da elaboração daquelas mesmas premissas".

⁷ Nesse sentido, Viehweg fala em certos "deveres retóricos" ou "obrigações comunicativas", que contudo são expostos de forma superficial e sem maior nível de detalhamento, o que faz da tópica uma teoria da argumentação jurídica incompleta (ATIENZA, 2000, p. 76). A idéia de que processo discursivo pode ser controlado por regras vai ser melhor desenvolvida por Robert Alexy (1997), nitidamente sob influência da tópica.

⁸ Para um exame mais aprofundado, vide: Kelsen (1984); bem como Larenz (1997).

⁹ O seguinte comentário de Cláudio Pereira de Souza Neto (2002, p. 140) esclarece com precisão este ponto:

"... a tópica comunga da crença, que também tem lugar no normativismo kelseniano, de que as normas jurídicas são passíveis de interpretação unívoca. Para a tópica, não há a possibilidade de se resolver em termos silogísticos a aplicação da norma jurídica. No entanto, a tópica considera possível, ao contrário do que ocorria no normativismo de Kelsen e Hart, ao menos uma versão mais modesta de racionalidade, bem sintetizada na expressão 'lógica do razoável'. A tópica rejeita o ceticismo absoluto do normativismo kelseniano, resgatando a possibilidade da razão prática".

¹⁰ Merece destaque o comentário de Maria Margaria Lacombe Camargo (2001, p. 154) sobre essa noção utilizada pela tópica: "A *aporia* é-nos apresentada no livro *Tópica e jurisprudência* como uma questão ligada à dúvida (*dubitatio*), uma vez que a situação de problematidade se apresenta como permanente. A ausência de caminho próprio e conhecido estimula, por sua vez, a criação do intérprete".

¹¹ A idéia de que, no raciocínio jurídico, é preciso uma técnica ou um estilo especial de busca das premissas, que proceda de modo inventivo, está, segundo Viehweg (1979, p. 50), subjacente à jurisprudência romana, o que teria sido inclusive percebido por Savigny com entusiasmo. Para a tópica, "este modo de trabalhar se caracteriza sobretudo porque permite aos juristas entender o direito não como algo que se limitam a aceitar [ver, *supra*, 2.1.], mas sim como algo que eles constroem de uma maneira responsável".

¹² Como o próprio Viehweg (1979, p. 28) salienta, o nível da tópica de Cícero é sem dúvida inferior ao de Aristóteles. Cícero não conhece, por exemplo, a distinção entre o apodítico e o dialético, nem tem grandes pretensões filosóficas com sua obra. Visa tão-somente a facilitar o trabalho prático dos oradores (e em especial dos advogados), elaborando um catálogo o mais completo possível de *topoi* ou lugares da argumentação. A idéia de que a tópica é uma *ars inveniendi* é, contudo, de fundamental importância para a tópica contemporânea.

¹³ Importante não associar a tópica às vertentes sofisticadas da Retórica, que antecederam Aristóteles e mereceram a pungente crítica de Platão. O discurso retórico que Viehweg abraça e pretende aplicar ao direito é submetido a certas regras básicas do jogo dialético (que inclui a exigência de uma concatenação logicamente correta entre as premissas no discurso prático), além de possuir um *valor ético*, haja vista que se orienta, sempre, para a idéia de *justiça* (aporia fundamental). Assim, a tópica de Viehweg difere em essência da retórica pré-aristotélica de conteúdo sofisticado, que foi brilhantemente descrita por Olivier Reboul (2000, p. 9-10) em trecho que se segue: "... o mundo do sofista é um mundo sem verdade, um mundo sem realidade objetiva capaz de criar o consenso de todos os espíritos, para dizerem que dois e dois são quatro e que Tóquio existe... Privado de uma realidade objetiva, o *logos*, o discurso humano fica sem referente e não tem outro critério senão o próprio sucesso. [...] O discurso não pode mais ser verdadeiro, nem mesmo verossímil, só poderá ser eficaz; em outras palavras, próprio para convencer, que no caso equivale a vencer, a deixar o interlocutor sem réplica. A finalidade dessa retórica não é encontrar o verdadeiro, mas dominar pela palavra; ela já não está voltada para o saber, mas sim ao poder".

¹⁴ García Amado (1987, p. 165) se alinha a esse entendimento. Para ele, “el rechazo por parte de Viehweg del pensamiento jurídico como *Systemdenken* se basa en una asimilación del concepto de sistema a la idea de sistema axiomático lógico-deductivo, considerado como prototipo del sistema perfecto. Así, dice que la tópica ‘presupone’ que no existe un sistema deductivo y que ‘la constante vinculación al problema establece unos límites muy estrechos para la reducción y la deducción’, permitiendo sólo encadenamientos de muy corto alcance, pues estos se deben interrumpir constantemente en atención al problema”.

¹⁵ Em especial, refiro-me aqui a *Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico* (VIEHWEG, [199-?], p.29).

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Tópica, derecho y método jurídico. In: *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 4, 1987.
- _____. Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica. In: CONGRESO DE DERECHO PÚBLICO, FILOSOFÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICAS: PERSPECTIVAS PARA EL PRÓXIMO MILENIO, 1996, Bogotá. *Anais ...* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 169-195.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1984.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. A teoria pura do direito e a argumentação. In: _____. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Tradução de Carolina Campo de Melo. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur>. Acesso em: [199-?].
- _____. Que veut-on dire par positivisme juridique?. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 10, 1965.
- _____. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Direito penal da *internet*

O advento de novos fatos típicos

Jorge José Lawand

Sumário

1. O impacto da *internet* no direito penal. 2. O princípio da legalidade. 3. Projetos de lei acerca da temática. 4. Comportamento da jurisprudência – decisões dos tribunais brasileiros. 5. Conclusão.

1. *O impacto da internet no direito penal*

A *internet* é uma inovação tecnológica que provocou inúmeras transformações nas relações jurídicas entendidas como aquelas em que uma determinada pessoa pretende de outrem um bem anteriormente convencionado por meio de algum instrumento legal, como, por exemplo, os contratos, sejam de que espécies forem: venda e compra, doação, mandato etc.

Todavia, não podemos afirmar que há apenas uma única esfera da ciência jurídica envolvida, ou seja, conforme a doutrina clássica, costuma-se dividir o direito em vários ramos a fim de ser mais bem estudado, haja vista as especificidades da relação jurídica dominante, como fica evidente quando estamos diante de um direito público e outro privado, que possuem peculiaridades próprias.

Mas isso não há de ocorrer com a *internet*. Maria Helena DINIZ (2002, p. 12-13), quando entrevistada sobre o Novo Código Civil, assim ponderou:

“Não se poderá decretar a sua velhice precoce. É verdade que *nele* não estão contidas questões sobre contratos ele-

Jorge José Lawand é Advogado, Mestre em direito pela PUC/SP, Professor de direito na Universidade São Francisco e Doutorando pela PUC-SP.

trônicos, parceria entre homossexuais, experiência científica em seres humanos, direitos difusos, pesquisa com genoma humano, clonagem humana, efeitos jurídicos decorrentes da reprodução assistida, medidas sócio-educativas aplicadas à criança e ao adolescente, relações de consumo, entre outras. *Essas e outras matérias não são objetos de estudo do Direito Civil, por pertencerem a outros ramos jurídicos.* Então, em razão de suas peculiaridades, esses temas devem ser redigidos por normas especiais. O novo Código é obra legislativa de grande importância, apesar de não ser perfeito, pois nenhuma obra humana o será. Almejar isso seria uma utopia, ou melhor, pretender o irrealizável” [Grifo nosso].

Deveras, o legislador do novo estatuto civil não poderia ser compelido a fazer a regulamentação do microsistema jurídico relativo aos tipos contratuais eletrônicos e a suas respectivas implicações jurídicas, entre outras matérias relevantes como o biodireito e a reprodução assistida.

A cada novo fenômeno jurídico, haverá necessidade de uma nova lei a fim de serem estabelecidos os parâmetros essenciais do instituto jurídico a ser pesquisado, devendo guiar-se, principalmente, subsumido aos ditames mais elementares do princípio da justiça – expresso na Constituição Federal de 1988 como a impossibilidade de serem criados tribunais de exceção e também o acesso de todos ao sistema judicial estatal – para o caso a ser resolvido entre as partes envolvidas; assim sendo, o Poder Judiciário poderá solucionar o conflito, proferindo uma decisão equânime, colmatando eventuais lacunas na lei.

Isso se deve, conforme já tivemos a oportunidade de expor (LAWAND, 2003, p. 17), ao fato de que:

“Diante da incessante evolução da economia – e sua principal consequência, a tecnologia –, proporcionou o surgimento de novos tipos de acordos

de vontade, dentro da premissa de que as relações jurídicas contratuais refletem a própria essência do direito, que é dinâmico, prospectivo, e aberto”.

Um dos veículos a ser mais utilizados na construção de uma dogmática relacionada com o direito da *internet* será a analogia. Com efeito, conforme a Lei de Introdução ao Código Civil, comumente intitulada norma das normas, ficou estipulado que, em hipótese de lacuna da lei, esta deverá ser preenchida pelo juiz que se socorrerá da analogia, costumes e princípios gerais de direito, preferencialmente nessa ordem, pois consoante Silvio de Salvo VENOSA (2003, p. 48-49):

“O juiz não pode, em hipótese alguma, deixar de proferir decisão nas causas que lhe são apresentadas. Na falta de lei que regule a matéria, recorre às fontes subsidiárias, entre as quais podemos colocar a analogia. Na realidade, a analogia não constitui propriamente uma técnica de interpretação, como a princípio possa parecer, mas verdadeira fonte do Direito, ainda que subsidiária e assim tida pelo legislador no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

E, de acordo com posicionamento por mim defendido (LAWAND, 2003, p. 35),

“Verificamos o impacto do comércio eletrônico no direito, e o aparecimento de uma nova forma contratual, utilizadores de um novo meio de comunicação, especificamente a *Internet*. Sendo um novo instrumento de comunicação, produz perplexidade no ser humano, que possui medo do que não lhe é conhecido, optando em inúmeros casos por ignorar a realidade em vez de enfrentá-la. Tudo isso traz impactos sobre a ordem jurídica vigente, vez que deverá adaptar-se à realidade que exsurge, haja vista trazer questões que por ora não se encontram devidamente resolvidas, quer a nível legal ou jurisprudencial” .

Mas, e no direito penal, qual o caminho a ser seguido? O tratamento é diferente do aplicado ao direito privado, em que os negócios jurídicos podem ser feitos seguindo a autonomia privada, a qual apenas encontra limites na ordem pública, moral e nos bons costumes.

Ao revés, na seara criminal prevalece a vontade do Estado, que prima pela indisponibilidade no tocante aos seus atos, atualmente mitigado pela lei dos juizados especiais criminais, sendo o detentor do direito de punir, por força inclusive da Constituição Federal, que preconiza vários preceitos basilares estampados em seu artigo 5º, como quando diz no inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

No direito penal, fica evidente o que STAMMLER (1925, p. 40) afirma: “Law presents itself as an external regulation of human conduct”. O crime é uma conduta que afronta a ordem dos valores de uma determinada sociedade em certo tempo e espaço, ou seja, os ilícitos podem surgir em decorrência de novas condutas, as quais ontologicamente representam perigo às liberdades individuais e coletivas, haja vista a importância dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos nos problemas advindos com a contaminação do meio ambiente por elementos poluentes, o que recebeu pronta resposta do Estado brasileiro, tendo providenciado um arquétipo legislativo tendente a estabelecer punições no sentido de serem salvaguardados os bens colocados em risco, mediante a conduta ilícita, objetivando a preservação da fauna e flora, além do direito fundamental de se viver em um ambiente sem poluição quer do ar ou água.

Deveras, podemos afirmar que um crime é a ofensa a determinado bem jurídico, como a *internet*, em que os direitos decorrentes de transações eletrônicas podem sofrer a inter-

venção de pessoas mal intencionadas, que na gíria do *e-commerce* são designados de *crackers*, utilizando-se dos dados de outrem obtidos de modo fraudulento.

Corroborando esse posicionamento, Francisco de Assis TOLEDO (1994, p. 13-14) afirma:

“A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui se entremostra o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.”

Então como solucionar essas questões diante do direito penal vigente?

2. O princípio da legalidade

É clássico no direito penal o princípio da legalidade, em que não há crime sem lei anterior que o defina.

Foi alçado a princípio constitucional, esculpido no artigo 5º, inciso XXXIX.

Daí Celso DELMANTO (2002, p. 4) ter afirmado: “Somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional”.

Logo, não há como penalizar determinada conduta anti-social sem antes estar previsto especificamente em lei devidamente aprovada segundo a regulamentação do processo legislativo constitucionalmente estipulado.

Afirmei em artigo recentemente publicado:

“A tendência verificada é de controle, que para o Direito Penal é fun-

damental pois vislumbramos como seu primado essencial o fato de que não há crime sem lei anterior que o comine, não sendo outra a postura adotada por Júlio Fabrini Mirabete, para o qual: “Exige o princípio ora em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador. Assim, é difícil, senão impossível, delimitar, por exemplo, qual o fato incriminado pelo artigo 9º da Lei de Segurança Nacional, como definido: “Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país”. Diante disso, Gustavo Testa Correa afirma: “A tecnologia digital é uma realidade, e justamente por isso estamos diante da criação de lacunas objetivas, as quais o direito tem o dever de estudar, entender e, se necessário, preencher. Com a crescente popularização da Grande Rede, evidenciamos a criação de novos conceitos sobre tradicionais valores, tais como a liberdade, a privacidade e o surgimento dos ‘crimes digitais’” (LAWAND, 2003, p. 2).

Outrossim, não podemos olvidar o fato de que a legalidade gera inúmeras consequências entre as quais: não se pode aplicar a lei retroativamente a não ser em benefício do réu, e, também quanto à analogia, anteriormente mencionada, esta sofre sérias restrições, pois no crime apenas poderá ser utilizada quando for *in bonam partem*.

Neste sentido os tribunais brasileiros vêm decidindo, conforme inclusive podemos verificar a partir do aresto abaixo colacionado:

“LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3º) – PROGRESSÃO DE REGIME – APLICAÇÃO EXTENSIVA DA LEI Nº 9.455/97 – ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* – POSSIBILIDADE – O ordenamento penal encerra um sistema racional e simétrico de normas. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal assegura tratamento igualitário, considerando inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos; o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, mantendo esse regime comum, vedou a progressão de regime aos citados crimes; o § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 assegurou aos condenados por crime de tortura a progressividade prisional. Para manter a disciplina unitária estabelecida constitucionalmente, impõe-se a aplicação analógica *in bonam partem* da Lei nº 9.455/97, estendendo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. (TJRO – ACr 99.000044-3 – C.Crim. – Rel. Des. Dimas Fonseca – J. 11.03.1999) JCP.157.3 JCP.157 JCF.5.XLIII JCF.5”.

“EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE ATRAVÉS DE INDULTO – MEDIDA CONSIDERADA IN CASU, COMO IMPRÓPRIA – TESE MINISTERIAL INSUSTENTÁVEL – ANALOGIA “*IN BONAM PARTEM*” – REJEIÇÃO DOS EMBARGOS OPOSTOS – IMPUGNAÇÃO DE ARESTO QUE MANTEVE DECISÃO A QUO CONCESSIVA DE INDULTO, RECORRIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL – REQUER O CHEFE DO PARQUET MILITAR PREVALÊNCIA DE VOTO VENCIDO, QUE CASSAVA O DECISUM MANTIDO PELO STM – A tese embargante sustenta pela impropriedade da manutenção “*in tela*, adu-

zindo, com pertinência ao *sursis* com o qual se beneficiava o ora indultado, ter a respectiva audiência admonitória se efetivado *a posteriori* de data estabelecida no decreto tomado por base para a concessão do indulto em foco. Não medra a proposição ministerial. Na *quaestio*, se observando por ocorrência, no 1º grau, de sério *error in procedendo*, que reverteu em detrimento do condenado, acordou-se, majoritariamente, na Instância Superior Castrense, que, como modo mais justo de sanar o feito atinente, via-se no exato sentido de se manter o indulto concedido “in prima intantia, desde que, a título de analogia “in bonam partem, se verificava aplicável, in casu, tal benefício, cuja concessão se traduz como uma “*indulgentia principis*” adequada, indiscutivelmente, à aplicação da boa justiça. Mantido íntegro o Acórdão embargado. Decisão por maioria. (STM – Embfo 1999.01.006603-2 – PR – Rel. Min. Carlos Eduardo Cezar de Andrade – DJU 30.06.2000)”.

Entretentes, a analogia, que é uma fonte do direito imprescindível para o magistrado colmatar as lacunas porventura existentes, não pode ser livre e largamente empregada no direito penal, pois, conforme Júlio Fabrini MIRABETE (1991, p. 48):

“Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada analogia *in bonam partem*, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto no já citado artigo 4º da LICC. Ressalte-se,

porém, que só podem ser supridas as lacunas legais involuntárias: onde uma regra legal tenha caráter definitivo não há lugar para a analogia, ou seja não há possibilidade de sua aplicação *contra-legem*”.

Assim sendo, fica evidente que haverá a necessidade de serem criadas normas incriminadoras daquelas condutas contrárias ao direito vigente, que aliás represente a forma mais elementar de se fazer justiça, pois, conforme STAMMLER (1925, p. 18): “And just law is positive law, the content of which possesses the quality of justice”.

Todavia, não se trata de posição unânime, como na ciência jurídica não podia deixar de ser, haja vista a sua natureza equívoca, ou seja, há várias formas de interpretação de determinado contexto dependendo do ponto de vista a ser tomado.

Nesta esteira, Vicente GRECO FILHO (2000, p. 35) afirma:

“A Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo direito, especialmente o penal. Evoluir, sim, mas sem querer ‘correr atrás’, sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea idéia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação”.

E mais adiante, sumarizando seu pensamento:

“A conclusão, portanto, salvo demonstração em contrário, é a de que devemos deixar o direito penal em paz, porque está ele perfeitamente apto a atender à proteção dos direitos básicos das pessoas e, se houver alguma modificação a fazer, deve ser feita dentro de uma perspectiva de proteção genérica de um bem jurídico e não porque eu tenho um Pentium II de 300 Mh, disco rígido de 4 Gb, 64 Mb de memória RAM, 4 Mb de memória de

vídeo e monitor de 20". (Esqueci: e modem de 56 K, CD-ROM de 32x e scanner de 1.200 dpi, além de outros cacarecos) ”.

Todavia, a tendência atualmente é no sentido da construção de legislações padronizadas, ou seja, que abarcam a problemática como um todo, tentando prever as condutas ilícitas mais corriqueiras, pois, conforme pudemos verificar em nossa obra, já citada anteriormente: “A tendência mundial é no sentido de regulamentar, e, além disso, controlar o acesso e utilização da grande Rede, diante de uma intervenção legislativa com base na publicização do direito” (LAWAND, 2003, p. 39).

O legislador brasileiro já iniciou esse processo legiferante, doravante, com a Lei do *Software* – Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 –, que, em seus artigos 12 *usque* 14, pune aquele que violar direito de autor de programa de computador, mas que se demonstra insuficiente.

Outrossim, introduziu no Código Penal, por meio da Lei nº 9.983, de 14/07/2000, dois artigos, respectivamente, 313-A e 313-B, em que pune a inserção de dados falsos em sistemas de informação e a sua modificação ou alteração não autorizada.

Contudo, como passaremos a verificar a seguir, a partir da análise dos principais projetos de lei no Brasil, não trata propriamente dos crimes perpetrados na rede mundial dos computadores, pois na realidade são fatos típicos que não são ocasionados em um ambiente digital, em que as atividades humanas são qualificadas pelo meio tecnológico, como o videotexto, radiodifusão, CD-ROM, mas sobretudo na *internet*, onde se procede ao intercâmbio de bens físicos ou digitais (LAWAND, 2003, p. 32).

3. Projetos de lei acerca da temática

Há inúmeros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, todos tendentes a proporcionar a devida e necessária segurança jurídica de *lege ferenda*, pois muito ainda

será discutido até o ato final da tramitação – promulgação e publicação.

Na seara penal, podemos elencar os seguintes projetos em tramitação na seguinte ordem cronológica:

1) PL 1.070/1995 – Dispõe sobre crimes oriundos da divulgação de material pornográfico através de computadores.

2) PL 3.258/1997 – Dispõe sobre crimes perpetrados por meio de redes de informação, caracterizando como crime a divulgação pela *internet* e demais redes de computadores de material pornográfico, instruções para fabricação de bombas caseiras e textos que incitam e facilitam o acesso a drogas ilegais.

3) PL 3.383/1997 – Acrescenta parágrafo único ao art. 241 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo entre os crimes em espécie, com pena de reclusão e multa, quem colocar à disposição da criança e do adolescente, ou do público em geral, por meio de redes de computadores, incluindo a *internet*, sem método de controle de acesso, material que contenha descrição ou ilustração de sexo explícito, pornografia, pedofilia ou violência.

4) PL 3.493/1997 – Acrescenta artigos no Código Penal, incluindo, no capítulo dos crimes contra a privacidade, a violação da intimidade, mediante processo tecnológico, e o abuso da informática, com a divulgação de dados pessoais alheios, fichário automatizado ou banco de dados.

5) PL 4.412/1998 – Acrescenta artigos à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre crimes de abuso sexual, incluindo a pena de reclusão para quem pratica conjunção carnal, atentado violento ao pudor, ato libidinoso, incluindo na mesma pena quem persuade, induz, atrai ou coage criança e adolescente a praticar o crime.

6) PL 84/1999 – Dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências. Caracteriza como crime os ataques praticados por

hackers e *crackers*, em especial as alterações de *home pages* e a utilização indevida de senhas.

7) PL 3.891/2000 – Dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à *internet*, obrigando os provedores de serviços da *internet* a manterem registros de seus usuários, e dados referentes a cada transação atendida pelo provedor, para solucionar o problema da identificação do usuário em caso de utilização ilícita da rede, cometidas, em geral, por *hackers* ou *crackers*.

8) PL 5.460/2001 – Altera os artigos. 240 e 241 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo como crime a produção de atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual utilizando-se de adolescente em cena de sexo explícito ou simulado; agravando a pena se o crime tem como vítima a criança.

9) PL 6.384/2002 – Acrescenta artigo 232-A e parágrafo único ao artigo 239; modifica os artigos 236, 241, 242 e 243 da Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, e dá outras providências. Agrava a pena para os crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, incluindo a exploração do menor para obtenção de vantagem patrimonial e a prática de pedofilia.

10) PL 480/03 – Dispõe sobre o cadastramento dos usuários de serviços de *internet* e disponibilização de dados à autoridade policial e dá outras providências.

4. Comportamento da jurisprudência – decisões dos tribunais brasileiros

A jurisprudência brasileira tem proferido decisões, quando surgem casos relativos a crimes da *internet*, orientando-se pela base legal existente atualmente.

O magistrado, em qualquer área da ciência do direito, não pode deixar de julgar, não se aplica o *non liquet*.

Aliás, Vicente GRECO FILHO (2000, p. 35) explicita a questão do seguinte modo:

“Assim, se se questiona a pornografia, adulta ou infantil, na Rede, a

discussão não é diferente da que se discute em função da televisão, revistas e, até, simples *outdoors*. Pode ocorrer uma maior, ou menor, dificuldade de coibi-las (se for o caso), dependendo do meio, mas, como se disse com relação ao homicídio, a pornografia com abuso de crianças ou adolescentes merece incriminação, qualquer que seja o instrumento utilizado para praticá-la”.

“Isso mostra que o direito penal, em geral, está perfeitamente aparelhado na missão de coibir condutas lesivas, seja, ou não, o instrumento utilizado a informática ou a Internet ou a ‘peixeira’”.

Deveras, enquanto não houver lei própria, aplicar-se-á o direito posto, com a observância e respeito aos ditames e princípios próprios estabelecidos na ciência jurídica criminal.

A seguir colacionamos alguns acórdãos, podendo ser denotado os seguintes bens jurídicos transgredidos: concorrência desleal, fraude e estelionato, crimes relacionados ao estatuto da criança e adolescente.

“PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – FRAUDES A INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E A SEUS CLIENTES – UTILIZAÇÃO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – INTERNET – REQUISITOS DO ART. 312 – ATENDIDO – 1. Paciente em liberdade provisória. Ocorrência de novas fraudes contra instituições financeiras. Prisão Preventiva decretada. 2. Prisão Preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. 3. Ordem denegada. (TRF 1ª R. – HC 01000105586 – PA – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Olavo – DJU 07.11.2002 – p. 90)”.

“PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET

- REGISTRO - ATRIBUIÇÃO DA FAPESP - FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO, POR DELEGAÇÃO DO COMITÊ GESTOR INTERNET DO BRASIL - PRIMAZIA DO DIREITO DO PRIMEIRO REQUERENTE - INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL - SENTENÇA CONFIRMADA - I - O registro de nome de domínio ou concessão de endereço ip na rede internet é função atribuída à fapesp - Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo, por delegação do comitê gestor internet do Brasil, órgão a quem incumbe coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços internet no país, consoante os termos da portaria interministerial mct/mc nº 147/95. II - Dessa forma, diante da especificidade da matéria que encontra fundamento na Resolução nº 001, de 15.04.1998, do comitê gestor internet do Brasil, à Resolução da lide é indiferente as disposições da legislação que cuida da propriedade industrial e do registro público de empresas mercantis e atividades afins, respectivamente, Leis nºs 9.279/96 e 8.934/94. III - Assim, é de se conferir proteção judicial a quem primeiramente registrou o nome de domínio no referido órgão, que na hipótese foi a apelada. IV - Sem comprovação a alegação de prática de ilícito penal, qual seja, concorrência desleal, é de rigor a rejeição de tal pretensão. V - Recurso improvido. (TJDF - APC 20010110139208 - DF - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Jeronimo de Souza - DJU 11.09.2002 - p. 52)".

"HABEAS CORPUS DELITOS PRATICADOS VIA INTERNET CARTÕES DE CRÉDITO CLONADOS - MATÉRIA DE PROVA IMPOSSÍVEL EXAME NOS ESTREITOS LIMITES DO WRIT - Se a verificação da ocorrência, ou não, do flagrante prepara-

do, em face da prisão de agentes, a quem são imputados vários delitos, praticados pela internet, através de cartões de crédito clonados, depende do exame das provas colhidas na instrução criminal, isso não pode ser objeto de apreciação nos estreitos limites do Habeas Corpus. Ordem denegada. (TJRJ - HC 2542/2001 - 3ª C.Crim. - Rel. Des. Índio Brasileiro Rocha - J. 30.10.2001)".

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS - APELAÇÃO CRIMINAL - PUBLICAÇÃO DA FICHA NA INTERNET - DIVERGÊNCIA COM O ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJMT - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO QUE PODE E JÁ FOI FEITA PELO PRÓPRIO SERVIDOR - CONTRADIÇÃO INEXISTENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO - O resultado do julgamento, divulgado na Internet logo após a sessão, não é ato processual, e a divergência por acaso ocorrida com o que consta do acórdão publicado no DJMT pode ser corrigida pelo próprio servidor que se equivocou, razão pela qual não devem ser conhecidos os embargos de declaração, propostos para esse fim, por ausência dos requisitos de admissibilidade. (TJMT - RED 3.746/00 - Paranatinga - 2ª C. Crim. - Rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida - J. 10.10.2001)".

"CRIME DE COMPUTADOR" - PUBLICAÇÃO DE CENA DE SEXO INFANTO-JUVENIL (E.C.A., ART. 241), MEDIANTE INSERÇÃO EM REDE BBS/INTERNET DE COMPUTADORES, ATRIBUÍDA A MENORES - TIPICIDADE - PROVA PERICIAL NECESSÁRIA À DEMONSTRAÇÃO DA AUTORIA - HC DEFERIDO EM PARTE - 1. O tipo cogitado - na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" -, ao contrário do que sucede por exemplo aos da

Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador. 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo. 3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (STF – HC 76.689 – PB – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 06.11.1)”.

5. Conclusões

No Brasil, tramitam centenas de projetos de lei que visam regulamentar a *Internet* – Rede Mundial de Computadores, tendo sido inclusive alguns referidos por Newton de Lucca (2000, p. 66), tais como os de nº 4.102/93, 1.070/95, 1.713/96, 3.173/97, 3.483/97, 234/96 e 84/99, além daqueles citados acima referentes propriamente ao direito penal.

Tudo isso diz respeito ao direito eletrônico, o qual em última instância envolve a utilização de todos os mecanismos tecnológicos existentes, sendo o mais expressivo a Grande Rede, pelos impactos advindos com o seu surgimento, principalmente no tocante a sua instantaneidade e rapidez de es-

praimento dos mais vários tipos de informações, sejam elas comerciais, financeiras, intelectuais etc.

Por isso a necessidade de ser criado e estudado enquanto ramo autônomo, haja vista não pertencer especificamente ao direito público ou privado, pois incide em todas as esferas, seja na penal, administrativa e civil.

Todo o arcabouço jurídico deverá ser focado para as relações estabelecidas na *Internet*, já que os códigos, atualmente em vigor, dispõem sobre os instrumentos eletrônicos tradicionais como o *fax* e telefone, este último amplamente explicitado no Estatuto Civil, quando trata da formação dos contratos, tanto no anterior como o atual de 2002, que recentemente entrou em vigor, o qual, no artigo 428, inciso I, traz a expressão *meio de comunicação semelhante*.

Todavia, não podemos olvidar o fato de que o grande entrave para uma maior expansão desse meio de comunicação é a questão da segurança. Com efeito, na justificativa do Projeto de Lei 3.891/2000 está exposto o seguinte:

“Não podemos ainda nos esquecer que uma das maiores marcas deste século tem sido a globalização das quadrilhas, que passaram a atuar em rede, quer para cometimento de crimes, como extorsão, quer para comunicação e troca de informações, quer ainda para legitimar valores resultantes de seus crimes, na denominada ‘lavagem de dinheiro’. E a *Internet*, especialmente a gratuita, por dispensar, no mais das vezes, informações cadastrais, passa a criar um ambiente favorável ao desenvolvimento das atividades dessas quadrilhas”.

O legislador pátrio, preocupado com essa realidade, pretende estipular uma regulamentação para a questão, por meio do Projeto de Lei nº 3.891, de 2000, que dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à *Internet*, e mais recente-

mente o Projeto de Lei nº 6.557/2002, que estabelece obrigatoriedade de identificação para participantes com acesso a salas de encontrados virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores.

Isso visa, num primeiro momento, cercear a atuação de *hackers* e *crackers*, sendo que estes últimos representam uma ameaça maior, pois, além de adentrarem os sistemas computacionais de empresas, acabam por incidir em infrações penais, geradoras de prejuízos enormes.

O órgão legislativo atentou para esse fato, tanto que consta como uma das justificativas do Projeto 3.891/2000, afirmando "... a *internet* potencializou os danos causados pelos chamados crimes de informática, que têm por objeto sistemas e bases de dados de computadores, cometidos, em geral, por *hackers* e *crackers*".

Haverá, sem dúvida alguma, os defensores da liberdade de expressão e da liberdade na *Internet*, ou seja, o Estado não deveria intervir nas relações jurídicas que nela se estabelecem, como inclusive denotado por Tércio Sampaio FERRAZ (2001, p. 242), para quem:

"Nesses cenários, que muito têm de um 'admirável mundo novo', coloca-se o foco de luz, vindo do futuro para o presente, sobre a necessidade atual de pensar (ou repensar) o tema da liberdade, na medida em que a proteção da espontaneidade individual (livre iniciativa, sigilo) contrapõe-se ao interesse público (transparência, direito à informação, repressão ao abuso de poder) de forma imprecisa, ora pendendo para o fechamento do círculo protecionista em torno do indivíduo (sigilo bancário, sigilo de dados como garantias radicais), ora para o devassamento por meio da autoridade burocrática (legitimação de investigações administrativas sem acompanhamento ou mesmo autorização judicial)".

Percebemos, portanto, um nítido conflito entre uma ampla e irrestrita autonomia

privada frente ao poder de fiscalização do Estado, tendo em vista sopesá-los, obviamente, com os direitos constitucionais referentes à liberdade do ser humano, expostos na Constituição Federal (FERRAZ, 2001, p. 242). Trata-se na realidade do exercício do poder de polícia, que, conforme Hely Lopes MEIRELLES (1992, p. 119):

"Através de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o Estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar geral. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade, o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas, se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder".

Nessa esteira vem o PL 3.891/2002 (art. 1º), o qual "obriga os provedores de serviço adicionado de acesso a redes de computadores, inclusive à *Internet*, a manterem registro dos usuários atendidos e dos acessos por eles realizados".

Com isso, será facilitado o rastreamento da pessoa que está acessando a rede, possibilitando uma punição mais rápida e eficiente, o que no direito comparado já vem sendo realizado com sucesso.

Deveras, podemos citar o recente caso de Peter Towshend, o *pop star* do rock inglês, que está sendo processado por práticas re-

lacionadas com a pedofilia. Conforme reportado pela BBC de Londres, em 14 de janeiro de 2003, está exposto o seguinte:

“When rock star Pete Townshend gave his credit card details to view indecent images of children, for what he claims was research, he left a trail found by the police months later. The card number – which had been scrambled but was decoded by the US Postal Information Service along with thousands of others – inevitably led back to him. Now card companies are using the same method to track down those providing the pornography. Visa has an internet monitoring programme costing hundreds of thousands of pounds a year” (TRACKING the credit card trail, 2003).

Logo, a empresa de cartões de crédito está desenvolvendo uma forma tecnológica no sentido de informar às autoridades competentes aqueles indivíduos que acessam *sites* com conteúdo relacionado à pornografia infantil, cuja pena na Inglaterra é severa, tendo sido inclusive reportado que o simples fato de acessar a página, na rede mundial de computadores, como inclusive tem alegado o referido cantor em prol de sua defesa, pode levar o “curioso” às barras dos Tribunais. Perante o direito inglês, não configuraria, em princípio, crime o fato de receber, uma única vez, um *spam* por *e-mail*, o que de regra não acarretaria sérias consequências.

Outrossim, mesmo que a pessoa tenha acessado alguma coisa ilícita, e tendo apagado os vestígios de seu computador, mesmo assim há possibilidade de ser detectado o que foi acessado por meio de perícia técnica, que já vem sendo utilizada pela justiça brasileira no combate ao crime organizado.

No Brasil, não há ainda legislação adequada a respeito, devendo ser aplicado analogicamente o Código Penal, promovendo assim a integração, conforme André Franco MONTORO (2000, p. 380): “Em síntese, podemos dizer que há ‘interpretação’, em sen-

tido estrito, quando existe uma norma prevendo o caso; recorre-se à ‘integração’, quando não existe norma explícita”. E, não podemos deixar de lado, concomitantemente o Estatuto da Criança e do Adolescente, dependendo de cada caso.

Ademais, ainda na linha do projeto em tela, mesmo tendo o usuário deixado de utilizar determinado provedor, o prestador de serviços é obrigado a manter os registros por no mínimo três anos, assim poderá ser por tempo superior, nunca inferior.

O projeto é bastante detalhista no sentido de quais dados devem ser mantidos, entre os quais estatui, em seu artigo 3º, os seguintes: a identificação do usuário atendido; o horário de conexão – *login*; o horário de desconexão – *logout*; o endereço atribuído ao usuário na transação – *IP Address* – *Internet Protocol Address*; o número de telefone ou identificação de ponto de rede utilizado para efetuar a conexão, salvo impossibilidade técnica.

Um ponto relevante é a defesa da intimidade, amplamente defendido no artigo 4º, em que os “dados e informações referidos (...) são confidenciais, não podendo ser divulgados a terceiros, a qualquer título, salvo requisição judicial, na forma da lei”.

Aqui houve um certo paralelismo com a lei de interceptações telefônicas, Lei nº 9.296/96, a fim de ser evitada a configuração da denominada prova ilícita, pois, conforme o artigo 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou como objetivos não autorizados em lei”.

O nosso direito incorporou definitivamente a teoria dos direitos da personalidade, como podemos perceber pelo Novo Código Civil, que entrou em vigor em meados deste ano. Dedicou um capítulo próprio, mais propriamente nos artigos 11 ao 21.

Inclusive, toda essa temática está proporcionado aos doutrinadores uma reestruturação de conceitos, pois, de acordo com José Adércio Leite SAMPAIO (1998, p. 492-493):

“Ainda que não se aceite uma relação necessária e suficiente entre o problema da informática sobre os direitos fundamentais e a solução adotada por diversos países, com a promulgação de leis consagradoras de princípio de boas práticas de coleta e tratamento de dados, há de se registrar o impacto produzido pelas novas técnicas de informação não apenas no plano das políticas, sobretudo legislativas, que passaram a ser adotadas desde então, mas principalmente na redefinição do sentido de intimidade, de sua identificação com posturas asépticas e isolacionistas, próprias do pensamento individualista reinante no final do século passado”.

Com efeito, advém disso a inédita responsabilidade civil na *Internet*, a qual, num primeiro instante, irá se perfazer dos conceitos já existentes quanto às áreas civil, criminal e administrativa. E Antonio LAGO JUNIOR (2001, p. 40) afirma não poder ser outro o posicionamento a ser adotado, pois:

“A interação de condutas humanas ocorrida por meio da *Internet* não poderia receber um tratamento diferente. As ações recíprocas que ocorrem no espaço virtual nada mais são do que condutas humanas que, em sua grande parte, são velhas conhecidas do direito. É bem verdade que deixa de existir o convívio pessoal, e as pessoas passam a ser reconhecidas por um *login*, seus endereços físicos passam a ser substituídos por endereços lógicos etc., e é justamente por isso que causa tanta perplexidade. Mas toda e qualquer evolução tecnológica, é preciso não descuidar desse importante detalhe, ocorre em razão do homem e deve para ele voltar-se. Não haveria sentido se assim não o fosse”.

O projeto traz imposições de sanções pecuniárias para o descumprimento no tocante à manutenção dos dados e respecti-

vos registros conforme nela estipulado, além de criar o crime de divulgação de dados e informações desconforme o artigo 4º, impondo uma pena corporal de um a quatro anos de detenção, o que implica, de acordo com a nossa Lei de Execução Penal, o cumprimento inicial em regime semi-aberto, mais multa.

Mais recentemente, o projeto 3.891/2000 foi apensado ao PL 6.557/2002, tendo sido determinada a mudança do regime de tramitação da matéria para Regime de Prioridade.

O PL 6.557/2002 tem por escopo estabelecer de modo compulsório a identificação para participantes com acesso a salas de encontros virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores – *Internet*.

A intenção do legislador está focada, consoante a sua justificativa, no fato de que: “As recentes denúncias de prática de pedofilia e violência contra menores têm importante foco nas salas de *chat*, bate-papo ou encontro virtual e troca de imagens disponibilizadas na Rede Mundial de Computadores”.

A base é a mesma do projeto anteriormente comentado, mas com vistas mais específicas, ou seja, controlar o ambiente de comunicação virtual procedido através de *chat*, muito em voga para estabelecer, por exemplo, sala de conferências virtuais, para troca de idéias e informações, e inclusive imagens.

Em suma, todos os esforços são válidos, pois, de acordo com Gustavo Testa CORREA (2000, p. 44): “... a *Internet* é um lugar propenso ao desenvolvimento de fraudes, devido, sobretudo, ao anonimato que oferece aos seus usuários e à ‘imperfeição’ dos programas de computadores utilizados para o acesso a ela e seu desenvolvimento”. E a intenção do legislador é justamente desestimular práticas ofensivas, permitindo a quebra dessa sistemática e proporcionando uma eficiente identificação daquele que perpetra atividades ilícitas num ambiente digital multifacetado, ou seja, que viabiliza o acesso a um mundo de informações em nível global, em qualquer parte do planeta.

Bibliografia

- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil: inovações. *Jornal Tribuna da Magistratura*, São Paulo, jul./ago. 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco; MARTINS, Ives Gandra Silva. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 241-247.
- GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet. *Revista Direito Mackenzie*, [S.l.], n. 1, 2000.
- LAGO JÚNIOR, Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet*. São Paulo: LTr, 2001.
- LAWAND, Jorge José. Importantes aspectos de segurança jurídica na internet. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, [S.l.], a. 2, n. 55, 2003.
- _____. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000. p. 21-100.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MIRABETE, Julio. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- STAMMLER, Rudolf. *The theory of justice*. New York: Macmillan, 1925.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TRACKING the eredit card trail. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2656-135.stm>. Acesso em: 24 jan. 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

O Direito Administrativo Disciplinar

Marcos de Lima Porta

Sumário

1. O Direito Administrativo Disciplinar Substantivo. 2. O Direito Administrativo Disciplinar Adjetivo. 3. Conclusão.

Por razões didáticas, é possível visualizar a construção sistemática de uma subárea do Direito Administrativo designada por Direito Administrativo Disciplinar.

Ela se configura por intermédio de um conjunto de regras e princípios que se atraem, adquirem coesão e que gravitam em torno de um núcleo fundamental comum, consistente na necessidade e no interesse de se aperfeiçoar progressivamente o serviço público no âmbito interno da Administração Pública (cf. MEIRELLES, 1998, p. 109).

Para que o objetivo do Direito Administrativo Disciplinar possa ser atingido, a Administração Pública deve adotar, no desenvolvimento de suas atividades administrativas, uma desejável disciplina, resultante das regras jurídicas estabelecidas, que descrevem condutas e impõem sanções.

Enquanto não há lesão a essa ordem jurídica vigente, esse dever disciplinar previne os ilícitos administrativos e faz com que a Administração cumpra o seu verdadeiro papel, isto é, de satisfazer direta, concreta e de imediato os interesses públicos primários da coletividade. Porém, quando ocorre qualquer lesão à ordem jurídica e há, em consequência, a ruptura da disciplina, cabe à própria Administração o dever de restabe-

Marcos de Lima Porta é Juiz de Direito/SP, mestre em Direito do Estado pela PUC/SP e Professor de Direito Administrativo.

lecer a ordem jurídica violada e perseguir o seu objeto imposto pelo Direito; para isso, deve agir com repressão contra o seu infrator, representada pela imposição de uma penalidade administrativa. Nasce daí, pois, para a Administração, o *jus puniendi* administrativo em relação aos servidores públicos civis faltosos.

O direito de punir, os ilícitos administrativos e as penalidades administrativas, por fazerem parte da essência da ciência administrativa disciplinar, compõem o chamado Direito Administrativo Disciplinar substantivo. O meio pelo qual se canaliza, externa e formalmente, a declaração estatal disciplinar é o processo administrativo disciplinar*, que compõe o Direito Administrativo Disciplinar Adjetivo.

1. O Direito Administrativo Disciplinar Substantivo

A relação jurídica que se estabelece entre a Administração Pública e o servidor público civil é, principalmente, de natureza institucional, permanente e profissional. Há um diploma jurídico próprio denominado muitas vezes *estatuto*, *lei orgânica*, entre outros, que contém a essência do regime jurídico. Nesse devem estar contidas as faltas disciplinares, tanto positivas (os deveres) como negativas (as transgressões ou proibições), além das penalidades.

A competência disciplinar eclode com o surgimento de uma falta disciplinar. O desenvolvimento da atividade administrativa disciplinar desemboca em um determinado fim, isto é, em um *factum*, um resultado, que se configura por intermédio de um ato administrativo final. Esse ato administrativo se apresenta sob duas formas: i) um ato administrativo que considera o servidor público culpável e, em consequência, aplica-se uma sanção ou penalidade administrativa; ou, ii) o absolve da imputação administrativa que lhe foi feita. O que interessa ago-

ra para este estudo é a primeira vertente: aquela que, ao reconhecer a culpa em sentido amplo do acusado, aplica-lhe uma penalidade administrativa.

Ontologicamente, a pena administrativa possui a mesma substância que as penas que se vêem em outras esferas do Direito. A diferença delas está no regime jurídico construído a partir do interesse do legislador pátrio. Igualmente, não se vê qualquer diferença de substância entre as expressões penalidade e sanção administrativa. Talvez um critério diferenciador seja a atribuição da expressão penalidade à imposição pelo órgão jurisdicional e sanção administrativa, pela Administração Pública (cf. OLIVEIRA, 1985, p. 32-33). Todavia, neste artigo as duas expressões serão utilizadas como sinônimas em razão do próprio ordenamento jurídico vigente, que ora utiliza-se de uma expressão ora utiliza-se de outra.

A penalidade administrativa conceitua-se como

“a sanção imposta ao funcionário faltoso, tendo por fim a correção sua, além da prevenção que sua aplicação enseja. A correção faz sentir ao autor do fato punido a incorreção do seu procedimento e a necessidade de melhorar a sua conduta. A prevenção está no sentido de que a pena procura evitar que o faltoso volte a transgredir, servindo, ainda, de exemplo, de alerta a todos os outros funcionários, mostrando-lhes as conseqüências da má conduta” (LAZZARINI, 1999, p. 402).

Essa doutrina é ratificada também pela Lei Estadual (SP) nº 10.177/98, art. 6º, inciso II: “Somente a lei poderá prever infrações e prescrever sanções”. Nesses termos, vê-se que tem aplicação o princípio do *nullum poena sine lege*, o que faz com que as sanções administrativas somente sejam aplicadas quando previstas pelo ordenamento jurídico vigente.

Em respeito a esse princípio da Administração Pública, vê-se, por exemplo, que, especificamente em relação aos policiais ci-

* Expressão aqui empregada desprendida de maiores rigorismos científicos.

vis de São Paulo, a própria Lei Complementar nº 207/79, em seu art. 67, apresenta o rol de penas disciplinares principais relativas à prática de uma falta administrativa: i) advertência; ii) repreensão; iii) multa; iv) suspensão; v) demissão; vi) demissão a bem do serviço público; e, vii) cassação de aposentadoria ou disponibilidade. As duas primeiras classificam-se como morais; a pena de multa, como pecuniária; a suspensão como profissional e as demais como expulsivas (cf. LAZZARINI, 1999, p. 403).

À penalidade administrativa deve ser observado o regime jurídico do Direito Administrativo, especialmente a motivação desse ato administrativo, pois somente dessa forma se poderá saber qual foi o caminho percorrido pelo agente público e, em consequência, tornar possível o controle de legalidade sobre esse ato administrativo exarado. Ainda, deve ser ressaltada a impossibilidade de *bis in idem*, isso é, a dupla punição administrativa sobre a mesma conduta ilícita praticada. Essa prática não é prestigiada pelo Direito pátrio, segundo os princípios da legalidade e da tipicidade (cf. GARCÍA DE ENTERRIA; FERNANDÉZ, 1995, p. 183). Todavia, isso não quer dizer que o fato praticado impossibilite a punição em outras instâncias jurídicas; essas são autônomas e, portanto, sujeitas a regimes jurídicos diversos, o que torna lícito dizer que uma falta administrativa pode configurar, entre outras, uma falta criminal ou uma falta civil e, por meio dessas esferas, o agente sofrer as consequências jurídicas pertinentes.

2. O Direito Administrativo Disciplinar Adjetivo

No tópico anterior, foram analisados o Direito Administrativo Disciplinar Substantivo e cada um de seus componentes. Essa separação metodológica se justifica para fins didáticos, pois, na dinâmica do desenvolvimento da atividade administrativa disciplinar, todos esses componentes devem estar presentes. O mesmo se diga em rela-

ção ao Direito Administrativo Disciplinar Adjetivo. Essa espécie jurídica envolve tão-somente o fenômeno da processualidade jurídico-estatal administrativa disciplinar, que se separa dos componentes do Direito Administrativo até então abordados.

Os processos administrativos disciplinares devem estar estabelecidos em diplomas jurídicos próprios, aplicando-se subsidiariamente a lei geral de processo administrativo. Eles são o instrumento jurídico próprio para a veiculação da atividade administrativa disciplinar estatal, dirigindo-se “a certas pessoas, qualificadamente determinadas, vinculadas ao Poder Público por elo especial de sujeição” (OLIVEIRA, 1985, p. 20). Esses processos canalizam o exercício da atividade administrativa disciplinar, que abrange as infrações relacionadas com o serviço, uma vez que a função ou atividade administrativa disciplinar “é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais de servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração” (MEIRELLES, 1998, p. 108-109).

Até aqui a expressão *processo administrativo* foi tomada no sentido amplo, ou seja, para designar a categoria que trata do fenômeno da processualidade jurídico-administrativa disciplinar estatal (fenômeno processual administrativo). Todavia, especificamente, é possível verificar espécies de instrumentos jurídicos que têm, por força de lei, o condão de veicular a manifestação estatal disciplinar e que são batizados de processo administrativo. Por exemplo, temos no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo três instrumentos jurídicos dessa natureza: i) a apuração preliminar; ii) a sindicância punitiva; e, iii) o processo administrativo disciplinar (sentido estrito). Todos eles são processos administrativos em sentido amplo, porém, cada um deles, em sentido estrito, possui um nome e regime jurídico próprio. Nesses termos, vemos que a apuração preliminar é utilizada quando não está definida a autoria ou ca-

racterizada a materialidade da falta disciplinar. Portanto, é meramente investigativa e não há contraditório nem ampla defesa. Os dois outros instrumentos jurídicos restringem direitos e são utilizados dependendo da natureza da falta disciplinar cometida. Em ambos deve haver o contraditório e a ampla defesa em obediência ao art. 5º, incisos LV e LIV, da Constituição Federal.

3. Conclusão

O agigantamento do Estado brasileiro e a necessidade de se aperfeiçoar o controle da Administração Pública obrigam o aperfeiçoamento do Direito Administrativo Disciplinar não só em termos legislativos e em termos doutrinários. Ainda que a relação entre Administração e servidor tenha sofrido influxos do novo modelo familiar – alterando a relação de autoridade, talvez para melhor – e também pela flexibilização do

poder hierárquico e disciplinar em face de problema econômico – ruim com o servidor, pior sem ele –, o fato é que as regras e princípios que o compõem são os mais eficazes para a satisfação do interesse público primário. Basta termos consciência deles e aplicá-los conforme os ditames do direito pátrio em vigor.

Bibliografia

- GARCÍA DE ENTERRIA, E.; FERNANDÉZ, T. *Curso de derecho administrativo II*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1995.
- LAZZARINI, A. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- OLIVEIRA, R. F. de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Quarenta séculos de codificação civil

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. Babilônia: o Código de Hamurabi. 2. Egito. 3. Judaísmo. 4. Índia: o Código de Manú. 5. China: Confúcio. 6. Grécia. 7. Roma: a Lei das XII Tábuas. 8. Cristianismo. 9. Roma: o “Corpus Juris Civilis” (o “Digesto” ou “Pandectas” e as “Institutas”). 10. Islamismo: o Alcorão. 11. Os Seminários e Universidades – glosadores e pós-glosadores. 12. Portugal e Brasil: as Ordenações do Reino. 13. A Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. 14. O Código Napoleão. 15. Savigny e a Escola Histórica do Direito. 16. A Pandectística germânica. 17. O Código Civil alemão (BGB). 18. Teixeira de Freitas: a Consolidação das Leis Civis e o Esboço do Código Civil brasileiro. 19. O Projeto Bevilacqua e o Código de 1916. 20. O constitucionalismo e a socialização do Direito no século XX. A metamorfose qualitativa e quantitativa do Direito Civil. 21. Os Projetos de novos Códigos. 22. O novo Código Civil: conteúdo, filosofia e método.

1. Babilônia: o Código de Hamurabi

Em 1902 foi encontrado em Susa, no Iraque, em escavações arqueológicas, o Código de Hamurabi, a mais antiga consolidação comprovada de leis, com origem aproximada de dois mil anos antes de nossa era. Foi gravado em monumental bloco de pedra negra (diorito), com mais de dois metros de altura, em escrita cuneiforme e traduzido pela missão francesa que o descobriu. Talvez por isso esteja exposto em uma das galerias do Museu do Louvre, em Paris. Na

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil pela UFMG.

sua parte superior, está esculpida, em alto relevo, a imagem de Hamurabi, rei do Império Babilônico, recebendo do Deus Sol (Shamash) as leis da justiça e da equidade, que teriam-se destacado por cerca de mil e quinhentos anos, até que outro monumento legislativo viesse enriquecer o patrimônio jurídico da humanidade: a Lei das XII Tábuas.

O Código de Hamurabi refletiu, em seus 282 artigos, acompanhados de prólogo e epílogo, a cultura da grande civilização babilônica, que se formou na fértil planície da Mesopotâmia, irrigada por canais entre os rios Tigre e Eufrates. Às margens deste, foi edificada a cidade de Babilônia, cujos jardins suspensos constituíram uma das sete maravilhas do mundo. Só muito depois surgiram Bagdá, Nabucodonossor e Saddam Hussein... Além do direito penal, seus preceitos regulavam o direito de família, em 65 artigos, a agricultura, o comércio, a escravidão, os contratos de compra e venda, locação, empréstimo, sociedade e comissão.

2. Egito

Outra grande civilização, contemporânea da anterior e com as mesmas características, formou-se no Egito, às margens do Nilo, a qual se projetou por seus Faraós, suas múmias, túmulos, templos e pirâmides monumentais e milenares. Mas faltou o registro, ou se perdeu, nos papiros e hieróglifos, da legislação egípcia.

3. Judaísmo

Em seguida, por volta de 1.300 a 1.400 antes de Cristo, sobreveio o Código dos Hebreus ou Lei Mosaica, a partir do Decálogo e compreendendo o Pentatêuco, sobretudo o Deuterônomo, contendo os preceitos religiosos, morais, civis e até políticos da civilização judaica.

4. Índia: o Código de Manú

Vem depois, em torno de 1.000 anos antes de Cristo, o Código de Manú, indiscuti-

vel texto jurídico-religioso que reflete a civilização da Índia de então, que se formou também às margens de seus grandes rios. Suas fontes são os Vedas, livros sagrados dos brâmanes ou classe sacerdotal, predominante no regime de castas em vigor. Coincide com o período da Índia ariana. Sobrevieram o budismo, a Índia britânica, a Índia nacionalista de Gandhi e a independência em meados do século XX.

5. China: Confúcio

Para completar a referência ao direito mesclado de moral e religião, merecem destaque os preceitos chineses atribuídos a Confúcio (500 a.C.), cuja característica maior é a prevalência dos deveres sobre os direitos subjetivos na conduta humana. A civilização moderna bem que poderia se inspirar nessas regras e não exacerbar na proclamação dos direitos do cidadão, com menosprezo até dos interesses superiores da coletividade. O sindicalismo radical é um exemplo, fomentando a luta de classes.

6. Grécia

Na mesma época se destacou a civilização grega, que primou pela cultura filosófica e artística. A lógica e a retórica gregas influenciaram o Direito Romano e a civilização ocidental. Destacaram-se, como legisladores, Sólon em Atenas e Licurgo em Esparta, além de Dracon, pelo rigor de suas leis.

7. Roma: a Lei das XII Tábuas

E assim chegamos aos cultores do Direito por excelência: os romanos. Com suas conquistas e intercâmbios, absorveram as experiências dos povos conquistados. A luta de classes entre patrícios e plebeus desencadeou a revolta destes e a famosa greve, refugiando-se no Monte Aventino, em Roma, e bradando por leis escritas. Estas vieram através das XII Tábuas (454 a.C.), superando o Código de Hamurabi. Tão im-

portante foi essa Lei, como fator de segurança individual e de conquista democrática, que os estudantes a decoraram e recitaram nas escolas como poesia obrigatória (“*car-men necessarium*”).

8. *Cristianismo*

Não poderia faltar a referência ao cristianismo, que dividiu o mundo em duas épocas: antes e depois de Cristo. Mais do que um código e uma legislação, constituiu uma religião e uma doutrina, consagrando valores humanos e sociais. Doutrina mais do que do respeito, mas do amor ao próximo e do perdão das ofensas. Seus preceitos compõem os Evangelhos, as Encíclicas papais e demais documentos eclesiásticos, inclusive compilações jurídicas da Idade Média (“*corpus juris canonici*”) e o próprio Código de Direito Canônico de 1917, com destaque para o direito matrimonial.

9. *Roma: o “Corpus Juris Civilis” (o “Digesto” ou “Pandectas” e as “Institutas”)*

E assim chegamos ao “*Corpus Juris Civilis*” do Imperador Justiniano (século VI de nossa era). Trata-se de obra legislativa estritamente jurídica. Segundo o parecer de Guillermo CABANELLAS (1979, p. 382), constitui “o esforço legislativo mais extraordinário da História, realizado entre as Idades Antiga e Média. A glória, pela iniciativa e o alento, se deve a Justiniano; e o mérito técnico a seus laboriosos e sagazes jurisconsultos e assessores”.

Sua parte principal – “*Digesto aut Pandectas*” – por si já revela o conteúdo: digerido, ordenado, contém tudo. Uma comissão dos 16 jurisconsultos mais notáveis da época examinou e resumiu mais de 1.600 livros de doutrina, pareceres e jurisprudência que representavam um milênio de atividade intensa e cultura jurídica dos romanos desde a Lei das XII Tábuas. Trata, sobretudo, de direitos reais, obrigações, direitos pessoais e das sucessões. Segundo o mesmo tratadista

CABANELLAS (p. 717), “constitui o monumento jurídico maior de todos os tempos e a base das modernas legislações, sobretudo na ordem civil”. Além de codificar tecnicamente o Direito Civil em suas partes essenciais, Justiniano ainda se preocupou com o seu ensino didático, para o que elaborou também as “*Institutas*”, manual clássico de Direito Civil romano.

10. *Islamismo: o Alcorão*

Contemporâneo do “*Corpus Juris Civilis*”, o profeta Maomé teria recebido de Alah os preceitos religiosos, morais e jurídicos que compõem as fontes do Direito Muçulmano, contido no Alcorão. Destaca-se neste o direito matrimonial. Tal o prestígio do Alcorão e o fanatismo de seus seguidores que um de seus líderes ordenou o incêndio da biblioteca de Alexandria, ao fundamento de que nada havia em todos os seus livros que não se contivesse no livro sagrado. Há cerca de dez anos, um escritor anglo-indiano foi condenado à morte pela autoridade iraniana, por ter considerado “satânicos” versos contidos no Alcorão. O Islã se irradiou do mundo árabe para a Ásia, África e Europa, conquistando milhões de adeptos.

11. *Os Seminários e Universidades – glosadores e pós-glosadores*

Talvez devido ao êxito de Maomé e à propagação do islamismo, o Direito Romano contido no Digesto teve dois destinos: como direito positivo, sobreviveu nos territórios conquistados, inclusive vigorou intacto até meados do século XX em algumas regiões da Espanha; mas, como doutrina e princípios jurídicos, ficou paralisado ou amortecido por mais de cinco séculos. Só a partir do início do segundo milênio de nossa era, começou a despontar como monumento jurídico, nos Seminários, nas Universidades e, por meio de seu estudo, pelos glosadores e pós-glosadores. A Universidade de Bolonha já não demora a completar um milênio de existência. A Sorbone e Coimbra vieram

depois, entre outras. Esta última com grande influência na cultura jurídica brasileira até a criação dos cursos jurídicos em Olin-da e São Paulo, em 11 de agosto de 1827. As Pandectas romanas foram o seu grande manancial de cultura jurídico-civilística, fonte geradora dos códigos civis da era moderna.

12. Portugal e Brasil: as Ordenações do Reino

Na seqüência do Digesto romano e interessando aos brasileiros, sobrevieram as Ordenações do Reino de Portugal (Afon-sinas, Manuelinas e Filipinas). Estas últimas, de 1603, vigoraram no Brasil por mais de 300 anos, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

13. A Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

No final do século XVIII, imperavam na França o Rei, a aristocracia, o clero e os senhores feudais. A Revolução constituiu o fato histórico em defesa da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Seu momento culminante consistiu na queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, data nacional da França, e na libertação dos prisioneiros do velho regime. Seguiram-se o fim da monarquia e dos privilégios feudais, a Assembléia Nacional Constituinte, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte.

14. O Código Napoleão

Napoleão nomeou uma comissão para elaborar o Código Civil francês. Dela participaram Tronchet, presidente do Tribunal de Cassação, e o jurista Portalis, principais autores do Código. A muitas reuniões e debates da Comissão compareceu o próprio Imperador, com opiniões acatadas, inclusive na desconsideração da doação como contrato. Predominaram as doutrinas dos ju-

ristas Pothier e Domat, de formação romanista. Entrou em vigor em 1804, já se aproximando a comemoração de seu bicentenário. Passou depois a se chamar Código Napoleão.

Grandes debates se travaram em torno do Código no decorrer de todo o século XIX. A Escola da exegese o exaltou, como fator de segurança do cidadão, de sistematização e de desenvolvimento científico do Direito, enquanto a Escola Histórica, liderada por Savigny, o condenou como obstáculo ao progresso e à atualização do Direito. Muitas obras jurídicas ou comentários surgiram sobre o Código, ora em forma de sistema ora em forma exegética ou analítica na seqüência de seus 2.281 artigos. Tornou-se um novo marco no desenvolvimento do direito privado durante todo o século XIX.

O Código Napoleão serviu de modelo para muitos países, que o adotaram total ou parcialmente, a ponto de Jean CRUET, citado por ALTAVILA (1989), sentenciar:

“Há, nos anais da humanidade, dois prodigiosos exemplos de imitação jurídica: a expansão do Direito Romano e a irradiação do Código de Napoleão”.

E Napoleão mesmo veio a proclamar em Santa Helena:

“Minha verdadeira glória não está em ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que não se apagará, o que viverá eternamente é o meu Código Civil”.

15. Savigny e a Escola Histórica do Direito

Tornou-se conhecido o debate ocorrido a partir de 1814, dez anos após a vigência do Código Civil francês, envolvendo os juristas alemães Savigny e Thibaut. Este publicou um artigo sob o título: “Da necessidade de um código civil para a Alemanha”. Savigny respondeu com outra publicação, que passou a se considerar o manifesto da

Escola Histórica do Direito, sob o título: “Da vocação de nosso século para a codificação e a jurisprudência”. Com as suas teses, Savigny conseguiu protelar até o final do século XIX a elaboração de um código civil para toda a Alemanha, mas não lhe foi possível evitá-lo.

16. *A Pandectística germânica*

O próprio Saviagny e outros juristas alemães, com destaque para Windscheid, passaram a trabalhar intensamente sobre o fértil potencial do Digesto ou Pandectas dos romanos, levando às últimas conseqüências os conceitos e o sistema do Direito Romano. Esse laborioso empreendimento passou à história da civilística como “pandectística germânica”. Sobre esse alicerce, levantou-se o edifício da codificação civil na Alemanha, em 1896, com vigência em 1900, considerado ainda hoje um monumento de técnica jurídica, suplantando o Código Napoleão.

17. *O Código Civil alemão (BGB)*

Como principal inovação, destaca-se a existência da Parte Geral, regulando as pessoas, os bens e os fatos jurídicos, ou seja, os sujeitos ou titulares dos direitos subjetivos, os objetos desses direitos e os vínculos geradores dos mesmos. Na parte especial, as obrigações se antepõem aos direitos reais, seguindo-se o direito de família e o das sucessões, de forma mais lógica e didática. O direito real passou a depender da tradição ou da transcrição do título ou contrato no registro público, tal como no Direito Romano. Pelo sistema francês, o próprio contrato gera o direito real, com menos segurança para terceiros. Outra inovação consistiu no emprego da cláusula geral da boa-fé objetiva no comportamento das partes, funcionando como válvula ou mola flexibilizadora que concilia o Código com a evolução do Direito Civil. Não obstante tais inovações e aperfeiçoamentos técnico-jurídicos, o BGB permaneceu um Código do liberalismo econômico e, no parecer de juristas, “não ofere-

cia soluções aos grandes conflitos sociais que ameaçavam as instituições do Direito Privado no final dos oitocentos. Quando surgiu, a hora e vez do liberalismo e do positivismo já estavam passando”. (WIEACKER apud ANDRADE, 1997, p. 89-90).

18. *Teixeira de Freitas: a Consolidação das Leis Civis e o Esboço do Código Civil brasileiro*

No Brasil, o jurista baiano, formado em Olinda, Augusto Teixeira de Freitas foi contratado, em 1851, para

“consolidar toda a legislação civil pátria, mostrando o último estágio, por títulos e artigos, contendo, em disposições claras e sucintas, as disposições em vigor”.

Apesar das dificuldades enfrentadas com a legislação confusa e volumosa, inclusive a portuguesa aqui vigente, a Consolidação ficou pronta em 1857, precedida de uma introdução magistral, contendo a síntese doutrinária dos grandes temas da civilística, ao nível da pandectística germânica.

Diante do êxito extraordinário desse trabalho preliminar, Teixeira de Freitas foi contratado, em 1859, para elaborar o projeto do Código Civil. Concluiu o que modestamente denominou de Esboço, com 4.906 artigos. Não obstante, reexaminando o projeto, chegou à conclusão de que o mesmo deveria incluir as obrigações mercantis, contidas no Código Comercial de 1850. Não teria sentido a dupla legislação sobre matéria com a mesma estrutura. Propôs a mudança, em carta de 20.09.1867 ao Ministro da Justiça, com os seguintes fundamentos:

“... e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo que exija um Código do Comércio.

.....
Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que se deu o nome

de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário como outra satisfação da existência.

.....
Tal é o plano, que nos permitirá erigir um monumento glorioso, plantar as verdadeiras bases da codificação, prestar à ciência um serviço assinalado”. (Revista de Direito Civil, RT, v. 1, pp. 362 a 367).

Com a sua tese, Teixeira de Freitas teve o apoio do comercialista italiano Vivante e a consagração do Código Suíço das Obrigações e do Código Civil italiano de 1942, além do novo Código Civil brasileiro. Antecipou-se, ainda, ao Código Civil alemão, com a inclusão da Parte Geral. Não obstante, sua proposta de alteração não foi aceita pelo Ministro, que rescindiu o contrato em 1872.

O Esboço de Freitas foi útil na elaboração do Código Civil argentino, conforme reconheceu seu autor, Velez Sarsfield, em carta ao Ministro da Justiça, em que declarou “que se serviu sobretudo do projeto de Código Civil que está sendo feito para o Brasil pelo senhor Freitas, do qual tomei muitíssimos artigos”. E, assim, a Argentina precedeu ao Brasil na aprovação de um Código Civil (1871), assim como o Chile (1857), graças à atuação de Andres Bello, jurista venezuelano que estudou e viveu na Inglaterra por vinte anos.

19. O Projeto Bevilacqua e o Código de 1916

Depois de mais três tentativas frustradas (Projetos Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues), o Brasil teve afinal o Projeto elaborado por Clovis Bevilacqua em 1899. Após muitas discussões, veio a ser aprovado, sancionado e publicado em 1º de janeiro de 1916, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1917. Esse Código teve as mesmas qualidades e defeitos do

Código Civil alemão, conforme salientado a propósito deste. Já nasceu defasado e superado pelas novas condições econômicas, sociais e políticas provocadas pelos impactos da Revolução Industrial e da 1ª Guerra Mundial de 1914 a 1918.

20. O constitucionalismo e a socialização do Direito no século XX. A metamorfose qualitativa e quantitativa do Direito Civil

As Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e sobretudo da Alemanha (Weimar, 1919) apontaram para os novos rumos da socialização do Direito Privado. Além disso, a Revolução Industrial, o urbanismo, o avanço científico e tecnológico, associados a outros fatores, provocaram a expansão do Direito Civil, que não se conteve nos limites do Código e se projetou nas leis especiais ou microsistemas paralelos.

Chegamos a assistir à mudança na concepção e finalidade dos códigos civis, quanto ao seu conteúdo e à sua função. A metamorfose é qualitativa e quantitativa. Perderam o caráter totalizador e globalizante do Direito Civil. Restou a missão de sistema ou núcleo centralizador, coordenador e harmonizador desse direito. Predominam os novos princípios, as cláusulas gerais, a abertura e a flexibilização para acompanhar as mudanças sociais. A mudança qualitativa compreende o método, a técnica e os princípios. Estes consagram a socialização e a personalização do Direito Civil.

21. Os Projetos de novos Códigos

Novos Projetos foram elaborados, vinculados a nomes de renomados civilistas. Tivemos, em 1941, o Projeto de Código das Obrigações de Orosimbo Nonato, Hahne-mann Guimarães e Philadelpho Azevedo; novo Projeto de Código das Obrigações de Caio Mário e de Código Civil de Orlando Gomes, encaminhados ao Congresso em 1965 e dali retirados.

Finalmente, em 1969, constituiu-se uma Comissão coordenada pelo jusfilósofo Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, composta pelos juristas José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Neves de Arruda Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial ou Direito de Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões), para elaborar o Anteprojeto do novo Código. Em 1972, foi concluído o Anteprojeto e publicado a fim de receber críticas e sugestões. Transformado no Projeto de Lei nº 634, de 1975, do Poder Executivo, foi enviado ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 160/75. Decorridos 30 anos de discussões, revisões e adaptações, o novo Código, com 2.046 artigos, veio a entrar em vigor aos 11 de janeiro de 2003, ex vi do art. 2.044 da Lei 10.406, de 10.01.02.

22. O novo Código Civil: conteúdo, filosofia e método

Durante a gestação do Código, sobreveio nova Constituição, em 1988, cognominada de “Constituição cidadã”, que se adaptou inteiramente aos novos rumos socializantes iniciados desde a Constituição de 1934. Mas o caráter de cidadã se deve à nova meta personalista, ao contrário da natureza patrimonialista do Código de 1916, que valorizava o proprietário, o credor, o patrão e o locador. O destaque agora é a pessoa, a família, o consumidor, o carente, de forma a alargar a esfera de proteção do Direito Civil. Por isso, o novo Código não contém todo o Direito Civil, como no sistema do século XIX. Além da expansão dos fatos sociais, com projeção nas leis especiais e nos microssistemas (mudança quantitativa), houve mudança qualitativa, principiológica ou filosófica, consistente esta na socialização e na personalização dos direitos. Para completar, houve mudança de método, de técnica, por meio da abertura, da flexibilização e das

cláusulas gerais, a fim de assegurar a maleabilidade e a sobrevivência do Código.

E, assim, o novo Direito Civil caminha no sentido de concretizar os ideais de liberdade e de igualdade real dos cidadãos, ou pelo menos de atenuar as desigualdades sociais.

Bibliografia

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A evolução do direito civil brasileiro*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 7, n. 24, p. 74-89, abr./jun. 1983.

ANDRADE, Fábio S. de. *Da codificação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1979.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COTRIN NETO, A. B. O direito romano em face do direito babilônio: uma vinculação a desvendar. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 6, n. 20, p. 26-35, abr./jun. 1982.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica, 1957.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Britânica, 1976.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Codificação. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. IX, p. 83-105, [19--?].

GARCIA, Manuel Alonso. *La codificación del derecho*. Madrid, 1957.

MEIRA, Sílvio. *Os códigos civis e a felicidade dos povos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n. 117, p. 397-418, jan./mar. 1993.

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

ORLANDO, Gomes. *Raízes históricas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso, [19--?].

MIRANDA, F.C. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

SCHIPANI, Sandro. *Diritto romano, codificazioni e unificazioni del diritto*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n. 14, p. 15-29, [19--?].

VALADÃO, Haroldo. *História do direito, espec. do dir brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos et al. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O tratamento constitucional do sigilo da correspondência

Walter Nunes da Silva Júnior

Sumário

1. Esclarecimentos iniciais. 2. Escorço histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro. 3. Alcance da expressão sigilo de correspondência. 4. O sigilo da correspondência no Direito estrangeiro. 5. Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência. 5.1. Garantias constitucionais como limitações ao direito de punir do Estado. 5.2. Os direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam. 5.3. Interpretação sistêmica. 6. Conclusão.

1. Esclarecimentos iniciais

Conquanto existam vários escritos sobre as hipóteses de admissibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, não se vê preocupação doutrinária quanto à investigação científica sobre os contornos do sigilo da correspondência, a fim de esclarecer pontos que recalcitram em permanecer obscuros. Alguns processualistas penais, de forma simplista, têm manifestado o entendimento de que, *proibida a violação de correspondência, ilícita também a sua interceptação ou apreensão* (cf. MIRABETE, 2002, p. 320; TOURINHO FILHO, 1990, p. 319), tratando da referida garantia como se ela estivesse plasmada em um direito fundamental absoluto, que não enxerga limites.

O pensamento central desenvolvido ao longo deste trabalho segue a orientação filosófica segundo a qual não há direito absoluto, por mais fundamental que ele seja,

Walter Nunes da Silva Júnior é Juiz Federal.

pois eles são herterônomos e autolimitam-se entre si, para que seja possível a convivência harmônica. Tem-se, assim, que, mesmo quando a Constituição não faz qualquer ressalva, deve-se entender que a garantia constitucional não é absoluta, uma vez que os direitos fundamentais têm limites iminentes ou implícitos.

Na dedução lógica da exposição, em primeiro momento, faz-se o bosquejo histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro que, a despeito do assegurado em todas as nossas Constituições, tendo merecido destaque já na Carta Imperial de 1824, nunca foi previsto como uma garantia de ordem absoluta, sempre sendo admissível a sua restrição no âmbito criminal. Em passo seguinte, faz-se uma necessária digressão para precisar o alcance da expressão sigilo da correspondência, uma vez que há posição do Supremo Tribunal Federal fazendo a distinção entre carta e encomenda, no sentido de excluir esta da proteção constitucional.

A fim de ter uma visão do tratamento dispensado ao tema no Direito Comparado, destinou-se o tópico 4 para analisar as Constituições e as doutrinas da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, além da jurisprudência de alguns desses países. Em vez de seguir o critério adotado por MIRANDA¹, de que quatro são as famílias constitucionais da atualidade – inglesa, norte-americana, francesa e soviética –, e daí fazer o estudo comparatista levando em consideração a posição de cada um desses países, preferiu-se eleger como paradigma justamente aqueles países cujas Constituições influenciaram fortemente o constituinte de 1988. Nesse estudo comparativo, observa-se que os países analisados não fazem distinção entre o sigilo da correspondência e o da comunicação telefônica e, muito embora os coloque como direitos fundamentais, estabelecem limites para ambas as formas de transmissão de mensagem.

No último momento, são expostas as razões pelas quais não é razoável defender

que a correspondência é insusceptível de interceptação ou que o seu segredo não pode ser revelado, porquanto nem mesmo o direito à vida, o direito fundamental em torno do qual gravitam todos os demais, encerra uma garantia constitucional absoluta, na medida em que, no exercício do poder de polícia, o agente do Estado pode, para a manutenção da segurança pública, usar de força capaz de resultar na morte do autor de comportamento ilícito. Demonstra-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é calcada no fundamento de que, no nosso sistema jurídico, não há direito fundamental absoluto e que a Corte Suprema já se pronunciou sobre a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que autoriza o administrador penitenciário restringir o sigilo da correspondência do detento.

2. Escorço histórico do sigilo das comunicações no Direito brasileiro

O constituinte de 1988, repetindo idéia constitucional anterior, asseverou, no art. 5º, inciso X, que são *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, para acrescentar, no inciso XII, que é *inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Manteve-se, assim, a tradição de nosso Direito Constitucional que reside em estatuir o sigilo da correspondência como direito fundamental da pessoa.

Com efeito, o sigilo da correspondência vem sendo constitucionalmente assegurado desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, pois nela está expresso, em seu art. 179, 27, que *o segredo das cartas é inviolável*². Regulamentando o princípio constitucional, o legislador do Código Criminal do Império, nos arts. 215, 216, 217 e 218, entendeu que se tratava de direito relativo, de modo que não vedou a utilização

das missivas no processos criminais, senão aquelas *tiradas do correio maliciosamente sem autorização do destinatário, ou da mão do portador particular, por qualquer maneira que seja [...]* (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 65).

O tratamento constitucional sobre o sigilo da correspondência não sofreu alteração de conteúdo com as Constituições de 1891 e de 1934, tendo ambas disciplinado a matéria com enunciado idêntico – arts. 72, § 18, e 113, 8, respectivamente – ao dizer que *é inviolável o sigilo da correspondência*. A Carta de 1937, com seu cunho ditatorial, assegurava, no art. 122, 6, *a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções previstas em lei*, deixando expressa, aqui, a possibilidade de que a garantia viesse a ser quebrada, conquanto prevista a hipótese em lei ordinária. Sob a batuta da Constituição de 1937, veio a lume o atual Código de Processo Penal, que, no art. 233, tornou defesa a admissibilidade das cartas particulares como prova apenas quando *interceptadas ou obtidas por meios criminosos*.

A Constituição de 1946, que representou a redemocratização do País, no art. 141, § 6º, dizia que *é inviolável o sigilo da correspondência*, não prevendo nenhuma ressalva como fizera a de 1937, mas, mesmo assim, durante a sua vigência, não se questionou a adequação do art. 233 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional. Na época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era até mais elástico, na medida em que admitia a quebra do sigilo da correspondência até mesmo para fins não penais, como se colhe da análise do acórdão no recurso em mandado de segurança nº 11.274, julgado em 27.11.63, lavrado pelo então Ministro Evandro Lins e Silva, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais³.

Mantendo a tradição do nosso Direito, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, deixou estampado, no art. 153, § 9º, que *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*, trazendo como novidade apenas a inserção das co-

municações telegráficas e telefônicas como garantias constitucionais. A despeito do enunciado constitucional em exame, não havia dúvidas quanto à possibilidade de as cartas particulares serem interceptadas ou obtidas, a fim de que fossem utilizadas como prova em processo criminal, ressalvando-se apenas a rejeição quando obtidas por meios ilícitos. O art. 233 do Código de Processo Penal, por conseguinte, durante todo esse tempo, sempre foi aceito sem maiores contestações.

Todavia, como se observa da redação do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, a dicção normativa constitucional atual referente ao sigilo das comunicações, a par de agregar à garantia do sigilo as comunicações de dados, fez a ressalva da possibilidade de limitar esse direito fundamental *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*. Até aí não se tem nenhuma inovação de monta maior, todavia, tal como redigida a ressalva, em interpretação literal, o exegeta é levado a concluir que a exceção se dirige apenas às comunicações telefônicas, o que implica reconhecer, nessa linha de raciocínio, que as outras formas de comunicação encontram-se protegidas de forma absoluta, de modo que em nenhuma hipótese podem elas ser objeto de interceptação ou de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação. Nessa ordem de idéias, o sigilo da correspondência seria absoluto, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, a quebra dessa garantia constitucional.

3. Alcance da expressão sigilo da correspondência

Antes de passar a esmiuçar o que se entende por correspondência, cabe realçar que, para se tornar efetiva a garantia de sigilo desse meio de comunicação, a Constituição, no art. 21, X, confere à União a competência exclusiva para a prestação do serviço postal, atribuição a ser exercida pela administração direta ou por delegação. O monopó-

lio do serviço postal, como forma de tornar efetiva a garantia do sigilo da correspondência, como não poderia deixar de ser, igualmente mereceu a atenção dos constituintes nas constituições brasileiras pretéritas, caracterizando-se como poder-dever conferido à União, em monopólio estatal. Consoante magistério haurido do constitucionalista FERREIRA (1989, p. 239), o monopólio do Estado a respeito do serviço de correio vem desde 1797. Mais adiante, acrescenta o renomado doutrinador que o Brasil aderiu a diversos atos e convenções concernentes ao regime postal, mencionando entre eles: o Tratado de Berna, de 1874, pelo Decreto nº 6.581, de 25.05.1877; a Convenção Postal Universal de Paris, pelo Decreto nº 7.229, de 29.3.1879; a Convenção Postal Universal de Washington, pelo Decreto 531, de 17.12.1906, além de outras Convenções Postais, como a de Roma de 1906, a de Madri de 1920, a Pan-Americana de 1921 e a de Estocolmo em 1924.

CRETELLA JÚNIOR (1990), em comentários à Constituição de 1988, analisando o tratamento dispensado pelas Constituições ao assunto, afirma que

“A Constituição de 1891, art. 34, 15, falava, tão-só, em ‘legislar sobre serviço de correios e telégrafos nacionais’. A Constituição de 1934, art. 5º, VII, preferiu a fórmula ‘manter o serviço de correio’ e, no mesmo sentido, foi a orientação da Carta de 1937, art. 15, VI. A Constituição de 1946, art. 5º, XI, é precisa ao determinar: ‘manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional’.”

Registre-se, ainda, que a Constituição Federal de 1967, no inciso XII do art. 8º, deixou expresso competir à União Federal, apenas, *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*. A Constituição em vigor, repetindo a idéia da anterior, expôs, no art. 21, X, ser da competência da União *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*.

Desse modo, reconhecer-se-ia que a União Federal detém, por desejo dos consti-

tuintes, o *poder-dever ou dever-poder* de exercer os serviços de correio que interessam a todo o grupo social. A atividade postal, em sua essência, não merece a consideração pelo constituinte pelo fato de constituir-se em elemento de *integração nacional*, sendo relevante a sua disciplina por ordem de *segurança nacional* e por se tratar de *serviço de relevante interesse coletivo*, principalmente tendo em conta a necessária preservação do sigilo das correspondências, mas também em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro perante Estados estrangeiros, pois é espécie de serviço que extrapola os limites internos dos países, transformando-se em questão afeta à ordem internacional.

Outrora, a União Federal mantinha esse serviço por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, órgão sem personalidade jurídica, integrante do Ministério da Viação e Obras Públicas. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 509, de 20.03.69, criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública federal de personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada ao Ministério das Comunicações.

O serviço postal, prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em virtude de delegação de competência, encontra-se, hodiernamente, regulado na Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, e no Decreto nº 83.858, de 15 de agosto de 1979. Não é gratuito, mas sim pago pelo usuário por meio de uma tarifa – preço público – cobrada com a venda do selo que deve estar estampado no documento postal.

Mas, o que é correspondência, enquanto objeto jurídico da tutela constitucional? Em compasso com a Lei nº 6.538/78 (art. 9º), o monopólio do serviço postal confiado à ECT se circunscreve a três atividades: a) distribuição de carta e cartão-postal; b) distribuição de correspondência agrupada; e c) emissão de selo.

De qualquer forma, impõe-se definir quais os papéis que se inserem na qualificação de *carta*, *cartão-postal* ou *correspondência*

agrupada. O legislador, no desiderato de escoimar divergência, em interpretação autêntica, no art. 47 do Diploma Legal em referência, asserre:

“CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL – objeto de correspondência de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA – reunião, em volume de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.”

J. CRETELLA JÚNIOR (1990, p. 1364), imiscuindo-se no assunto, entende que o

“serviço postal abrange o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega em domicílio, colocada à disposição do destinatário nas próprias dependências do Correio, de (a) correspondência (carta, cartão-postal, impresso, ecograma), (b) encomendas ou objetos, valores (dinheiro, ordem de pagamento, recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista).”

Agrega CRETELLA JÚNIOR (1990) que *não existe infração à Constituição o serviço postal do Estado-membro para a própria correspondência, o mesmo ocorrendo com o Município, com o Distrito Federal e com os Territórios*. Dentro dessa linha de idéias, defende também não constituir infração o serviço postal próprio ou interno, consistente na comunicação epistolar na empresa da matriz para as filiais, a exemplo do que se verifica com diversas editoras, que transportam livros de uma loja para outra.

Noutro passo, sustenta que se encontra excluído, ainda, do monopólio o serviço postal quando *o expedidor, pessoalmente ou por empregado seu, nos negócios de sua economia, efetua o transporte*.” Nesse contexto, assevera que *a correspondência comercial bancária, compreendendo manuscritos e impressos, está excluída do monopólio postal, salvo quando as correspondências estiverem fechadas em forma de carta*. (CRETELLA JÚNIOR, 1990).

Por fim, ao analisar a definição de carta no art. 47 da Lei nº 6.538/78, deduz que *sem mensagem ou comunicação escrita entre “remetente” e “destinatário”, inexistente carta ou missiva*. Assim, *títulos, valores e documentos não configuram a “carta”*. (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 1368).

No apreciar embargos infringentes interpostos pela Epatil do ABC – Prestação de Serviços Ltda – empresa que fez a consulta ao ínclito Professor Celso Bastos –, o Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por maioria de votos, tendo como relator funcionado o Juiz Ari Pargendler, decidiu que se compreende no monopólio postal toda espécie de comunicação de negócios, de débito pela prestação de serviços, de vencimentos de obrigações, ou seja, tudo aquilo que pode ser concebido, dentro da ótica legal, no conceito de carta⁴.

Em situação outra, em que se discutia quanto à permissibilidade do recebimento, transporte e distribuição de avisos bancários por empresa prestadora de serviços distinta da ECT, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sem discrepância de entendimento, decidiu que, nesse caso, não há afronta ao monopólio postal da União, pois não se inclui no conceito de carta o aviso bancário. De fato, naquele julgamento, o aresto assim ficou ementado:

“Constitucional. Apreensão de documentos bancários da Assessoria Postal Ltda. pela ECT. Monopólio Postal. Lei nº 6.538/78 e OSP nº 039/80. I – O recebimento, o transporte e a distribuição de avisos de vencimen-

tos bancários não se inclui no conceito de 'carta' contido na Lei nº 6.538/78, não se enquadrando, portanto, em qualquer das hipóteses acima, no monopólio postal da União (OSP nº 039/80). II – Remessa Oficial desprovida” (IOB 11/91).

A Colenda Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, contudo, ao ter em mesa para exame processo em que se discutia se a entrega domiciliar de avisos de lançamento e guias de recolhimento de impostos violentava o monopólio estatal, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em votação unânime, assim decidiu:

“ADMINISTRATIVO – MONOPÓLIO POSTAL – NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – LEI Nº 6.538/78. Os carnês de notificação de lançamento tributário constituem carta. Por isto, sua distribuição integra monopólio da ECT (Lei nº 6.538/78 – arts. 9º e 47)” (Lex 44/133).

Voltando os olhos para o tema deste estudo, cabe lembrar que o Decreto nº 83.858, de 15.08.79, no art. 17, alínea “n”, exclui, peremptoriamente, do monopólio da União, “o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público”. Tem-se, assim, que o documento entregue aos consumidores, com a leitura dos hidrômetros e os respectivos valores das contas de consumo de água, não está inserido no conceito de “carta”, preceituado no art. 47 da Lei nº 6.538/78.

Até porque Carta é, na definição colhida do Aurélio, *a comunicação manuscrita ou impressa e devidamente acondicionada, remetida a uma ou várias pessoas*. Mas essa comunicação diz respeito à *mensagem*, no sentido de *missiva*. Não deve ser considerado como tal, por exemplo, o aviso de vencimento, porquanto corresponde à cobrança, que é o exercício do direito de ação extrajudicial, não se confundindo com mensagem

(comunicação). Com o seu encaminhamento à outra parte, não se está fazendo comunicação, no sentido de informá-la a respeito de algo, mas propriamente cobrando o que lhe é devido.

É o que ocorre com a entrega das contas de consumo de água. A concessionária, nesse caso, não está se correspondendo, no sentido de epistolar com a outra pessoa, e sim cobrando aos consumidores a importância que lhe há de ser paga, pelo fato de o consumo de água, em determinado período, ter correspondido àquele valor constante no documento apresentado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso ordinário em *habeas corpus*, por meio de sua Quinta Turma, em votação unânime, fez a distinção entre carta e encomenda, no escopo de estabelecer que tutela do sigilo da correspondência, plasmada na Constituição, abrange apenas as missivas trocadas entre pessoas, daí por que não há ofensa à Carta Maior a determinação de apreensão na agência dos correios de brinquedo contendo em seu interior substância entorpecente. Pela clareza com que redigida, merece transcrição a ementa do acórdão, vazada nos seguintes termos:

“Penal. Processual. Tigre de pelúcia contendo cocaína. Apreensão de encomenda na agência dos correios antes de ser entregue ao destinatário. Ação penal. Prova ilícita. Quebra de sigilo de correspondência.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).

2. A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.

3. Recurso Ordinário conhecido

mas não provido.” (DJU de 2.4.01, p. 311)⁵ BRASIL (2003a).

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado em apreciação, absteve-se de esmiuçar o alcance da garantia constitucional do sigilo da correspondência, evitando enfrentar a discussão a respeito do seu caráter absoluto ou relativo. Resolveu a questão fazendo a distinção entre *encomenda e correspondência*, para, daí, concluir que a primeira modalidade de comunicação não está tutelada pela norma constitucional.

4. O sigilo da correspondência no Direito estrangeiro

No exame do Direito comparado, verifica-se que o sigilo da correspondência sempre vem reconhecido como garantia fundamental dos cidadãos⁶. Na França, em um primeiro instante, a Assembléia Nacional, ainda em 1789, deparou-se com a discussão quanto à licitude da violação do segredo contido em carta, para fins de investigação de atos contra-revolucionários. Defendia-se a legitimidade do uso desse instrumento probatório, ao argumento de que os atos conspiratórios, praticados em uma situação de guerra como a que estava vivendo o povo francês, justificavam o uso de força mais cogente para coibir as condutas. No entanto, findou prevalecendo entendimento sedimentado em texto histórico de Cícero, que repudiava a utilização de cartas trocadas entre marido e mulher e amigos (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 65), de modo que a assembléia manteve o segredo das cartas⁷.

Agrega João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR (1960, p. 66), com suporte em doutrina de Helie, que mais tarde a doutrina francesa fez distinção no sentido de que as *cartas dirigidas ao indiciado – ou que emanam dele – podem ser apreendidas pelo juiz de instrução na repartição dos correios; as cartas dirigidas a terceiro e que não emanam do indiciado, essas não podem ser apreendidas*. Desse modo, no sistema francês, o sigilo da correspon-

dência não é absoluto, podendo ocorrer, assim, a utilização da carta em processo criminal. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembléia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que expressamente admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei. No Direito francês, não há manifestação normativa específica sobre os limites do sigilo da correspondência, mas a doutrina evoluiu para entender que é possível a revelação do segredo contido na missiva, desde que mediante ordem judicial.

O Direito alemão, que construiu a dogmática do princípio da proporcionalidade, contempla a inviolabilidade da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, dando-lhes o mesmo tratamento; todavia, na primeira parte do nº 2 do art. 10, esclarece que “só podem ser ordenadas limitações com base numa lei”⁸. Especificamente em relação à proibição da produção de provas em respeito a garantias fundamentais registradas na Constituição Alemã, o Tribunal Constitucional daquele país tem sufragado o *princípio da ponderação de interesses*, que dá orientação hermenêutica no sentido de que “... há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade” (ANDRADE, 1992, p. 28).

Em exame do *leading case*, julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional Alemã, conhecido como o *caso do diário*, ANDRADE (p. 31) informa que o *princípio geral de ponderação* coloca em primeiro plano a efetivação da justiça penal, cuja realização justifica e legitima o sacrifício de direitos fundamentais, daí por que

“(...) à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordiná-

rio um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave”.

ALEXY (2001, p. 87), doutrinador alemão que é referência obrigatória no trato dos direitos fundamentais, elaborou consistente teoria sobre essa espécie de direitos e deduziu, com desenganada inteligência, as bases científicas para a solução da colisão entre eles. Certo de que a aplicação independente de duas regras fundamentais conduz o intérprete a resultados incompatíveis, [...] *es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios*, ensina o festejado jurista que, quando há o atrito entre dois princípios fundamentais, como no caso em que um encerra uma permissão e o outro uma proibição, o deslinde da questão não enseja a escolha de eficácia de um com a conseqüente conclusão de que o outro é inválido, como ocorre na colisão de normas jurídicas, mas sim que, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, um deles tem de ceder diante do outro (ALEXY, p. 89). Com suporte na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em um caso no qual se discutia a colisão entre o direito à instrução do processo penal e o direito à integridade física do acusado, ALEXY (p. 91-92), em concordância com a decisão alvitrada pela Corte, arremata:

“Tomados em sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de

la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.

Embasado nessas considerações, ALEXY (p. 268) assevera, mais adiante, que os direitos fundamentais, ainda que tais, estão sujeitos a restrições, de modo que podem ser delimitados ou limitados, encontrando-se superada a doutrina defendida por Klein, segundo a qual, de acordo com a lógica pura, isso não seria possível. A esse respeito, ressalta ALEXY (p. 269) que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em casos de colisão de direitos fundamentais, adota a teoria da ponderação, concebendo a possibilidade de haver a restrição de princípios.

Consoante se vê na doutrina acima exposta e mesmo da mera leitura do art. 10, nº 2, primeira parte, da Constituição da Alemanha, no Direito germânico, a fim de facilitar a efetivação da justiça penal, que é alçada à categoria de bem jurídico de dignidade constitucional próprio do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever, para os crimes mais graves, a possibilidade de restrição das garantias fundamentais, entre elas o sigilo da correspondência e das comunicações postais.

Já a Constituição espanhola contém norma garantindo [...] *o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas*”, mas, na parte final, concebe que a decisão judicial determine a quebra do sigilo⁹. Como se nota, a Constituição da Espanha vai mais além, na medida em que não remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo, mas sim confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é

pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação.

NAVARRETE (1991, p. 19), ao analisar o tratamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico espanhol, adverte que, em todos os ramos do Direito daquele país, há de ter-se presente duas etapas bastante distintas: uma antes e outra depois da criação do Tribunal Constitucional Espanhol, que veio a lume com a Constituição de 1978. A partir de então, o mencionado tribunal passou a exercer grande influência no panorama jurídico, promovendo, com as suas decisões de extremo rigor técnico e alto conteúdo jurídico, o reengajamento social e mesmo popular espanhol, desde que as suas posições são acompanhadas com intenso interesse pelos cidadãos, devido à adequação à realidade sociopolítica. O mesmo autor alinha que o Tribunal Supremo, na esteira do entendimento do Tribunal Constitucional, sufragou a tese de que

“cualquiera que sea la concepción que se acepte para la fundamentación de los derechos humanos básicos o fundamentales de las personas, del ciudadano, tales derechos ni en su alcance, ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad, ostenta, en ninguna de las tablas constitucionales contemporáneas, parigual significación, por lo que resulta necesario en los supuestos de colisión establecer una gradación jerárquica entre los mismos” (ALEXY, 2001, p. 56).

Tal entendimento denota que a jurisprudência espanhola parte da premissa de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, são relativos, passíveis de limitações, especialmente quando ocorre a colisão entre eles, devendo-se, na solução do problema teórico e prático, ter em conta o conceito de *relação de precedência condicionada*, manifestada por Alexy, no desiderato de formular a solução do caso com suporte na chamada *lei de colisão*.

Na Itália, a Carta constitucional, ao tempo em que, na primeira parte do art. 15, diz que são invioláveis a liberdade e o segredo não só da correspondência, como também de qualquer meio de comunicação, na segunda, explicita que, uma vez observadas as garantias preceituadas em lei, a autoridade judiciária pode determinar a sua restrição¹⁰. A despeito de constar da norma constitucional que a limitação pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Advertem BUONO e BENTIVOGLIO (1991, p. 143) que o Código de Processo Penal italiano de 1998 confere às comunicações por correspondência e telegráficas o mesmo tratamento, com a definição dos delitos que admitem a quebra do segredo. Tem-se, assim, que, na Itália, além de a garantia do sigilo da correspondência não ser absoluta, em casos excepcionais, pode ser quebrado sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas *a posteriori*.

A Constituição portuguesa de 1974, assim como os demais países analisados até agora, igualmente garante o sigilo das correspondências e das telecomunicações, “salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”¹¹ Sem embargo de cuidar do segredo das correspondências do mesmo modo como do sigilo das telecomunicações, o constituinte português teve a preocupação de dissipar dúvidas quanto à admissibilidade da imposição de limitações pelo legislador ordinário ao exercício das duas garantias. A despeito da literalidade do preceito constitucional português quanto à possibilidade de quebra do sigilo das correspondências, em compasso com lição haurida de CANOTILHO (1991, p. 615-616), os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, de modo que são conhecidos três tipos distintos de restrições, a saber:

“1. Limites constitucionais directos ou imediatos = limites directamente estabelecidos pela própria constituição; 2. Limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva); 3. Limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens).”

Ancorado na doutrina de ALEXY (2001), CANOTILHO (1991) expõe que os direitos fundamentais são informados pela *cláusula da comunidade* ou dos *limites originários ou primitivos*, de modo que eles, ainda quando não haja previsão constitucional, longe de serem tidos como absolutos, sofrem *limites originários ou primitivos*, insíto a todos eles, que se justificam porque são (1) “*limites constituídos por direitos dos outros*”; (ii) *limites imanentes da ordem social*; (iii) *limites eticamente imanentes* para, daí, concluir que “haverá, pois, uma ‘cláusula da comunidade’ nos termos da qual os direitos das liberdades e garantias estariam sempre ‘limitados’, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.” O constitucionalista lusitano agrega que o exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional português revela que, muito embora sem o *background* teórico formado sobre o assunto e sem uma uniforme retórica argumentativa, adotou-se a idéia dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1991, p. 622).

Em suma, de todo o exposto, não resta dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal não fazem distinção ontológica entre o sigilo da correspondência e o das comunicações telefônicas e que, em todos eles, é plenamente admissível a restrição do segredo das cartas. Merece registro, outrossim, que o entendimento sedimentado nesses países é o de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente

relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que se imponha freios ao seu exercício, porquanto aplicável à cláusula dos *limites imanentes*.

Por fim, merece consideração que no projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em 30/31 de outubro de 2000, na cidade de Santiago do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 11), o art. 165, há a previsão expressa da interceptação e do seqüestro¹² da correspondência, admitindo-se, até mesmo, que, em casos de perigo pela demora, o Ministério Público e a polícia¹³ possam fazer a interceptação sem a prévia autorização judicial, muito embora depois devam levar ao crivo deste, que avaliará a legalidade da medida tomada.¹⁴

5. Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência

Tal como redigido, o preceito da Constituição de 1988 que assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas, a um primeiro exame, parece que o constituinte brasileiro se despartou dos paradigmas do Direito Comparado, com a intensão deliberada de conferir ao tema um abordagem singular, na medida em que teria erigido o sigilo da correspondência à categoria de direito fundamental absoluto, uma vez que somente excepciona a proteção à inviolabilidade do meio de comunicação quando se trata da hipótese de contato telefônico.

Se essa for a inteligência firmada sobre o assunto, implica conceber um regramento no ordenamento jurídico brasileiro peculiar, que rompe com a nossa tradição constitucional¹⁵ e, como restou acentuado, com o disciplinamento jurídico previsto nas Constituições da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, justamente os países que inspiraram decisivamente a elaboração de

nossa Carta vigente¹⁶. Todavia, não parece que assim seja, na medida em que três assertivas de caráter lógico infirmam posição nesse sentido, de modo que não é razoável sustentar-se a inviolabilidade, em caráter absoluto, do segredo da correspondência. Essas assertivas se escoram no entendimento de que *as garantias constitucionais são limitações ao direito de punir do Estado*, que os *direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam* e que a *interpretação do alcance de um princípio deve ter em conta todo o sistema jurídico*, não sendo suficiente a explicação embasada apenas em sua expressão literal. Para melhor dissecá-las, é de boa ordem tratá-las em separado, como será feito a seguir.

5.1. *Garantias constitucionais como limitações ao direito de punir do Estado*

O exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, mostra que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, sempre se preocupou em estabelecer limites ao exercício do mandato por parte do governante, utilizando como um dos instrumentos mais importantes a declaração dos direitos fundamentais inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Esses direitos fundamentais, porquanto indispensáveis para o ser humano, que ocuparam as preocupações mais profundas dos grandes filósofos, desde o início, foram postos como garantias delimitadoras dos poderes do Estado.

Os direitos naturais, normatizados nas Constituições, passaram à categoria de direitos fundamentais¹⁷, também denominados garantias constitucionais. Essas garantias nas searas dos Direitos Penal e Processual Penal, conservando a razão de sua origem, apresentam-se como limitações ao exercício do direito de punir, no que diz respeito não só à aplicação da sanção penal, como também à própria investigação criminal. O

Estado, nada obstante detenha o direito legítimo de encetar a persecução criminal, tem essa missão tutelada pelas normas constitucionais de ordem criminal, impondo a irrestrita obediência ao princípio da legalidade, tendo em mira preservar o direito de liberdade, na sua mais ampla acepção.

Por mais repugnante e hediondo que seja o comportamento daquele que violou a norma penal, ainda assim, na persecução quanto à aplicação da pena, só poderá o Estado agir dentro dos parâmetros gizados desde a Lei Fundamental. Os contornos da atuação do Estado no sentido de buscar a responsabilidade criminal estão plasmados nas garantias constitucionais e perfazem o que se convencionou chamar de *devido processo legal*. Sem a observância dessas regras, a atuação jurisdicional se dá fora do perfil do Estado Democrático de Direito.

A garantia constitucional tem o seu comando voltado no sentido de expandir a garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também pelas pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado. Em primeira nota, a norma seria destinada, tão-somente, àqueles que pautam o seu agir de conformidade com as normas jurídicas postas perante o grupo social, não socorrendo aqueles que agem de forma errante, trazendo prejuízos à coletividade. Contudo, as garantias constitucionais expostas pelo constituinte têm incidência, via de regra, no campo penal, como é o caso do sigilo das correspondências, ainda mais pelo fato de ter-se deixado expresso, mais adiante, no inciso L do art. 5º, que “são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas”. A premissa é que a defesa do agente é a mais ampla possível, mas o Estado tem de conformar o seu agir dentro daquilo que for previsto pela norma, daí por que não poderá levar em consideração uma prova obtida de

forma ilícita, a fim de condenar quem quer que seja, seja qual for o crime.

Uma vez concebido o sigilo da correspondência como uma garantia do cidadão contra o Estado na sua persecução criminal, tem-se que não é defesa a edição de norma jurídica que venha a regulamentar a quebra do sigilo da correspondência, no sentido de viabilizar a sua utilização como meio de defesa a quem responde a processo criminal. Isso porque, se a garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência, na sede criminal, é encarada como uma limitação do direito de punir, não haveria contradição com a norma constitucional permitir essa violação, desde que o seja para possibilitar ao acusado o direito de contestar a pretensão punitiva contra ele exercida. Essa constatação é suficiente para fazer ruir a tese de que o sigilo da correspondência se manifesta inquebrantável, com caráter absoluto, como se não fosse possível, em nenhuma hipótese, a sua restrição ou limitação¹⁸.

Outra ótica que se dessome da premissa de que as garantias constitucionais penais traduzem comandos relativos à limitação do direito de punir do Estado é que o agente do Estado ou a quem atribuída a função de coibir a prática de crime pode, nada obstante as normas constitucionais, independentemente de autorização judicial, no exercício do poder de polícia, agir a fim de embargar conduta ilícita. Veja-se que a Constituição, a par de assegurar a inviolabilidade do domicílio, permite, expressamente, que o agente do Estado, desde que esteja ocorrendo um crime em seu interior, quebre essa garantia constitucional, independentemente de autorização judicial. Do mesmo modo, a norma fundamental assegura o direito de liberdade, mas possibilita que o agente do Estado ou quem suas vezes fizer restrinja essa garantia, quando o autor do ilícito for surpreendido em flagrante delito.

Pode-se dizer, é verdade, que, nessas hipóteses mencionadas supra, o constituinte, expressamente, previu as circunstâncias em

que a garantia constitucional-penal poderia ser violada pelo agente do Estado, independentemente de autorização judicial, de modo que, como em relação ao sigilo da correspondência o legislador não fez nenhuma ressalva, não seria correto estender a ilação para abarcar também essa hipótese. Mas, ainda assim, vamos raciocinar. A Constituição da República, quando assegura o direito à vida, não diz, em tempo nenhum, que o Estado ou quem agir em seu nome pode legitimamente matar quem quer que seja. O direito à vida, nos termos da Constituição, seria absoluto, até porque não se encontra, em nenhum dos seus artigos, nenhum comando normativo que autorize matar alguém.

O direito à vida, portanto, estaria protegido, em qualquer circunstância. Não é assim, porém. Devemos partir do princípio. A norma ou normas que protegem o direito à vida na seara criminal expressam limitação do direito de punir, e não à atuação do Estado no sentido de manter a ordem, quando do exercício do poder de polícia, pois, para o fim de coibir a prática de atos ilícitos, se for necessário, ainda que vedada a pena de morte, pode ser tirada a vida de um pessoa, sem que isso represente afronta ao direito à vida, nem acarrete responsabilidade penal ou mesmo civil.

O que o Estado não pode é aplicar a pena de morte ou, então, para investigar um crime, torturar o agente até a morte, no desiderato de fazê-lo confessar e, assim, descobrir a verdade. Agora, se um agente está praticando um crime, ainda que não o tenha consumado, se preciso for, o agente do Estado pode, independentemente de autorização judicial, sendo necessário, usar da violência para expungir o ato ilícito, coartando o direito de liberdade, ou mesmo, ainda que a Constituição não apresente ressalva, tirando a vida do indivíduo.

Esse direito do Estado, de até mesmo retirar a vida de quem está praticando crime, sem que essa forma de agir seja ilícita, está implicitamente regulado na Constituição e,

expressamente, no Código Penal, ao incluir, entre as causas de justificação, o *estrito cumprimento de dever legal*. Daí por que, nada obstante o constituinte assegure o sigilo da correspondência sem apresentar qualquer ressalva, é possível que o agente do Estado, para sustar a conduta criminosa, quebre essa garantia, independentemente, até, de autorização judicial, desde que as circunstâncias assim imponham que se proceda.

FERNANDES (1994, p. 72), malgrado tenha como suporte o princípio da proporcionalidade, lembrando que, em determinados casos, para garantir o direito à própria vida, há necessidade de ser violado o sigilo da correspondência, lança a seguinte assertiva: “Imagine-se que alguns presos, através de troca de correspondência, preparam a fuga, na qual será sequestrada e morta uma autoridade. Estranho que não se permita a violação dessa correspondência se há notícia do plano, com o intuito de abortá-la.” Nesse caso, entende o autor citado que o valor maior, a vida, há de ser preservado, afirmação com a qual não se há de tergiversar¹⁹.

Imagine-se a situação da carta-bomba. Diante da garantia do sigilo absoluto, sem possibilidade de restrições, ela não poderia ser interceptada? Só poderia ser interceptada caso o destinatário consentisse? E se o destinatário fosse um suicida? Vale lembrar os acontecimentos posteriores ao 11 de setembro de 2001, com as cartas enviadas para americanos, contendo a substância química letal identificada como “antraz”. Consoante noticiário jornalístico, nos Estados Unidos, em muitos casos, ante meras suspeitas, cartas foram interceptadas e abertas, no escopo de evitar males que viessem atingir não apenas o próprio destinatário, mas também a terceiros.

Em síntese, ainda que se entenda que o sigilo da correspondência é absoluto, mesmo assim, esse comando normativo teria seu raio de alcance restrito à inadmissibilidade da quebra do segredo da missiva, no intuito de não permitir que o seu conteúdo seja va-

lorado como instrumento probatório, nunca, porém, como óbice para que, no legítimo exercício do poder de polícia, o Estado ou mesmo qualquer do povo intercepte ou obstrua uma correspondência utilizada como o próprio instrumento do crime, como no caso imaginado da carta-bomba.

5.2. Os direitos fundamentais são heterogêneos e se autolimitam

Enquanto reminiscência da discussão em torno da existência de um direito natural e que subsistisse em virtude da própria natureza do ser humano, indispensável à satisfação das necessidades humanas, BOBBIO (1992, p. 20), em a *Era dos Direitos*, com lucidez, enfrenta a temática, desenvolvendo o seu pensamento sobre o assunto, partindo da premissa de que não há direito absoluto. A seu sentir, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são realidades históricas, surgidos em razão de determinadas condições de vida, sendo, portanto, apenas relativos, não resultando, como defendiam os jusnaturalistas, da própria natureza do homem. Em sua concepção, os direitos fundamentais do homem podem ser definidos por naturais tão-somente sob a ótica de assim considerados porque cabem ao homem pela sua própria condição de ser, não dependendo da vontade do soberano²⁰.

Os direitos não são absolutos, até porque eles não nascem de uma só vez, pois resultam da luta pela melhor qualidade de vida, sendo gerados quando devem, ou mesmo podem nascer, sendo passíveis de modificações com o tempo, em compasso com a evolução das necessidades crescentes do ser humano. De acordo com o pensamento de Kant, mencionado por BOBBIO (1992), o único direito irresistível seria a liberdade, enquanto direito inerente ao ser humano, tais como o direito de comer, beber, casar, namorar, trabalhar, etc., porquanto os direitos do homem, considerados como categorias ínsitas à condição humana, seriam aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer,

aos homens, indispensáveis ao aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização. De qualquer forma, reconhecia Kant que a extensão do direito de liberdade de uma pessoa tem os seus limites determinados pela necessidade de obediência ao direito de liberdade dos demais indivíduos.

De qualquer forma, na visão de BOBBIO (1992), manifesta-se extremamente complexo definir os direitos do homem, uma vez que o alcance do enunciado fica à mercê dos valores cultivados pelo intérprete. Ademais, e aqui penso que a idéia de Bobbio atinge o âmago da questão, os direitos fundamentais, caso entendidos como absolutos, não poderiam ser cumpridos de forma global, a um só tempo, porque, a fim de que fossem observados num mesmo instante, seria necessária a conciliação, que os direitos interagissem de forma sistêmica, para que um não anulasse o outro.

Ainda assim, como os direitos do homem são históricos, eles pertencem a uma classe variável, que se cria no tempo, modifica-se com ele e continua a modificar-se com a alteração das condições históricas, com base nos interesses e necessidades das classes no poder, no surgimento ou desaparecimento dos meios indispensáveis à realização dos direitos e, sobretudo, nas inovações de ordem tecnológica, o que nos leva a supor que, no futuro, poderão surgir direitos inimagináveis atualmente. Por isso mesmo, alguns bens fundamentais mereçam valores universais, muito do que se apresenta como direito fundamental para uma determinada era histórica e numa certa civilização não o é em relação a outras épocas e em outras culturas ou mesmo às vezes não tem conteúdo idêntico.

Atento para essas peculiaridades, malgrado reconheça que há alguns direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, como o caso do direito de não ser escravo ou de não ser torturado, adverte BOBBIO (1992, p. 18) que os direitos são heterogêneos e, muitas das ve-

zes, incompatíveis entre si, daí por que direitos que possuem fundamentos tão diversos devem ser limitados, quando sopesados entre si, no desiderato de que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico.

Por fim, realça o filósofo italiano que, além de notar-se em muitos casos o contraste entre o direito fundamental de uma categoria e de outra, deve-se verificar que, as mais das vezes, exsurge antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, acrescentando que, paradoxalmente, à medida que os poderes dos indivíduos aumentam, mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, visto que “os direitos fundamentais garantidores da liberdade consistem em poderes, exigindo dos outros (incluídos os poderes públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos, ou então obrigações positivas” (BOBBIO, p. 21-22).

Tem-se, assim, que, para fins de preservação da dignidade humana, há a necessidade de serem previstos direitos fundamentais, muitos deles guardando certa antinomia. Dessa forma, não há um direito fundamental absoluto, mas direitos fundamentais relativos, tidos, historicamente, diante de certas circunstâncias, como imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana e da civilização. Voltando ao tema central deste escrito, não se pode perder de vista existir, ao lado do direito ao sigilo das correspondências, que procura tornar efetiva a proteção à intimidade, à vida privada, e até à imagem e à honra, o direito de defesa geral dos cidadãos contra a utilização dessa garantia como forma de perpetrar os crimes mais variados, até mesmo tendo como resultado a morte.

No meu entender, o Código Penal, ao estabelecer que, ao agir em estrito cumprimento de dever legal, o agente do Estado não pratica nenhum crime, está a permitir, por linhas transversas, que, sendo o caso, desde que necessário para o cumprimento

do dever de polícia quanto ao desempenho da segurança pública, restrinja-se o sigilo da correspondência. Ora, ainda que, à primeira vista, essa posição pareça despropositada, ela se torna razoável, na medida em que imaginarmos a possibilidade de o agente do Estado, no estrito cumprimento de dever legal, agredir fisicamente o agente do ilícito, até mesmo lhe ocasionando a morte, em afronta ao bem jurídico maior de todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a vida, mas não possa, também para evitar, impedir a consumação ou fazer com que a atividade criminosa cesse, interceptar a correspondência, ainda que sem autorização judicial. Se alguém está prestes a matar outrem, utilizando-se de um revólver, o agente do Estado pode intervir e, no estrito cumprimento de dever legal, prendê-lo, violando o seu direito de liberdade ou, até mesmo, se for o caso, matá-lo para evitar que o crime ocorra. Nesse caso, a ação não só é legítima como também é legal, ainda que se arranhe o direito de liberdade ou o próprio direito à vida do agressor. Porém, se o agente do crime, astutamente, enviar uma carta-bomba a outrem, não poderia o agente do Estado intervir, porque essa atitude violaria o direito ao sigilo? Não seria razoável que assim se entendesse.

Se até o direito à vida, como vimos, não é absoluto, não só porque a constituição ressalva, expressamente, a possibilidade da pena de morte, em caso de guerra declarada, como também porque no exercício do poder de polícia, em casos extremos, o agente do Estado pode legitimamente ceifar a vida do autor do ilícito, não se mostra coerente sustentar que o sigilo da correspondência o seja. Ademais, essa garantia, igualmente, não tem apenas limitações implícitas, mas também pelo menos uma expressa. É quando na Constituição deixa plasmado, no art. 136, § 1º, que, durante o estado de defesa, o decreto que o instituir deverá determinar o tempo de sua duração, além de especificar as garantias constitucionais restringidas, entre elas o sigilo da correspondência.

BARROS (2000, p. 160), forte na doutrina de Canotilho, não põe dúvidas quanto à existência de limites ou restrições para os direitos fundamentais, que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e implícitos, uma vez que imanescentes devido à coexistência de princípios opostos. Pondera a autora que os limites imanescentes se justificam na medida em que as normas de direitos fundamentais influem na relação mantida entre os próprios cidadãos, titulares de garantias que merecem igual proteção, e, não raro, essa colisão se destaca entre *direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, como a saúde pública, segurança pública, defesa nacional* (BARROS, p. 169).

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, emitiu pronunciamento sufragando a tese de que não há, no nosso sistema jurídico, garantia constitucional absoluta, apresentando-se, todas elas, apenas de forma relativa, daí por que é válido afirmar que, como regra de princípio, os direitos fundamentais possuem limites, quando não expressos, que lhes são imanescentes. Com efeito, ao deferir medida liminar no Mandado de Segurança nº 23.669-DF, o Ministro Celso de Mello²¹, ao longo da decisão, afirmou:

“Na realidade, como já decidiu esta Suprema Corte, não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Com essas considerações, não se tem dúvidas de que o art. 233 do Código de Processo Penal que, *a contrario sensu*, admite

como prova as cartas interceptadas ou obtidas sem o consentimento do emitente ou do destinatário, desde que não tenha sido utilizado meio ilícito, continua em plena vigência, diante de sua compatibilidade com a Constituição de 1988, da mesma forma como se afinava com as Cartas de 1937, 1946 e 1967. Como desenvolvimento do mesmo raciocínio, também se chega à conclusão de que o art. 240, § 1º, letra *f*, do Ordenamento Processual Penal é plenamente compatível com os ditames da Constituição, de modo que a medida cautelar de busca e apreensão, determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, em decisão fundamentada do juiz, constitui-se no instrumento hábil para se colher a correspondência para fins de que ela instrua o processo na qualidade de prova.

5.3. Interpretação sistêmica

Nenhuma regra jurídica existe isoladamente, pois o direito, antes de tudo, é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados conforme os princípios da civilização. O legislador, ainda que se trate do constituinte, não detém o dom de prever todas as circunstâncias da vida que recomendam a solução alvitrada pela norma jurídica. A visão do legislador, logicamente, é preconcebida dentro daquelas circunstâncias vislumbradas, daí por que, as mais das vezes, o alcance da norma, para determinados casos, em razão da peculiaridade da situação, é restringido ou alargado. O que se quer dizer é que o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, dentro de um determinado contexto fático.

Cabe ao exegeta, portanto, enxergar o direito enquanto sistema organizado, fazendo as distinções necessárias para adequar a norma aos seus verdadeiros fins, de modo que se, diante das circunstâncias, são feitas as distinções desacertadamente, com a con-

seqüente valoração inadequada, o erro é do operador jurídico, e não da norma em si. Até porque o direito é instrumento de vida, forma de pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que nunca conduz ao absurdo, a não ser que o operador jurídico trilhe o caminho errado.

Muito embora a dicção normativa encartada na Constituição da República, no inciso XII do art. 5º, deixe consignado que é *inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal* e, em sua leitura isolada, leve a crer que o constituinte ressalvou a possibilidade de quebra, ainda que mediante autorização judicial, apenas das comunicações telefônicas, por motivos óbvios, essa não é a forma mais adequada de se procurar enxergar o alcance da cláusula em destaque.

A primeira interpretação que ressaí da norma, e é a mais fácil de ser vista, leva a crer que o constituinte deixou expresso que seria “inviolável o sigilo da correspondência”. Se ele quisesse restringir, assim como o fez em relação às comunicações telefônicas, o direito ao sigilo quanto à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados, não teria utilizado a expressão “salvo no último caso”. Porém, interpretações outras, mais consentâneas com a realidade, emergem do enunciado *sub studio*. Até porque, na seara do direito, a norma jurídica, sempre e sempre, admite, no mínimo, duas inteligências diametralmente opostas. É nesse contexto hermenêutico que se pode defender a idéia de que o dispositivo encerra dois comandos: o primeiro se refere ao sigilo em si das fontes que enuncia e o segundo relaciona-se à comunicação desses elementos informativos de prova que, nessa linha, poderia ser interceptada, pois quando o constituinte disse *salvo, no último caso [...]* es-

taria se referindo a qualquer hipótese de comunicação, e não apenas àquela veiculada pela via telefônica.

Aliás, parece que o Legislativo assim está a entender que a expressão *salvo, no último caso [...]* está se referindo a qualquer um dos casos de comunicação, a partir do instante em que editou norma, contida no art. 6º, VIII, alínea “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de março de 1993, expondo competir ao Ministério Público da União representar ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual [...], preceito aplicável também ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei 8.625, de 12.02.93. Em exame sistemático, a interpretação emprestada quando da feitura da Lei Complementar nº 75, de 1993, é a que melhor se compatibiliza à lógica, desde que não haja justificativa para que se permita, apenas, a quebra do sigilo por meio das comunicações telefônicas, afastando toda e qualquer forma de ingerência nas demais modalidades. Isso porque não há distinção ontológica entre uma forma e outra de comunicação. Veja-se que aqui se mostrou que, na história do nosso Direito Constitucional, o sigilo da correspondência permaneceu sendo assegurado desde a Carta Imperial de 1824, mas sempre se entendeu que ele era de caráter relativo e nunca tinha havido nenhum tratamento diferente em relação a essas formas de comunicação (cf. tópico 2). Por outro lado, na apreciação da doutrina e da jurisprudência de países cujas Constituições serviram de paradigma para a elaboração da nossa de 1988 – França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal –, em todos eles o sigilo da correspondência é tido como relativo e ele recebe o mesmo tratamento que é dispensado para a comunicação telefônica (cf. tópico 4).

A única diferença que se poderia fazer entre a comunicação por correspondência e aquela por meio de telefone seria que a primeira se faz por meio da escrita, enquanto a

segunda por meio da fala. Porém, a escrita é a mera reprodução, em símbolos, da fala, ou seja, é uma representação da fala. Se a fala, que é representada pela escrita, pode ser interceptada, por que não a escrita, que é apenas a sua imagem? A escrita, à semelhança da fala, é forma de expressão da língua, não havendo distinção ontológica entre uma e outra, a justificar tratamento diferenciado no que respeita à proteção mediante a preservação do sigilo.

Ademais, o telefone, hoje, com o avanço da tecnologia, também possibilita o contato por meio da escrita. É o que ocorre com o fac-símile. Qual a diferença entre a correspondência postal e aquela feita por fac-símile, que justifique a distinção quanto à possibilidade de quebra de apenas uma delas? Sem falar no correio eletrônico que, em consonância com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pode ter o seu sigilo quebrado, meio de comunicação que em nada difere da carta, senão quanto ao instrumento que veicula a transmissão da mensagem escrita²². É por isso que a interpretação literal é odiosa, para não dizer que ela, sozinha, não se presta para determinar o alcance do preceito, especialmente quando se trata de um princípio cujo enunciado, pela sua própria natureza generalizante, compreende conceito polissêmico de complexa compreensão. Não parece razoável querer expressar o conteúdo de um princípio com suporte somente na interpretação literal de sua expressão normativa.

De qualquer forma, a despeito da Lei Complementar nº 75/93, ainda há a Lei de Execução Penal que, no art. 41, parágrafo único, diz que o direito do preso à correspondência pode ser suspenso ou restringido, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal. Para quem defende que o sigilo da correspondência é absoluto, nem mesmo a correspondência dos detentos pode vir a ser interceptada, o que conduziria ao absurdo de permitir que o encarcerado, de dentro do estabelecimento prisional, continuasse a comandar o crime, protegido

pelo sigilo. Sob enfoque de outro ângulo, seria possível coibir que o detento, por meio das comunicações telefônicas, desse continuidade a sua participação na prática de ilícitos, mas nada pudesse fazer quando o meio utilizado fosse a correspondência.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, mantendo coerência com a sua concepção de que os direitos fundamentais são relativos, chamado a dirimir controvérsia na qual se discutia a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210, de 1984 – Lei de Execução Penal –, que permite à administração penitenciária, por medida de segurança do estabelecimento, mesmo sem autorização judicial, a interceptação da correspondência dos presos, assim se posicionou:

“[...] A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (BRASIL, 2003d).

É interessante observar que, no caso da norma jurídica em estudo, permite-se que a interceptação seja feita independentemente de autorização judicial, porém, mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, diante das peculiaridades da relação entre o administrador penitenciário e os detentos, tem como justificada a restrição nela imposta ao sigilo da correspondência.

Outra interpretação razoável do art. 5º, XII, da Constituição de 1988 poderia sobressair da análise dos vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, nos quais a Suprema Corte delimitou as hipóteses em que as comissões parlamentares de inquérito, detentoras de poderes investigatórios

próprios das autoridades judiciárias, podem determinar a quebra de garantia constitucional, ou seja, independentemente de ordem emanada de juiz. Na discussão sobre o alcance *dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* que são outorgados pela Constituição às comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º), o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas vezes, sufragou a tese de que, quando a Constituição estabelece a garantia, mas expressamente diz que ela pode ser restringida mediante ordem, autorização ou decisão judicial²³, somente a autoridade judiciária, o juiz, no exercício da atividade tipicamente judicante, pode determinar a sua quebra, como ocorre nos casos de prisão cautelar e de inviolabilidade do domicílio. É o que se chama *reserva de jurisdição*.

De outro lado, quando o direito fundamental está previsto, mas não há nenhum tipo de ressalva, antes de isso querer dizer que ele não tem limite, em verdade, não apenas o juiz pode determinar a quebra da garantia, como até mesmo a comissão parlamentar de inquérito. Por isso mesmo, a comissão parlamentar de inquérito não pode determinar a invasão domiciliar, a prisão cautelar nem a interceptação de comunicação telefônica, porquanto as normas que garantem esses bens jurídicos contêm cláusula de *reserva de jurisdição*. Mas a comissão parlamentar de inquérito pode, por exemplo, quebrar os sigilos fiscal e bancário e o sigilo do rastreamento dos contatos telefônicos, pois a preservação desses dados encontra-se lasmada no art. 5º, X, da Constituição, que não contém cláusula de *reserva de jurisdição*²⁴.

Seguindo essa linha de pensamento, se se entender que a ressalva “... salvo no último caso”, estampada no art. 5º, XII, da Constituição, aplica-se apenas às comunicações telefônicas, implica reconhecer que a cláusula de *reserva de jurisdição* quanto à garantia ali prevista se circunscreve a essa forma de contato, daí sendo lícito deduzir que o sigilo da correspondência pode ser quebra-

do não só por ordem judicial, mas também por decisão de comissão parlamentar de inquérito.

6. Conclusão

O Direito brasileiro, desde sempre, deu guarida ao sigilo da correspondência, tratamento normativo que principiou ainda na Constituição Imperial de 1824 e permaneceu incólume em todas as Cartas do período republicano. Também mereceu atenção do Código Criminal do Império e do atual Código de Processo Penal, sempre sendo tratado, em sede constitucional e infraconstitucional, como direito fundamental limitado.

O exame do Direito comparado evidenciado no das Constituições, da doutrina e da jurisprudência de países como França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, fontes que guiaram os passos dos constituintes de 1998, mostra que nele se confere tratamento idêntico para os sigilos da correspondência e das comunicações telefônicas, com imposição de limites quanto ao exercício das duas garantias, na medida em que admitem a interceptação e a utilização de seus conteúdos como elemento de prova em processo criminal.

Os direitos fundamentais, na seara criminal, apresentam-se como limitações constitucionais quanto ao direito de punir do Estado, compreendendo-se, nessa assertiva, as espécies de penas e a forma de exercício da pretensão punitiva, com inclusão da investigação policial, daí por que, ainda que fosse o caso de se entender que a garantia do sigilo da correspondência se manifesta com caráter absoluto, ter-se-ia de considerar que ela não alcança o momento em que o Estado, no exercício do poder de polícia, deve agir para manter a ordem pública. Desse modo, ainda que fosse absoluto o sigilo da correspondência, seria permitido que o agente do Estado ou quem suas vezes fizer, com base no art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, no estrito cumpri-

mento de dever legal, quebrassem o sigilo da correspondência, a fim de sustar a prática de ilícito criminal.

O sigilo da correspondência não é absoluto, uma vez que os direitos fundamentais, diante da sua heterogeneidade, que faz com que eles mesmos entrem em colisão, autolimitam-se. Sem embargo desse aspecto, há limitação expressa na Constituição quanto ao sigilo da correspondência, na medida em que se admite a restrição dessa garantia quando da decretação do estado de defesa.

A interpretação mais razoável do dispositivo do inciso XII do art. 5º da Lei Maior é de que a expressão “salvo no último caso” diz respeito aos casos de comunicação em si, e não apenas às comunicações por meio de contato telefônico, até porque não há razão, de natureza ontológica, para proteger absolutamente todas as outras espécies de comunicação, pondo-se ressalva, apenas, àquela que é feita pela via telefônica.

Os dispositivos encartados na Lei Complementar nº 75/93, na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal que limitam o sigilo da correspondência são constitucionais, de modo que o procedimento para se interceptar a correspondência é aquele que rege a busca e apreensão criminal.

Notas

¹ MIRANDA (2002, p. 71 et seq.). Nesse estudo, Jorge MIRANDA insere o sistema constitucional brasileiro na família que tem como paradigma o modelo português. De todo modo, o autor, em bosquejo histórico do constitucionalismo brasileiro, mostra que, em alguns momentos, as Cartas Constitucionais do Brasil exerceram influência nas Constituições portuguesas. Em reforço a essa tese, demonstra que as Constituições de Portugal de 1826 e de 1911 foram orientadas, respectivamente, pelas Constituições do Brasil de 1824 e de 1891. Mais adiante, acrescenta que as constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1988 se inspiraram fortemente nas Constituições portuguesas, principalmente a que se encontra em vigor (MIRANDA, p. 144-145).

² O dispositivo em foco ainda continha uma segunda parte, assim redigida: “A administração

do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo.”

³ O teor da ementa é o seguinte: “Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papéis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido”. (BRASIL, 2003b)

⁴ “Monopólio postal. Abrange as comunicações de negócio, de débito pela prestação de serviços, de vencimentos de obrigações, de posição de saldo bancário, enfim, de tudo que, do ponto de vista legal, é considerado carta, v.g., objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário (Lei 6.538, de 1978, art. 47). Embargos Infringentes rejeitados, sem o conhecimento da questão superveniente de saber se o monopólio postal subsiste em face da Constituição Federal de 1988” (IOB, 20/91).

⁵ O relator do acórdão foi o Ministro Edson Vidigal.

⁶ A expressão aqui está empregada em sentido amplo, no escopo de abranger todas as pessoas que devem ser tratadas com dignidade.

⁷ João Mendes de ALMEIDA JUNIOR (1960) relata que Camus se opôs à admissibilidade da utilização como prova das cartas particulares por considerar “... uma carta fechada como uma propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas”. Cita ainda o referido autor que Mirabeau, indignado, exclamou: “Que é isto?! Um povo que quer tornar-se livre, emprestando as máximas e os processos da tirania?! (...) É sem utilidade alguma que seriam violados os segredos das famílias, o comércio dos ausentes, as confidências de amizade, a confiança entre os homens. Dir-se-ia de nós na Europa: em França sob pretexto de segurança pública, são privados os cidadãos de todo o direito de propriedade sobre as cartas que são as produções do coração e o tesouro da confiança.”

⁸ Art. 10 - “1. O sigilo da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas é inviolável.

2. Só podem ser ordenadas limitações com base numa lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem constitucional liberal e democrática ou a existência e a segurança da Federação ou de um Estado, a lei poderá determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo afetado e que, em vez de seguir a via judicial, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares designados pela representação do povo.”

⁹ Art. 18, 3: “É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário.”

¹⁰ A norma está assim redigida: “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis.

Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas pela Lei.”

¹¹ Art. 34, nº 4: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

¹² No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto que confere lastro à apreensão da carta é a busca e apreensão.

¹³ Conferir esse poder de interceptação e seqüestro ao Ministério Público e à polícia, independentemente de autorização judicial, mesmo que reservado à hipótese de perigo pela demora, dá margem muito grande à prática de abusos. Nesse aspecto, a proposta merece crítica.

¹⁴ A norma proposta tem a seguinte redação: “Art. 165. Seqüestro de correspondência. Quando for de utilidade para a averiguação poder-se-á ordenar a interceptação e o seqüestro da correspondência postal, telegráfica ou teletipográfica e os envios dirigidos ao imputado ou por ele remetidos. A ordem será expedida pelo juiz de instrução... O Ministério Público e a polícia poderão expedir a ordem em caso de perigo pela demora. Porém, deverão proceder segundo o art. 162 e a correspondência ou ‘envio’ não lhes será entregue, mas ao tribunal competente. Se dentro de três dias, a ordem não é ratificada pelo tribunal, cessará a interceptação e o seqüestro, e as peças serão liberadas a quem correspondam.” (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 303).

¹⁵ Confira-se o que restou dito no nº 2.

¹⁶ Raul Machado HORTA (2001, p. 64), sem desconsiderar as influências internas que guiaram o constituinte de 1988, afirma que foram sentidas as influências externas que “provieram do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França, de 1958, da Espanha, de 1978, e de Portugal, de 1976”.

¹⁷ Nesse sentido, conferir José F. Lorca Navarrete (1991, p. 14). Jorge MIRANDA (2002, p. 145) afirma que as atuais Constituições de Portugal e do Brasil – respectivamente de 1976 e de 1988 – guardam muita identidade, exemplificando com “a extensão das matérias com relevância constitucional, o cuidado posto na garantia dos direitos de liberdade, a promessa de numerosos direitos sociais, a descentralização, a abundância de normas programáticas”. Finaliza o constitucionalista português: “E a Constituição brasileira consagraria

regras ou institutos indiscutivelmente provindos da portuguesa: a definição do regime como 'Estado Democrático de Direito', *alguns direitos fundamentais*, o estímulo ao cooperativismo, o alargamento dos limites materiais da revisão constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão" (Os grifos não constam do original). A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Constituição brasileira de 1988 foi mais forte do que se imagina.

¹⁸ Como as normas constitucionais penais apresentam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, a cláusula encartada na Lei Fundamental, consubstanciada na ampla defesa, é contemplada somente ao acusado. Ainda dentro dessa linha de idéia, deve-se concluir que, quando no inciso seguinte do art. 5º, o constituinte diz que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", evidentemente que, no processo cível, a proibição alcança não só o autor como também o réu, mas, no processo penal, já que se trata de uma limitação do direito de punir, a norma é direcionada unicamente à pessoa que exerce a titularidade da ação penal. O que quero dizer, sem tirar nem pôr, é que a Constituição implicitamente permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas necessárias para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade, ainda que obtidas de forma ilícita. Essa tese se sustenta na cláusula constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos dirigida para o Estado, de modo que, em sua essência, quer dizer que ela não poderá ser valorada para o fim de dar suporte à condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição.

¹⁹ Cf. jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referida no tópico 5.3 (BRASIL, 2003d).

²⁰ Lembra BOBBIO (1992, p. 5) que os direitos fundamentais, erroneamente definidos como absolutos, são fruto da criação das declarações dos direitos do homem, que foi uma necessidade histórica, sendo ampliados ou restringidos ao sabor das circunstâncias da vida. Depois, vieram os direitos da segunda geração, os chamados direitos sociais, e, agora, os da terceira, ainda heterogêneos e vagos, a exemplo do direito a um meio-ambiente puro.

²¹ (BRASIL, 2003c)

²² A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que abrange a correspondência eletrônica.

²³ A Constituição não usa uma terminologia uniforme. Quando tratou do sigilo das comunicações, o constituinte utilizou a expressão *ordem judicial*, ao se reportar à prisão cautelar, preferiu a terminologia *ordem escrita e fundamentada*, ao passo

que, ao cuidar do sigilo do domicílio, escolheu *determinação judicial*. Sem embargo da nomenclatura empregada, em todos esses casos em que se exige a prévia manifestação do judiciário, o pronunciamento do juiz se faz por meio de decisão, necessariamente escrita e, obviamente, fundamentada.

²⁴ Cf. "A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello (Pleno). Princípio CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. – O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas". Na linguagem usada na jurisprudência do STF, interceptação de comunicação telefônica não se confunde com quebra do sigilo telefônico, uma vez que este diz respeito apenas ao acesso ao registro dos contatos telefônicos, sem que se tenha conhecimento do conteúdo do contato.

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, [19--?].

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2003a. Expressão de busca: encomenda e cocaína.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2003b. Expressão de busca: correspondência e sigilo.
- _____. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos>>. Acesso em: 4 jan. 2003c. Expressão de busca: direitos fundamentais e absoluto.
- _____. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 6 jan. 2003d. Expressão de busca: interceptação e correspondência.
- BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 152 p.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 615-616
- CHINA. *Constituição da República Popular da China*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.
- MIRANDA, Jorge. (Org.). *Constituições de diversos países*. Organização Jorge Miranda. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 1986. 2 v.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentário a constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CUBA. *Constituição da República de Cuba*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Constituição de republica, código de processo penal e sua reforma*. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, [1994] 95 p.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema

Marco Antônio Ribeiro Tura

Sumário

1. Introdução. 2. Sistema. 3. Ordenamento e sistema. 4. Norma, ordenamento e sistema. 5. Princípio e sistema. 6. Conclusão.

1. Introdução

Pretendo, neste trabalho, apresentar algumas notas sobre os princípios tendo em vista a concepção de sistema. Falarei, por isso, da idéia de sistema. Em seguida, cuidarei da manifestação da idéia de sistema no direito: o ordenamento. Depois, abordarei as partes mais destacadas do sistema jurídico: as normas. E, por fim, a espécie de normas objeto deste trabalho: os princípios. Trata-se, como se vê, de um projeto que envolve um certo discurso sobre os princípios. Como tal, este meu discurso segue a sorte de todos os discursos sobre os princípios. Especialmente, no entanto, em um aspecto, este meu discurso enfrenta sorte não tão feliz. É que os discursos sobre os princípios têm-se apresentado como discursos pós-positivistas, como discursos de superação e de contestação do positivismo jurídico. Também o meu discurso se apresenta como tal. Mas por razões talvez menos pretensiosas.

Pretendo afastar-me de um positivismo científico. O positivismo científico só admite como ciência aquela atividade fundada em fatos (LARENZ, 1997, p. 45 et seq.). Tais fatos podem ser fatos do mundo exterior ou fatos do mundo interior (LARENZ, p. 47).

Marco Antônio Ribeiro Tura é Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Importa, todavia, que sejam fatos, e fatos indubitáveis. Exceções admitidas pelo positivismo são a matemática e a lógica, que se referem a puras conexões mentais, mas ainda assim são tidas como ciências (LARENZ, p. 47). A tarefa da ciência, segundo uma tal concepção, é descrever os fatos como se apresentarem. O cientista cumpre sua missão ao descrever, objetivamente, os fatos como se apresentarem. O cientista o é enquanto imparcial for. A imparcialidade, no entanto, é algo impossível de se obter (MÉSZÁROS, 1996, p. 311 et seq.; MARX; ENGELS, 1973, p. 187-188; VÁSQUEZ, 1990, p. 9). Ao menos no sentido subjetivo, de isenção do intérprete quanto aos acontecimentos. Somos sempre parciais ao menos em dois sentidos. Parciais porque somos parte dos acontecimentos e parciais porque tomamos partido nos acontecimentos. Nunca descrevemos, por isso, a totalidade dos acontecimentos, mas apenas parcela deles. Assim como nunca descrevemos os acontecimentos sem que seja de um certo viés, sem tomarmos partido em favor desta ou daquela situação. Somos, por isso, duplamente parciais, sempre (GRAU, 1997, p. 280, 1998, p. 15-16).

Pretendo, igualmente, afastar-me de um positivismo jurídico. Como disse, o positivismo só admite como ciência aquela atividade que se fundamenta em fatos, do mundo exterior ou do mundo interior, mas sempre fatos e indubitáveis, exceção feita à matemática e à lógica, apesar de não operarem com fatos. A ciência do direito o é, então, na medida em que se refira aos fatos do mundo exterior ou aos fatos do mundo interior ou a conexões puramente mentais (LARENZ, 1997, p. 48). E daqui surgem as três concepções fundamentais do positivismo jurídico acerca da ciência do direito: a) a ciência do direito como teoria sociológica do direito; b) a ciência do direito como teoria psicológica do direito; c) a ciência do direito como teoria lógica do direito. As concepções positivistas do direito têm em comum a inadmissibilidade da discussão dos valores na esfera da ciência do direito por irracionais

(LARENZ, p. 48). As concepções positivistas do direito, por isso, findam por defender posturas formalistas (da justiça, do direito e da ciência do direito), reduzindo o direito a um conjunto formado exclusivamente por normas (positivismo como método), a um conjunto composto exclusivamente por normas estatais predominantemente de origem legislativa (positivismo como teoria), a um conjunto formado exclusivamente de normas estatais por definição justas (positivismo como ideologia) (BOBBIO, 1994a, passim; ALEXY, 1994, p. 13 et seq., p. 21 et seq.).

Pretendo, por fim, e especialmente, contestar a validade de uma postura normativista do direito e no direito. E por dois motivos. Primeiro porque o normativismo jurídico baseia-se em uma incorreção: a afirmação de que o direito seja formado por normas apenas. O direito é composto por normas, mas não só. A essa postura unidimensional contrapõem-se posturas bidimensionais, que afirmam ser o direito composto por normas e valores, e posturas tridimensionais, que afirmam ser o direito composto por normas, fatos e valores (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 166, 2001, p. 173). Segundo porque também não é correto dizer que o conhecimento do direito deve-se dar pela ótica das normas. Ora, mesmo que admitamos que o direito é essencialmente normativo, embora não exclusivamente, disso não deriva, de maneira alguma, uma forçosa aceitação de que o conhecimento das normas que o compõem deva-se dar por seus próprios elementos e parâmetros. As normas não são portadoras de todos os elementos e parâmetros necessários para que sejam explicadas. Assim, ainda que aceitasse uma visão do direito como composto apenas por normas, ainda assim não aceitaria, como não aceito, a idéia de que a visão do direito seja possível apenas a partir e por meio das normas. O conhecimento das normas é possível apenas a partir e por meio dos valores em que se pretendem fundamentar e dos fatos que pretendem regulamentar (REALE, 1994, passim; GUERRA FILHO, 2001, p. 140).

Feitos tais esclarecimentos, ingresso na análise da idéia de sistema.

2. Sistema

Para falar de princípios conforme uma concepção do direito como sistema, necessário que se defina o que entender com o vocábulo sistema (FERRAZ JÚNIOR, 1976; CANARIS, 1989; CRUZ, 2001). Em todo sistema comparecem, ao menos, dois elementos: unidade e ordem (CANARIS, 1989, p. 12 et seq.). Não há sistema que não apresente uma certa ordenação de suas partes. Mas a ordenação de suas partes só se mostra possível, em um sistema, tendo em vista uma certa unidade. Um sistema, por isso, pode ser definido como uma totalidade ordenada segundo uma unidade de sentido. Tal definição abrange os sistemas em geral. Mas a especificação dos sistemas pode fazer com que elementos da definição, embora sejam substancialmente os mesmos, variem adjetivamente. Assim é que os sistemas podem ser sistemas cognitivos, isto é, sistemas de conhecimento, ou sistemas objetivos, isto é, sistemas de objetos de conhecimento (CANARIS, p. 13). Segundo uma tal classificação, o direito pode ser um sistema cognitivo e, também, um sistema objetivo. Como sistema cognitivo, o direito pode ser uma ciência, a ciência do direito. Como sistema objetivo, o direito pode ser objeto de uma ciência, o objeto da ciência do direito.

Como sistema objetivo, o direito é um sistema teleológico-axiológico. Sistema teleológico-axiológico, o direito apresenta-se como totalidade ordenada segundo unidade de sentido dada por valores, ao contrário de sistemas lógico-axiomáticos, que encontram tal unidade em conceitos (CANARIS, p. 66 et seq.). Tais valores se apresentam como elementos sem caráter normativo imediato, como princípios gerais de direito (CANARIS, p. 76 et seq.). Assim, o direito se mostra um sistema na medida em que se apresenta como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais (CANARIS, p. 85).

Dizer que o direito se apresenta como um sistema axiológico-teleológico implica dizer que, ao contrário de um sistema lógico-axiomático, o sistema jurídico é aberto e móvel (CANARIS, p. 107 et seq., p. 134 et seq.). Sistemas lógico-axiomáticos apresentam-se como fechados e imóveis porque, a partir de uns poucos axiomas, fórmulas tidas como verdades auto-evidentes, podem ser resolvidos todos os problemas que surjam. Ora, o direito não se mostra como um sistema dessa última espécie. Não se pode conceber que as soluções para todos os problemas que venham a surgir estejam contidas no sistema jurídico. A própria idéia de que o sistema jurídico prevê mecanismos de solução de antinomias e de preenchimento de lacunas infirma uma concepção lógico-axiomática desse sistema. Assim, o sistema jurídico está em permanente interconexão e intercâmbio com o mundo vital (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 148 et seq.; CRUZ, 2001, p. 111 et seq.). O sistema jurídico, por isso, só se concebe como sistema aberto porque permanentemente suscetível às influências das forças atuantes no mundo objetivo (natural), no mundo intersubjetivo (social) e no mundo subjetivo (individual). E, por isso mesmo, está em permanente estado de adaptação às circunstâncias que constituem e em que são constituídas tais forças nos mundos natural, social e individual (HABERMAS, 1988, p. 243 et seq., 261 et seq., 509 et seq., 1997, v. 1, p. 17 et seq., 48 et seq., 1997, v. 2, p. 222 et seq.).

Se o sistema jurídico só se concebe como sistema aberto porque suscetível às influências do mundo objetivo, do mundo intersubjetivo e do mundo subjetivo e, por isso mesmo, móvel por ser adaptável aos referidos mundos, o sistema jurídico só se concebe enquanto sistema teleológico-axiológico; porque incompleto, necessariamente. Em não se mostrando um sistema lógico-axiomático, e, portanto, sendo incompleto, está predisposto ao contato com o mundo vital para configurar-se e conformar-se. Sem contato com o mundo vital, o sistema jurídico é

sistema potencial e não atual. A sua atualidade depende do seu contato com o mundo vital, de sua inserção no mundo vital, porque é no mundo vital que se constituem os problemas para os quais o sistema jurídico terá de apresentar soluções (MÜLLER, 1996, p. 186 et seq., 204 et seq.; GRAU, 2002, p. 64 et seq.). O sistema jurídico, portanto, na medida em que se atualiza com sua inserção no mundo vital, só se completa com vistas à solução dos problemas jurídicos (GRAU, 2002, p. 66 et seq.). Mas os problemas só são problemas jurídicos na medida em que se refiram a sistemas que se reputeem jurídicos. Por isso, pode-se dizer que sistemas jurídicos são aqueles que contêm soluções para problemas jurídicos e que problemas jurídicos são aqueles que buscam soluções em sistemas jurídicos. Desse modo, evita-se a idéia de uma dicotomia insuperável entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático (CANARIS, 1989, p. 273 et seq.; FREITAS, 1998, p. 130 et seq.). O sistema jurídico reformula-se constantemente na formulação das soluções mais adequadas para os problemas jurídicos que são permanentemente reformulados e reapresentados pelas forças atuantes e nas circunstâncias delineadas no mundo vital (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 138 et seq.).

Sistemas jurídicos, por isso, abertos, móveis, incompletos, em permanente contato com o mundo vital e em constante adaptação aos problemas jurídicos, não são lineares e planos. Formam-se a partir de um repertório e por meio de uma estrutura (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 165, 2001, p. 172). O repertório contém elementos normativos, isto é, elementos com caráter prescritivo explícito; mas o repertório contém, também, elementos não-normativos, isto é, elementos sem caráter prescritivo explícito ou com caráter prescritivo implícito (FERRAZ JÚNIOR, 1989, 2001). Os elementos, prescritivos ou não, do repertório não esgotam os sistemas jurídicos, pois não ordenam a si mesmos. A ordenação dos elementos do repertório e sua adequação à totalidade do siste-

ma só são possíveis tendo em vista a unidade de sentido. E a unidade de sentido, responsável pela ordenação e pela adequação dos elementos do repertório, deve-se a regras de relacionamento que se encontram na estrutura (FERRAZ JÚNIOR, 1989, 2001). É por meio do repertório que os sistemas estabelecem soluções para os problemas jurídicos. Mas é a partir da estrutura que os sistemas jurídicos estabelecem seus contatos com o mundo vital em que se constituem tais problemas. O mundo vital, então, envolve os sistemas jurídicos tanto em sua dimensão estrutural quanto em sua dimensão repertorial.

Os sistemas jurídicos estão imersos na totalidade do mundo vital. Mas ao lado da espontaneidade desse mundo segue, com passos largos, a mecânica dos sistemas sociais. A formação dos sistemas sociais tem a clara tarefa de ordenar a explosão de espontaneidade em que se traduz o mundo vital. Submetendo os mundos natural e individual aos imperativos do mundo social e, depois, subordinando o mundo social aos seus imperativos, os sistemas sociais reduzem a complexidade das manifestações do mundo social e as conformam aos limites dos ditames do sistema político, do sistema econômico e do sistema cultural (HABERMAS, 1988, p. 243 et seq., 261 et seq., 280). Segue-se daí que os sistemas jurídicos estão imersos na totalidade do mundo vital reduzido e colonizado pelos imperativos dos sistemas sociais. Desse modo, as demandas do mundo vital, os problemas jurídicos são tão jurídicos quanto sejam capazes de oferecer soluções admissíveis pelos sistemas sociais em que se inserem (GUERRA FILHO, 2001, p. 186 et seq.). Incapazes de solucionar os problemas jurídicos com a menor perturbação possível, os sistemas jurídicos não os reconhecem como problemas jurídicos ou, até mesmo, não os reconhecem como problemas.

Sistemas jurídicos são, por isso mesmo, sistemas normativos, evidentemente. Neles minimamente se deve esperar encontrar parâmetros para a solução dos problemas

jurídicos. Mas os sistemas jurídicos são sistemas potenciais que só se atualizam na medida em que se inserem no mundo vital, na medida em que tomem contato com os problemas jurídicos que no mundo vital se formam. Portanto, os sistemas jurídicos são sistemas normativos. Mas são sistemas normativos abertos e móveis, porque incompletos. A sua atualidade depende de sua inserção no mundo vital. Depende, por isso, de uma mobilidade de seus repertórios e de uma certa flexibilidade de suas estruturas. Os sistemas jurídicos como sistemas normativos flexíveis não têm repertórios com conteúdos normativos totalmente pré-fixados e pré-determinados. Mas também não têm repertórios com conteúdos normativos completamente abertos a qualquer fixação ou determinação.

Os sistemas jurídicos são sistemas normativos na medida em que se compõem de normas, embora não só. E como sistemas normativos predis põem-se a regular as competências e comportamentos, as organizações e funções. Da regulação das competências e dos comportamentos, das organizações e das funções um sistema jurídico, como sistema normativo que é, não pode abdicar. Entretanto, como sistema social que também é, não pode prescindir de abrir-se às situações e aos sujeitos regulados. E é por isso que um sistema jurídico, como sistema normativo, é formado por dois tipos fundamentais de normas: princípios e regras (CANOTILHO, 1999, p. 1088 et seq.).

O modelo de sistema normativo de princípios favorece a adaptabilidade dos sistemas jurídicos às circunstâncias do mundo vital; mas prejudica a previsibilidade das forças atuantes nesse mundo; e, paradoxalmente, contribui para a controlabilidade dos sistemas sociais (CANOTILHO, 1999, p. 1088 et seq.). Por sua vez, o modelo de sistema normativo de regras favorece a previsibilidade das forças atuantes no mundo vital; mas dificulta a adaptabilidade dos sistemas jurídicos às circunstâncias desse mundo e, sem paradoxo, incrementa a

controlabilidade dos sistemas sociais (CANOTILHO, 1999, p. 1088 et seq.). O modelo, assim, de um sistema normativo composto por princípios e por regras tem mais conveniências do que inconveniências (ALEXY, 1994, p. 174 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 1089). Ele permite a tensão contínua entre os valores da permanência e da mudança, da previsão e da surpresa, do controle e da resistência, sem se quebrar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por regras, fazendo-nos mergulhar na bruta faticidade, e sem se esgarçar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por princípios, fazendo-nos voar para a pura validade (CANOTILHO, 1999, p. 1088 et seq.).

A continuidade dos sistemas jurídicos, entretanto, não se deve a serem compostos seus repertórios de normas caracterizadas como princípios e normas caracterizadas como regras. Portanto, não se deve a serem sistemas normativos modelados como sistemas normativos de princípios e de regras. A continuidade dos sistemas jurídicos modelados como sistemas normativos de princípios e de regras, que se formam e põem em constante tensão de valores e de metas, deve-se a serem, não sistemas normativos, mas não apenas sistemas normativos. Os sistemas jurídicos continuam, mesmo e apesar da tensão constante entre valores contraditórios, porque são, também, sistemas procedimentais. São, assim, sistemas de normas e sistemas de procedimentos (ALEXY, 1994, p. 172 et seq.). E, por isso, a continuidade e a adaptabilidade dos sistemas jurídicos devem-se a serem sistemas de normas produzidas e reproduzidas segundo procedimentos. Continuam, os sistemas jurídicos, adaptando-se, apesar da tensão dos valores que neles se integram, por serem sistemas de normas elaboradas e implementadas segundo procedimentos. O sistema jurídico é, portanto, um sistema normativo-procedimental, que se constitui a partir do modelo princípios/regras/procedimentos,

cujo sentido potencial contido em suas prescrições se atualiza e se concretiza pelo contato dialógico com as forças e nas circunstâncias do mundo vital inseridas nos determinados problemas jurídicos.

Os sistemas jurídicos têm, como se vê, funções importantes e destacadas. Têm funções políticas e têm funções jurídicas. As suas funções políticas consistem na busca de racionalização e em propiciar legitimação para os sistemas sociais. As suas funções jurídicas consistem nas tarefas de limitação (função negativa) e de determinação (função positiva) dos conteúdos normativos (LUHMANN, 1980, *passim*).

3. Ordenamento e sistema

É comum, ao falar de sistemas jurídicos, surgir logo a idéia de que ordenamento é um sistema (BOBBIO, 1994b, p. 71 et seq.). Em sua origem, a idéia de ordenamento está vinculada à noção de que a soma das partes constitui o todo e de que o todo constitui a soma das partes. Entretanto, o ordenamento, entendido como sistema jurídico, não pode ser devidamente compreendido senão como mais do que a mera soma de suas partes, mais do que o mero ajuntamento de normas (GUERRA FILHO, 2000, p. 133). Como disse, um sistema jurídico é um sistema normativo, mas não só. É, também, um sistema procedimental. É repertório, mas também é estrutura. O ordenamento, como sistema jurídico, é composto por elementos normativos e não-normativos e por regras de relacionamento entre eles. Esse o ordenamento potencial. Das relações estabelecidas entre suas múltiplas parcelas e do permanente contato com os conflitos jurídicos surge o ordenamento atual. E, assim, a passagem de uma concepção do direito como norma para uma concepção do direito como ordenamento representa mais do que uma troca de nomes. Representa uma mudança de perspectiva do microcosmo para o macrocosmo (GUERRA FILHO, p. 133). Representa, também, uma mudança de substância,

das partes para o todo, que não se resume à mera soma delas.

Tudo isso remete, forçosamente, à consideração do ordenamento como parcialmente constituído enquanto não em contato com os conflitos jurídicos. O ordenamento, abstratamente considerado, sem contato com esses conflitos, é ordenamento em potência, nunca em ato (GRAU, 2002, p. 72). O ordenamento jurídico potencial representa a possibilidade de vir a se concretizar como ordem jurídica. Uma possibilidade não assegurada de antemão. Sem a interpretação dos elementos do ordenamento em potência, seu sentido não se fixa. E sem a fixação dos sentidos possíveis do ordenamento, ele não ordena nada. Mas a interpretação é, também, aplicação, na medida em que se refere aos conflitos jurídicos. E a aplicação é interpretação na medida em que se refere ao ordenamento jurídico (GADAMER, 1998, p. 460 et seq., 482 et seq.). A concretização do ordenamento jurídico, portanto, passa pela interpretação do ordenamento em potência e dos conflitos em latência. Só se constitui o ordenamento como ordenamento atual, só atua o ordenamento, com a constituição dos conflitos como conflitos atuais, como conflitos ocorrentes. E a atualidade, ou não, de ordenamentos e de conflitos depende de um juízo de conformidade. Os conflitos são lidos através das lentes do ordenamento assim como o ordenamento é lido a partir da perspectiva dos conflitos (MÜLLER, 1996, *passim*; LARENZ, 1997, p. 293 et seq.; GRAU, 2002, p. 79 et seq.). Daí afirmar que o ordenamento abstrato é ordenamento apenas potencial, parcialmente constituído. O ordenamento atual, totalmente constituído, é sempre ordenamento concreto, porque atua atingindo os conflitos, porque se traduz em ordenação material das competências e dos comportamentos (GRAU, 2002, p. 73 et seq., 76 et seq.).

O ordenamento, compreendido como sistema, como sistema aberto aos conflitos advindos das relações entre as forças e nas circunstâncias do mundo vital e, pois, em constante mutação e adaptação, é mais do que a

mera soma de suas partes, é mais do que o mero ajuntamento de normas. Mas é também a soma de normas. O ordenamento em potência, portanto, o ordenamento parcialmente constituído, é também formado por normas e, por isso, também é conjunto de normas. Assim, se o ordenamento não é a mera soma de suas partes, não é mero ajuntamento de normas, nem por isso é menos do que a soma de suas partes, nem por isso é menos do que o conjunto de suas normas. O ordenamento abstrato concebe-se como ordenamento em potência precisamente porque contém ao menos normas e não porque contém apenas normas. É ordenamento porque predisposto a ordenar materialmente os conflitos jurídicos. E, sem normas, inexistente normatividade. O ordenamento em potência, assim, é o ponto a partir do qual se ruma para a constituição do ordenamento em ato, para a atualização do ordenamento, para a sua concretização. Por isso, o ordenamento potencial é limite (GRAU, 2002, p. 73 et seq., 76 et seq.). Para além dele se constitui o ordenamento atual. Aquém dele se nega a normatividade.

O ordenamento concebido, todavia, apenas como conjunto de normas e mesmo de não-normas, como a mera soma de suas partes, é apenas ordenamento em potência, ordenamento potencial, como possibilidade de ordenação e não efetiva ordenação material dos conflitos jurídicos. As normas em seu conjunto não trazem em si mesmas qualquer elemento que permita vinculá-las umas às outras. Não são as normas que estabelecem as relações entre si, mas outros elementos que, embora não pertencendo ao repertório do ordenamento, nem por isso deixam de pertencer ao ordenamento propriamente, porque residentes em sua estrutura. São os elementos da estrutura do ordenamento que organizam e põem em funcionamento os elementos normativos do repertório do ordenamento. E isso só o fazem por meio de elementos presentes no repertório que não possuem caráter normativo. A organização e funcionamento do repertório do

ordenamento devem-se aos elementos da estrutura do ordenamento, às regras de relacionamento. Mas as regras de relacionamento presentes na estrutura do ordenamento só incidem sobre o repertório e unificam os elementos normativos mediante outros elementos do repertório que não possuem caráter normativo explícito, cuja função é exatamente pôr os elementos normativos em contato. Por isso, mesmo em potência, o ordenamento é mais do que a mera soma de normas, porquanto tais normas não se relacionam entre si a partir e por si mesmas.

O ordenamento é mais do que a mera soma de suas partes, ainda que apenas considerado como ordenamento em potência. O ordenamento, ainda que potencialmente considerado, como possibilidade de vir a ser ordenação material dos conflitos jurídicos, é mais do que um mero conjunto de normas, e mesmo de normas e não-normas. É mais do que a soma dos elementos de seu repertório. Mas também é mais do que a soma dos elementos de seu repertório e de sua estrutura. O ordenamento em ato, o ordenamento atual, para além de simples possibilidade de vir a ser ordenação material dos conflitos, como efetiva ordenação material dos conflitos, é, também, composto por decisões (MÜLLER, 1996, p. 186 et seq.; GRAU, 2002, p. 84 et seq.). É só por meio de decisões que a abstrata previsão normativa encontra o ponto de contato a ser estabelecido com as concretas situações da vida. É a decisão que põe em movimento o ordenamento abstrato, o ordenamento em potência, fazendo-o atuar, concretizando-o para solucionar os problemas surgidos no mundo vital (MÜLLER, p. 186 et seq.; GRAU, 2002, p. 84 et seq.). Por isso, também, que o ordenamento, como sistema, não pode ser concebido apenas como sistema normativo.

O ordenamento não pode ser concebido apenas como sistema normativo porque não composto apenas por normas. Também o compõem não-normas. Mas, além disso, normas e não-normas são postas em relação entre si, são organizadas, por elemen-

tos outros. A organização dos elementos normativos e não-normativos dá-se por meio de um procedimento (GUERRA FILHO, 2001, p. 199 et seq.). E também por meio de um procedimento dá-se a colocação de tais elementos em funcionamento (GUERRA FILHO, p. 199 et seq.). Por isso, também, que o ordenamento, como sistema, não pode ser concebido como sistema normativo, pois é, também, um sistema procedimental, um sistema de procedimentos de organização e de funcionamento dos elementos normativos e não-normativos, responsáveis pela passagem do abstrato ao concreto, do potencial ao atual, da possibilidade à efetividade.

4. Norma, ordenamento e sistema

O ordenamento é mais do que a mera soma de suas partes. É mais que um mero ajuntamento de normas. Em seu conjunto, é, também, composto por não-normas e por relações. Mas, ainda assim considerado, não passa de um ordenamento em potência. O ordenamento abstrato é promessa de ordenação material dos conflitos. Não é a efetiva ordenação. O ordenamento, para converter-se em ordenação material de conflitos jurídicos, para converter-se em ordenamento em ato, para atualizar-se, tem de ser posto em contato com os conflitos jurídicos para, a partir deles, ser compreendido. Por isso, antes de interpretado e aplicado, o ordenamento não passa de promessa, de possibilidade, de potência. Pois as normas não são o que ali se encontra, mas o que resulta da interpretação e da aplicação, o que resulta da concretização.

Diferem, portanto, normas e disposições (ALEXY, 1993, p. 50 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 1129 et seq.; GRAU, 2002, p. 71 et seq.; ÁVILA, 2003, p. 22 et seq.). Há disposições que contêm normas e outras que não as contêm. Assim como há normas que se encontram em disposições e normas que não se encontram em quaisquer disposições. Certa disposição pode conter uma norma ou algumas normas. Como pode não conter

nenhuma norma. Certa norma pode se conter em uma disposição ou em algumas disposições. Como pode não se conter em nenhuma. Se, para ser atual, para ser uma efetiva ordenação material de conflitos jurídicos, o ordenamento tem de possuir normatividade, não pode ser visto, nem mesmo em potência, só como uma soma de disposições desprovidas de normatividade. Igualmente, não pode ser visto como soma apenas de disposições providas de normatividade. A transformação ou não de disposições em normas, isto é, a normatividade, depende do procedimento, da decisão. E a decisão só é tomada tendo em vista o conflito jurídico. Por isso, a normatividade, não se esgotando nas possibilidades das disposições, depende de decisões que se tomam a partir de elementos do ordenamento em potência, parcela do ordenamento efetivo, e do ordenamento em ato, parcialmente constituído. Assim, a norma em ato, elemento do ordenamento efetivo, é a norma de decisão, a norma formulada tendo em vista os conflitos jurídicos e a partir de elementos do sistema jurídico e do mundo vital (MÜLLER, 1996, p. 186 et seq., p. 204 et seq.).

Concebida como interpretação e aplicação, como concretização, de e a partir de disposições, providas ou não de normatividade, a norma, parcela do ordenamento, potencial e parcialmente contida em seu repertório, atualizando-se e completando-se no contato com os problemas jurídicos do mundo vital, a norma se apresenta ora como dotada do caráter de regra, ora dotada do caráter de princípio (ALEXY, 1993, p. 81 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 1086 et seq.; GRAU, 2002, p. 151-167; ÁVILA, 2003, p. 26 et seq.). A distinção de regras e princípios pode ser feita tendo em vista elementos materiais e elementos formais, segundo abordagens fracas e segundo abordagens fortes (ROTHENBURG, 1999, p. 15 et seq.; FARIAS, 2000, p. 25 et seq.). Pode-se conceber um princípio como uma disposição relativa, isto é, como uma disposição cuja aplicação não é absoluta, cuja incidência pode ser parcial, total

ou pode nem ser, tudo de acordo com as circunstâncias (DWORKIN, 1978, p. 24 et seq.; FARIAS, 2000, p. 27 et seq.; GRAU, 2002, p. 151-155; ÁVILA, 2003, p. 28, 35, 36, 43). Pode-se, por outro lado, definir princípio como mandado de otimização, como norma que manda otimizar os seus conteúdos (ALEXY, 1993, p. 86 e 87; ROTHENBURG, 1999, p. 16, 24, 32 et seq., 39 et seq.; FARIAS, 2000, p. 29-32; GRAU, 2002, p. 161-164; ÁVILA, 2003, p. 28-30, 36 e 43). Pode-se, também, definir o princípio como um juízo de concorrência, como uma norma que admite a concorrência das demais de mesma espécie para as mesmas situações (SANCHIS, 1992, p. 51 et seq.; FARIAS, 2000, p. 33, 34; GRAU, 2002, p. 165, 166). De outra parte, pode-se dizer que o princípio comporta uma série indefinida de aplicações (ROTHENBURG, 1999, p. 19; GRAU, 2002, p. 158-160). E, por fim, pode-se dizer que princípio é a norma dotada de capacidade expansiva e convivência conflitual (CANOTILHO, 1999, p. 1087; GRAU, 2002, p. 160 e 161).

À concepção do ordenamento como contendor de princípios e de que tais princípios sejam normas são levantadas sérias objeções (GRAU, 2002, p. 150 et seq.). A objeção fundamental é que os princípios são exigíveis não por serem eles mesmos dotados de capacidade normativa, mas porque são aplicados pelo juiz e, assim, respaldam-se em uma decisão fundada na força da coisa julgada (GRAU, p. 150). À concepção de que há normas, os princípios, que possuem uma tal especificidade que mereçam uma qualificação diversa de outras, as regras, opõem-se fortes objeções (GRAU, p. 155 et seq.). Segundo os críticos, a textura aberta não é característica só dos princípios, mas de todas as normas. Além disso, todas as normas têm a dimensão do peso, não apenas os princípios (GRAU, p. 156). À primeira objeção responde-se com a afirmação de que os princípios são encontrados, descobertos, no interior do ordenamento, e, portanto, são normas postas. Não valem por força da coisa julgada, que, em si mesma, consubstancia

um princípio de direito, mas porque são normas, integram o ordenamento e em seu interior são descobertos. A decisão, portanto, ao aplicar os princípios, é declaratória e não constitutiva (GRAU, p. 151). Responde-se à segunda objeção admitindo que a textura aberta não é característica apenas dos princípios e aceitando que todas as normas são dotadas da dimensão do peso. Entretanto, a abertura apresentada pelo texto de um princípio é completamente diversa da abertura apresentada pelo texto de uma regra. Os textos de um e de outra são abertos, como de resto têm de ser todos os textos normativos porque almejam a generalidade e a abstração. Porém, a generalidade e abstração de um princípio são inconfundíveis com a generalidade e abstração de uma regra. Os princípios contêm séries indefinidas de aplicações. As regras, ao contrário, contêm séries definidas (GRAU, p. 156 et seq.). Daqui, também, extrai-se a correção à objeção de que todas as normas são dotadas da dimensão do peso. Aceita tal afirmação, entretanto tal não implica que, em caso de conflito, em certos casos, entre regras, uma prevaleça porque mais importante do que a outra. Uma prevalecerá ou porque a outra não incide, e, assim, permanecerá no ordenamento para os casos em que incida, ou porque é inválida, e assim será afastada do ordenamento em definitivo. Com princípios isso não acontece. Princípios são sempre válidos e permanecem sempre válidos no ordenamento, ainda que afastados daquele caso (GRAU, p. 153, 154 e 156).

Outras objeções são, contudo, levantadas. Desta vez, ao próprio conceito de princípio como substancialmente diverso do conceito de regra; as objeções levantadas são de três ordens (ALEXY, 1993, p. 104 et seq.). Uns objetam que há princípios inválidos e que, portanto, não teria sentido diferenciá-los das regras a partir do dizer que os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade e entre princípios no plano do valor, pois haveria princípios inválidos (ALEXY, p. 105). Outros objetam que não se pode

dizer que os princípios sejam relativos, pois há princípios absolutos e que, portanto, não ingressariam em qualquer jogo de ponderação, pois teriam de ser forçosamente aplicados (ALEXY, p. 105-109). Outros ainda, por fim, objetam que o conceito de princípio possui tal amplitude que termina por se mostrar inútil, abarcando tanto que perderia a operacionalidade (ALEXY, p. 109-111). As respostas a tais objeções reafirmam o que no último parágrafo foi dito. Não há princípios que não sejam válidos. Na medida em que integrados ao ordenamento, valem todos sem distinção (ALEXY, p. 105). Incidem ou não, conforme as circunstâncias de cada caso, e precisamente por isso não há princípio que não seja relativo, relativo aos demais princípios e às regras e às circunstâncias do caso (ALEXY, p. 106). Por fim, a amplitude de um tal conceito é, exatamente, o que atribui a ele seus méritos. O conceito amplo de princípio, envolvendo tanto direitos individuais quanto bens coletivos, demonstra ser conveniente porque as propriedades lógicas existentes tanto naqueles quanto nestes, mormente no que tange à colisão, justificam um tratamento conjunto (ALEXY, p. 111).

Ao lado de tais objeções quanto à própria idéia de normas que sejam princípios, situam-se críticas quanto às muitas definições de princípios elaboradas ao longo dos anos (ÁVILA, 2003, p. 31-55). Não procede a afirmação de que o caráter hipotético-condicional das regras não se faz presente nos princípios. Em verdade, a prescrição de comportamentos e a prescrição de consequências estão presentes nos princípios assim como nas regras, mas de maneira diversa (ÁVILA, p. 33-35). Improcedente, também, a afirmação de que, quanto ao modo de aplicação, divirjam os princípios das regras. Nem mesmo as regras têm caráter absoluto, e os princípios não desconsideram, de maneira alguma, o concreto e o individual (ÁVILA, p. 36-42). Quanto à definição de princípio a partir da caracterização e da solução do conflito normativo, a crítica afir-

ma que a ponderação não é método privado dos princípios e o peso não é dimensão dos princípios, mas das situações; o mandado de otimização e o juízo de concorrência não constituem o núcleo dos princípios, mas se referem ao uso dos princípios (ÁVILA, p. 43-55). Por isso, conclui-se com o afirmar os princípios como normas diretamente referidas a fins e indiretamente a condutas (ÁVILA, p. 70).

Tendo em vista a tríade valor, norma e fato, o princípio estaria imediatamente referido ao valor e mediamente referido ao fato, enquanto a regra estaria imediatamente referida ao fato e mediamente referida ao valor. Diferenças, portanto, existem entre princípios e valores, do contrário não se refeririam aqueles a estes (ÁVILA, p. 72). Ocorre que princípios têm um caráter deontológico e valores, um caráter axiológico (ALEXY, 1993, p. 147) ou teleológico (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316-317). Os princípios são observados por serem devidos enquanto os valores são observados por serem melhores (ALEXY, 1993, p. 147). Princípios são, portanto, dotados de caráter normativo, dizem o que deve ser feito e não o que seria o melhor a ser feito. Diferenças também existem entre princípios e axiomas, entre princípios e postulados e entre princípios e critérios (ÁVILA, 1999). Como disse, axiomas são fórmulas tidas como verdades auto-evidentes. Princípios, para serem utilizados, dependem da comprovação de sua existência. Assim, não se confundem princípios e axiomas (ÁVILA). Também não se confundem princípios e postulados. Postulados são condições de possibilidade de conhecimento de determinado objeto. Ora, nesse sentido, os postulados estão para a ciência do direito como as normas estão para o direito. Inconfundíveis, pois, princípios com postulados (ÁVILA). Também, enfim, princípios não se confundem com critérios. Os critérios não são normas, mas dizem como devem ser aplicadas as normas. Os critérios são, portanto, metarregras de aplicação de normas; não são as próprias normas. Como

princípios são normas, inconfundíveis são, portanto, com os critérios (ÁVILA).

5. Princípio e sistema

A afirmação do ordenamento como sistema e do sistema jurídico como um sistema teleológico-axiológico, isto é, como uma ordem axiológica de princípios gerais, implica a aceitação de que o ordenamento é aberto e móvel, em constante contato com as forças atuantes e nas circunstâncias delineadas no mundo vital e em permanente adaptação aos problemas jurídicos advindos da dinâmica da totalidade da vida. Com tal concepção, francamente contrária à noção de um ordenamento caracterizado como um sistema fechado e imóvel, como um sistema lógico-axiomático, constituído de e a partir de uns poucos axiomas, torna-se fácil a aceitação da contradição entre normas como algo inerente. É só a partir da abertura e do movimento que caracterizam os sistemas jurídicos que se pode conceber a possibilidade de contradição entre normas.

Um sistema fechado, ainda que se movimente, movimenta-se segundo seus próprios mecanismos, que, por definição, são limitados. Sistemas fechados são, bem por isso, também, sistemas imóveis no limite. Um sistema fechado e imóvel tem de ser, também por definição, tido como completo, pois nada poderá ser utilizado de fora para oferecer as soluções que nele são buscadas. E nada nele se criará, porque não se transforma, imobilizado que está, para oferecer as soluções que de fora não podem ser trazidas. E, assim, além de completo, por definição, um sistema fechado e imóvel, também por definição, tem de ser visto como coeso e coerente. A presença de uma dimensão normativa e de outra procedimental, de elementos normativos e de elementos não-normativos, de elementos normativos caracterizados como princípios e de elementos normativos caracterizados como regras, que só adquirem significação ao passo que sejam concretizados, isto é, interpretados e apli-

cados, conforme as necessidades e as exigências dos problemas jurídicos, fazem dos ordenamentos o terreno fértil para que a contradição inerente ao mundo vital seja recebida e tratada com mínima perturbação.

A contradição nos ordenamentos vistos como sistemas teleológico-axiológicos, abertos e móveis, incompletos, sem coerência e coesão prévias, torna a tarefa de solução de conflitos algo mais do que uma tarefa jurídica propriamente dita. A tarefa de superar conflitos, assim, começa no interior do próprio sistema jurídico para depois se traduzir na busca de superação dos conflitos conforme configurados e desenvolvidos no mundo vital. A contradição inerente ao mundo vital invade o sistema jurídico e se mostra sob a forma de contradição entre normas. Ocorre que as normas variam de espécie e, assim, variam as possibilidades de contradição entre elas (ALEXY, 1993, p. 87 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 1107; GRAU, 2002, p. 171 et seq.; SARMENTO, 2002, p. 40). Surgem, assim, duas espécies de contradição: a) conflito entre regras; b) colisão entre princípios (ALEXY, 1993, p. 86; GRAU, 2002, p. 171). A superação dos conflitos entre regras se dá pelo método da exclusão, pois não podem conviver duas regras de igual campo de incidência com concomitante e idêntica validade. São aplicados, para superar ditos conflitos, critérios baseados em razões formais: a) lógicas (âmbito); b) cronológicas (tempo) e c) topológicas (hierarquia) (BOBBIO, 1994b, p. 91 et seq.). A superação das colisões entre princípios se dá pelo método da ponderação, pois não só podem conviver, como, a rigor, convivem, princípios de igual campo de incidência, e que nem por isso deixam de ser válidos. São utilizados, para superar ditas colisões, postulados fundados em razões materiais: a) jurídicas; b) fáticas (ALEXY, 1993, p. 111 et seq.; FARIAS, 2000, p. 31, 32; GUERRA FILHO, 2000, p. 182, 183; GRAU, 2002, p. 172 et seq.; SARMENTO, 2002, p. 87-90; ÁVILA, 2003, p. 108-117). A ponderação há de ser feita conforme possibilidades

jurídicas e segundo possibilidades fáticas. O postulado fundado em razões materiais de caráter jurídico determina que seja tomado o conjunto de normas e feito um juízo de proporcionalidade para otimizar os conteúdos normativos concorrentes dentro do possível segundo o sistema jurídico (ALEXY, 1993, p. 112 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 264 e 265; SARMENTO, 2002, p. 89 e 90; ÁVILA, 2003, p. 116 e 117). Os postulados fundados em razões materiais de caráter fático determinam que seja tomado o conjunto de fatos e feitos juízos de adequação e de necessidade para maximizar os comandos normativos dentro do possível segundo o mundo vital (ALEXY, 1993, p. 113 et seq.; CANOTILHO, 1999, p. 265; SARMENTO, 2002, p. 87-89; ÁVILA, 2003, p. 108 et seq., 114 et seq.).

À ponderação como método para a superação de contradições entre princípios levantam-se algumas objeções (SARMENTO, 2002, p. 141 et seq.). A primeira objeção é a de que o método da ponderação, mormente porque utilizado para superação de contradições entre direitos e outros bens, interesses e valores fundamentais, implica um esvaziamento de referidos direitos, bens, interesses e valores fundamentais (SARMENTO, p. 143 et seq.). A segunda objeção é a de que o método da ponderação conduz a uma irracionalidade da decisão porque torna o procedimento decisório imprevisível, dependente do arbítrio do juiz (SARMENTO, p. 145 et seq.). A terceira objeção é a de que a própria utilização do método da ponderação é eivada de ilegitimidade porque transforma o juiz em legislador sem que tenha passado, como este último, pelo crivo democrático (SARMENTO, p. 148 et seq.). Responde-se à primeira objeção com a afirmação de que o método da ponderação só se formula, precisamente, para evitar que direitos e outros bens, interesses e valores fundamentais sejam, no confronto com outras normas, preteridos e, assim, negados e/ou esvaziados (SARMENTO, p. 145). À segunda objeção responde-se com a afirma-

ção de que o método da ponderação não veta a possibilidade de controle objetivo do procedimento decisório e permite, com o passar do tempo, uma cristalização de certas orientações formadas de acordo com as decisões emitidas (SARMENTO, p. 146 e 148). E, por fim, para responder à terceira objeção, tem-se de aceitar que o método da ponderação é, antes de tudo, imprescindível diante da complexidade dos sistemas sociais contemporâneos (SARMENTO, p. 150 e 151). E, mesmo aceitando que ele possa conduzir à formação de órgãos judicantes autoritários, impermeáveis à legitimação democrática, porque não eleitos, a opção contrária, a opção de defender um completo afastamento das questões constitucionais, essencialmente políticas, das questões jurídicas só faz com que perca o direito, que se fechará nos limites de um sistema aristocrático de uma casta magistral, e perca a política, que mergulhará de vez no caos da insegurança e da imprevisão do mundo vital.

6. Conclusão

Apresentei, ao longo destas páginas, notas que tenho tomado a partir de estudos realizados sobre a teoria dos princípios e sobre a teoria dos sistemas.

Em um primeiro momento, tentei esclarecer os motivos que me levam a afastar de uma perspectiva positivista, na ciência em geral e na ciência do direito em especial.

Impossível ser imparcial, como quer o positivismo científico, pois impossível que não sejamos parte dos acontecimentos e não tomemos partido nos acontecimentos. Nunca descrevemos, por isso, a totalidade dos acontecimentos, mas apenas parcela deles. Assim como nunca descrevemos os acontecimentos sem que seja de um certo viés, sem tomarmos partido em favor desta ou daquela situação. Sempre somos parciais, portanto, e duplamente.

Impossível, também, adotar a perspectiva do positivismo jurídico, porque fragmenta o conhecimento. Não se pode pretender

fazer ciência do direito abordando apenas sua dimensão sociológica, ou apenas sua dimensão psicológica ou apenas sua dimensão lógica. E, além disso, impossível imaginar uma ciência do direito que não se preocupe com a discussão dos valores e não busque apontar-lhes fundamentos racionais. Uma tal ciência não é do direito, porque retira o direito da vida e aborta a vida existente no direito.

Evidentemente, portanto, as variantes positivistas, sempre formalistas, são, também, inaceitáveis. Especialmente inaceitável a postura do positivismo jurídico de variante normativista, seja porque reduz o direito todo à norma, seja porque reduz o conhecimento do direito à perspectiva das normas. O direito não se esgota em normas e nem se compreende a partir e por meio, simplesmente, das normas.

Em um segundo momento, tentei apontar a concepção que adoto para explicar os sistemas jurídicos e seu relacionamento com os demais sistemas sociais e com o mundo vital e, também, como não poderia deixar de ser, com os problemas jurídicos. Sistemas são totalidades ordenadas segundo certa unidade de sentido; totalidade ordenada tanto em sentido cognitivo (de conhecimentos) quanto em sentido objetivo (de objetos de conhecimentos).

Os sistemas jurídicos podem ser cognitivos (da ciência do direito) e objetivos (do direito propriamente). Como sistemas objetivos, são sistemas teleológico-axiológicos, isto é, totalidades ordenadas segundo unidade de sentido dada por valores, que se apresentam como princípios gerais.

Os sistemas jurídicos, como sistemas axiológico-teleológicos, são abertos, móveis, incompletos, porque permanentemente suscetíveis e adaptáveis ao mundo vital, confrontados que são pelos problemas jurídicos, assim entendidos se os sistemas jurídicos, reformulados constante e permanentemente, a eles oferecerem soluções suportáveis pelo mundo vital.

Os sistemas jurídicos formam-se por repertórios, compostos por normas e por não-

normas, em que se focam os problemas jurídicos na busca de soluções, e por estruturas, compostas por relações, pelas quais se colocam em contato com o mundo vital.

Os sistemas jurídicos são sistemas normativos na medida em que se compõem de normas, embora não só. São compostos por dois tipos fundamentais de normas: princípios e regras. Esse o modelo que, comparado com outros, apresenta mais conveniências do que inconveniências, por permitir a tensão sem quebrar-se e sem esgarçar-se.

Os sistemas jurídicos são, também, sistemas procedimentais. São sistemas de normas e sistemas de procedimentos. As normas são produzidas e reproduzidas segundo procedimentos. Os sistemas jurídicos nascem com regras e princípios, mas as regras e os princípios apenas se impõem por força dos procedimentos que as atualizam e as concretizam pelo contato dialógico com o mundo vital, conforme os problemas jurídicos.

Os sistemas jurídicos têm importantes e destacadas funções políticas, consistentes na racionalização e na legitimação dos sistemas sociais, e funções jurídicas, consistentes na limitação e na determinação dos conteúdos normativos.

Em um terceiro momento, tentei transportar esses elementos da teoria dos sistemas jurídicos e sociais para a análise dos ordenamentos, pois à idéia de ordenamento é comum vincular a idéia de sistema.

Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que meros conjuntos de normas. Os ordenamentos concretos são compostos por normas e por não-normas relacionadas entre si e em relação com os conflitos jurídicos. Enquanto não se põem em contato com os conflitos jurídicos, os ordenamentos são apenas parte, apenas potência, apenas possibilidade.

Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que meros conjuntos de normas, mas também são conjuntos de normas. São mais, e não menos, do que conjuntos de normas. Os ordenamentos, ainda que em

potência, são sempre limites, dentro dos quais se estabelece a normatividade.

Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que conjunto de normas e, também, são mais do que conjuntos de normas e de não-normas. São, também, mais do que conjuntos de relações. São, também, compostos por decisões. Como sistemas jurídicos, portanto, os ordenamentos são sistemas compostos por normas e não-normas relacionadas entre si e com os problemas jurídicos, com os conflitos jurídicos.

Em um quarto momento, por fim, tentei transportar esses elementos da teoria dos sistemas jurídicos e dos ordenamentos jurídicos para a análise das normas, muito especialmente, dos princípios.

A concretização dos ordenamentos passa pela interpretação dos ordenamentos em potência e dos conflitos em latência. Os ordenamentos atuais, em ato, totalmente constituídos, ordenamentos concretos, se traduzem em ordenações materiais das competências e dos comportamentos. Antes de interpretados e aplicados, os ordenamentos não passam de promessas, de possibilidades, de potências.

As normas resultam da interpretação e da aplicação, resultam da concretização. São diferentes das disposições. Uma disposição pode conter uma ou nenhuma norma, uma ou algumas normas. Uma norma pode conter-se em uma ou em nenhuma disposição, em uma ou em algumas disposições. Normas efetivas, que compõem ordenamentos concretos, atuais, são as normas de decisão, formuladas tendo em vista os conflitos.

As normas, em abstrato e em concreto, apresentam-se como regras ou como princípios, que se distinguem conforme elementos materiais e formais e segundo abordagens fracas e fortes.

Os princípios podem ser concebidos como disposições relativas, como mandados de otimização, como juízos de concorrência, como normas que comportam uma série indefinida de aplicações, por fim, como

normas dotadas de capacidade expansiva e convivência conflitual.

Improcedentes as objeções à normatividade e especificidade dos princípios. Eles integram o ordenamento, mais exatamente seu repertório, recebendo dele sua normatividade. Os princípios são normas, sem diferença de essência com as regras, mas apenas de forma e de grau.

Improcedentes, também, as objeções ao próprio conceito, envolvendo sua validade, relatividade e amplitude. Integrados ao ordenamento, os princípios são válidos, ou não são princípios. Incidentes, ou não, os princípios são sempre relativos, sempre estão em relação. Por fim, a amplitude do conceito é seu mérito.

Interessantes as críticas às definições de princípios. O caráter hipotético-condicional das regras se faz presente nos princípios, também. O modo de aplicação de princípios não é substancialmente diferente do modo de aplicação das regras. A ponderação não é método privativo dos princípios e o peso não é dimensão dos princípios propriamente ditos, mas das situações.

Uma definição adequada de princípios aponta para a circunstância de serem normas direta e imediatamente referidas a fins (valores) e indireta e mediamente a condutas (fatos), enquanto regras são normas indireta e mediamente referidas a fins (valores) e direta e imediatamente referidas a condutas (fatos).

Os princípios diferem de valores, de axiomas, de postulados e de critérios. Princípios são normas; valores não. Axiomas são auto-evidentes; princípios exigem demonstração. Postulados são condições para o conhecimento; princípios são objeto de conhecimento. Critérios se referem a normas, mas não são normas; princípios são normas.

Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são sistemas teleológico-axiológicos, inerentemente abertos, móveis, adaptáveis, flexíveis, incompletos e contraditórios, que só significam algo quando concretizados, conforme as necessidades e as exigências

dos problemas jurídicos, essencialmente conflitos.

A solução de conflitos é tarefa jurídica e política ao mesmo tempo, caracterizando-se pela busca de superação de conflitos interiores e exteriores aos sistemas jurídicos.

As contradições entre normas são ou conflitos entre regras ou colisões entre princípios. Supera-se a contradição de regras pela exclusão de uma delas, conforme critérios formais. Supera-se a contradição entre princípios pela ponderação entre eles, conforme postulados materiais.

Improcedentes as objeções à ponderação como método para a superação de contradições entre princípios. A ponderação não esvazia direitos e outros valores fundamentais. É a ponderação que impede o esvaziamento. Não implica irracionalidade e arbitrariedade da decisão, porque permite o controle objetivo do procedimento. A ponderação, por fim, não implica ilegitimidade, porque não eleitos os órgãos e agentes judicantes. Ela se dá por outros meios. E, nos sistemas contemporâneos, de altíssima complexidade, é inafastável.

Em conclusão, posso formular as seguintes observações.

As perspectivas do positivismo científico e do positivismo jurídico são absolutamente inadequadas à compreensão dos princípios em um sistema jurídico.

Os sistemas jurídicos não podem ser vistos senão em sua inserção com a totalidade da vida e, portanto, indesejáveis abordagens sociológicas, psicológicas e lógicas, mera e simplesmente. Os sistemas jurídicos só podem ser devidamente compreendidos em sua relação com os demais sistemas sociais e com o mundo vital, em sua dimensão fática e valorativa.

Os ordenamentos, como sistemas jurídicos, só adquirem sentido e só possuem alcance na medida em que se convertam em ordenamentos concretos, em ordenações materiais efetivas das competências e dos comportamentos e, assim, os ordenamentos, como sistemas jurídicos, só significam algo

se, e somente se, participarem da totalidade das relações do mundo vital como mais uma dimensão, prospectiva, dinâmica.

As normas, como integrantes de ordenamentos concretos, inconfundíveis com meras disposições, têm, necessariamente, de ser concretizadas segundo os parâmetros dos valores e dos fatos incidentes e ocorrentes nas situações em que se formarem conflitos jurídicos. É por isso que um modelo de ordenamento das competências e dos comportamentos que seja apenas e tão-somente constituído e pautado por regras é inaceitável. Assim como um modelo constituído e pautado apenas por princípios é inútil. A aceitabilidade e utilidade de um modelo de ordenamento das competências e dos comportamentos que se pretenda de caráter dinâmico e de natureza prospectiva depende de sua capacidade de manter seu contato com o mundo vital, estimulando sua espontaneidade, sem mergulhar em um caos da imprevisão. E, por igual, de manter-se como sistema sem fechar-se em um mecanismo de burocratização das demandas e de dominação das personalidades. E isso, já ficou demonstrado, só é possível em se tratando de um ordenamento modelado segundo princípios e regras, produzidos e reproduzidos segundo procedimentos conformados e informados pelo diálogo.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 1. ed. Madrid: Gedisa, 1994.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. 3. ed. México: Fontamara, 1994a.

- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994b.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CRUZ, Valéria Álvares. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. da USP: RT, 1976.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- _____. _____. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1- 2.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. 1. ed. Madrid: Taurus, 1988. t. 2.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. da UnB 1980.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Opere Scelte*. 2. ed. Roma: Riuniti, 1973.
- MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. São Paulo: Ensaio, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reest. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da praxis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

O tombamento no direito administrativo e internacional

Eduardo Tomasevicius Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural. 3. Conceito de tombamento. 4. Disciplina jurídica do tombamento. a) Nível federal. b) Nível estadual. c) Nível municipal. 5. Formas de tombamento. 6. Livros do Tombo. 7. Efeitos do tombamento. a) Faculdade de usar. b) Faculdade de fruir. c) Faculdade de dispor. d) Direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. e) Outros efeitos. 8. Natureza jurídica do tombamento. 9. O *leading case* sobre o tombamento no Brasil. 10. A defesa judicial do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. 11. A proteção internacional do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. 12. O “tombamento” internacional. 13. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho tem por objeto o estudo do tombamento, instituto do direito administrativo destinado à proteção dos patrimônios histórico, cultural, artístico e ambiental.

Será feito um estudo sobre o histórico da preservação, o quadro legislativo e institucional da matéria, os procedimentos e os efeitos que o tombamento produz em relação aos bens dos particulares.

Além disso, será estudada a preservação em âmbito internacional, incluindo o “tombamento” feito pela UNESCO.

Eduardo Tomasevicius Filho é bacharel e doutorando em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e advogado em São Paulo.

2. Histórico da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural

As primeiras manifestações da necessidade de preservação de bens de caráter histórico, artístico e cultural datam da Antigüidade. Naquela época surgiu a expressão “Sete Maravilhas do Mundo”. Também havia a idéia de proteção do belo e de bens memoráveis das conquistas romanas. Mas, ao longo da Idade Média, essa idéia de preservação praticamente desapareceu. Os materiais com que tinham sido construídos os monumentos da Antigüidade eram reaproveitados na construção de Igrejas, sem a menor preocupação com a preservação¹.

Apenas com o Renascimento cultural é que surgiu essa preocupação de proteção, sobretudo com o que sobrou daqueles criados pelos gregos e romanos. É famosa a carta do pintor Rafael Sanzio, que lamentava ao Papa Leão X a perda de bens preciosos daquele tempo. No mesmo sentido, são conhecidas as bulas de Pio II (1492) que proibiam a demolição de edifícios antigos públicos da Roma Antiga no âmbito dos Estados Papais (AVILA, 1994, p. 50).

Com efeito, a proteção dos bens culturais pelo Estado, tal como se conhece nos dias atuais, surgiu na época da Revolução Francesa², graças ao ideal do abade Henri Grégoire.

Henri Grégoire era um clérigo francês que teve uma vida bastante intensa. Lutou pelo fim do tráfico escravo nas colônias francesas, pela concessão de plena cidadania aos judeus franceses, bem como elaborou uma declaração de princípios de direito internacional. Estudou detidamente vários ramos do conhecimento artístico e propôs a criação de asilos para intelectuais de vários países que eram perseguidos politicamente. Foi nomeado deputado do clero para a Assembléia dos Estados Gerais de maio de 1789 em Versailles e chegou a ser presidente da Assembléia Nacional Francesa em 1791. Era republicano e se opunha a Napoleão Bonaparte.

Durante o “Período do Terror” na França, foi promulgado o Decreto de 12 de maio de 1792, que ordenava a eliminação de todas as marcas do feudalismo e do despotismo. Em 14 de agosto do mesmo ano, foi promulgada uma lei cujo preâmbulo dizia que os princípios da liberdade e igualdade não toleravam a existência de monumentos erguidos para a ostentação e tirania – em referência ao período anterior –, pois isso ofendia os olhos do povo francês (SAX, 1990, p. 1153).

O abade Grégoire posicionou-se contra essa tendência e realizou vários discursos na Assembléia Nacional francesa contra a destruição do passado da França, afirmando que tais atos eram um ataque à nação. Ele usou, em defesa do patrimônio histórico e cultural, os próprios ideais da Revolução Francesa de liberdade, pois a destruição dos bens culturais seria uma afronta à liberdade de expressão e manifestação de intolerância. Entre seus discursos proferidos à Assembléia Nacional, o primeiro e mais famoso foi o *Rapport sur les Destructions opérées par le Vandalisme, et sur les Moyens de le Réprimer*³. Foi o Abade Grégoire que usou pela primeira vez a palavra “vandalismo” como um ato de destruição dos bens culturais, em alusão aos godos e vândalos, que arrasaram o Império Romano do Ocidente, assim como também usava freqüentemente o termo “patrimônio comum” em seus discursos.

No Brasil, a primeira preocupação em preservação data de 1742, em Pernambuco. D. André de Melo e Castro, Conde de Galveias, protestou contra a transformação do Palácio das Duas Torres, erguido durante a ocupação holandesa no Brasil, em um quartel, mas foi em vão (PIRES, 1994, p. 29). Em 1915, durante o Concílio Plenário da América Latina, os arcebispos brasileiros condenaram a descaracterização do patrimônio da Igreja Católica.

3. Conceito de tombamento

Modernamente, uma das formas pelas quais é feita a proteção do patrimônio histó-

rico, artístico, cultural e natural é o tombamento.

De acordo com DI PIETRO (1995, p. 114-115), o tombamento consiste numa das modalidades de intervenção estatal na propriedade privada, por meio da qual o poder público protege determinados bens considerados de valor artístico ou histórico, determinando sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para sujeitá-los a restrições parciais, passando o bem a ser considerado de interesse público. Trata-se de uma restrição parcial, porque não impede o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio.

Complementando essa idéia, FIGUEIREDO (2001, p. 292) sustenta que o tombamento consiste no ato da Administração Pública de reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo.

Essa proteção decorre de mandamento legal, que a determina de pleno direito, cabendo aos órgãos estatais, aos indivíduos juridicamente vinculados a esse patrimônio, bem como a toda a coletividade, dar concretude a essas regras. Ou então pela forma mais comum, por meio de um processo administrativo.

Modernamente, o tombamento se estende não só aos monumentos e obras históricas e artísticas. Também compreende os recursos naturais, uma vez que se entende que ambos constituem o espaço em que o ser humano vive.

O fundamento do tombamento é a função social da propriedade, que modificou o conteúdo do direito de propriedade, ao impor ao titular desse direito a harmonização de seu exercício com o interesse público, o qual está na preservação desse patrimônio, implicando a produção de efeitos sobre o conteúdo desse direito, por meio da obediência aos deveres instituídos ao titular do direito.

4. *Disciplina jurídica do tombamento*

O tombamento do patrimônio cultural, artístico e natural é objeto de normas jurídicas nas três esferas governamentais no Brasil.

a) Nível federal

A partir de 1920, surgiu a preocupação estatal de criar-se um quadro legislativo e institucional para a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural no Brasil. Nessa década, muitas obras brasileiras estavam sendo enviadas ao exterior.

No governo de Getúlio Vargas, iniciaram-se intervenções estatais no sentido de preservar o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro. A primeira medida tomada foi o Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933, que elevou a cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional.

A proteção constitucional apareceu pela primeira vez na Constituição de 1937. O art. 134 dizia que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

Logo após, foi promulgado o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O anteprojeto desse diploma legal foi do escritor Mário de Andrade, que o elaborou a pedido do Ministro da Educação, Gustavo Campanema. Esse projeto vinha tramitando no Congresso Nacional antes da instituição do Estado Novo; daí ter assumido essa forma⁴. Ainda no governo de Getúlio Vargas, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, que permitiu ao Presidente da República cancelar o tombamento *ex officio* por motivo de interesse público.

A partir da Constituição de 1946, houve uma atenuação dessa disposição. O art. 175 dizia que “as obras, monumentos e docu-

mentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público”.

Sob a égide dessa Constituição, foi promulgada a Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos e estabelece a proteção dos mesmos pelo Poder Público. Porém, essa proteção não consiste em tombamento: prevê a apreensão do bem pelo Poder Público⁵.

A Constituição de 1967 estipulava no art. 172, parágrafo único, que “ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve essa mesma redação, no art. 180, parágrafo único.

A Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, estabeleceu que o tombamento de bens pelo IPHAN passaria a depender da homologação do Ministro da Cultura.

A Constituição Federal de 1988 foi a que mais tratou da preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. Diversos dispositivos relativos à proteção de bens culturais estão presentes.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal estabelece as competências administrativa e legislativa sobre esse tema.

O art. 23, em seus incisos III e IV, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de protegerem os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural. O art. 30, IX, reforça a competência dos municípios de promoverem a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

No que toca à competência legislativa sobre o tombamento, o art. 24, em seus incisos VII e VIII, estabelece a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico, bem como sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Além da disciplina das competências, a Constituição Federal traz normas sobre o patrimônio cultural brasileiro.

“art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º (omissis)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”⁶.

Recentemente, foi promulgado o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que Constituem Patrimônio Cultural Brasileiro. Os efeitos desse decreto não se referem à intervenção estatal na propriedade privada, mas se trata de um registro das manifestações culturais brasileiras que merecem ser preservadas e incentivadas pelo Estado.

Em nível federal, o órgão responsável pela preservação do patrimônio histórico é o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), criado por meio da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que dava nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública⁷.

b) Nível estadual

No Estado de São Paulo, há o Decreto-Lei Estadual nº 149, de 15 de agosto de 1969, que dispõe sobre o tombamento de bens, para a proteção do patrimônio histórico e artístico estadual. O Decreto nº 13.426, de 16 de março de 1979, modificado pelo Decreto nº 20.955, de 1º de julho de 1983, regulamentam o processo de tombamento em nível estadual.

Há também a Lei Estadual nº 10.235, de 12 de março de 1999, que estabelece a reparação por agressões ao Patrimônio Cultural do Estado. Essa Lei, ao contrário do que parece indicar, define o conceito de patrimônio cultural difuso como sendo a paisagem existente, natural ou urbana, as edificações, a vegetação e a conformação topográfica natural do solo e dos corpos d’água, e institui um valor de reparação, que corresponde a 0,1% do valor da obra a ser feita. Na verdade, trata-se de uma taxa de construção instituída pelo Estado de São Paulo, sob a forma de indenização prévia fixada em lei.

No Estado de São Paulo, o órgão responsável pela preservação do patrimônio tombado é o CONDEPHAAT - Conselho de De-

fesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, criado pelo art. 128 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967 e regulamentado pela Lei Estadual nº 10.247, de 22 de outubro de 1968.

c) Nível municipal

A Lei nº 10.032, do Município de São Paulo, de 27 de dezembro de 1985, com modificações feitas pela Lei nº 10.236, de 16 de dezembro de 1986, traz disposições sobre o processo e os efeitos do tombamento de bens tombados nesse município. Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios não obtiveram competência para legislar sobre essa matéria, ao contrário das Constituições Federais anteriores, que eram omissas a esse respeito.

No entendimento de TELLES (1992, p. 93-94), a Constituição Federal permite que os municípios continuem legislando sobre a matéria, ao sustentar que o tombamento se insere em matéria de interesse local e que, portanto, a legislação municipal seria constitucional com base no art. 30, I, da Constituição Federal.

No nosso entender, essa argumentação não procede, porque o art. 24, VII, da Constituição Federal reserva expressamente à União e aos Estados essa competência legislativa. Isso porque, sob a alegação de “interesse local”, permitir-se-ia aos municípios legislar sobre qualquer assunto, o que não parece ser razoável. Logo, *a contrario sensu*, foi vedado aos municípios legislar sobre essa matéria⁸.

No município de São Paulo, o órgão responsável pelo patrimônio tombado é o CONPRESP – Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo, criado pela Lei Municipal nº 10.032, acima referida.

5. Formas de tombamento

O tombamento pode ser realizado de diversas formas. A mais simples delas é aquela realizada por lei, que estabelece o tomba-

mento de um bem móvel ou imóvel, ou de uma determinada região. É o caso do tombamento dos quilombos feito pela Constituição Federal no art. 216, § 5º. Outro caso de tombamento feito por lei é o tombamento de bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 10.413, de 12 de março de 2002).

A segunda forma de tombamento é a realizada por processo administrativo. No âmbito federal, este é disciplinado nos arts. 6º a 10 do Decreto-Lei nº 25, com as devidas adaptações às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e ao disposto na Lei nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999.

O Decreto-Lei nº 25 dividiu o tombamento em duas categorias:

a) quanto à executoriedade do procedimento: tombamento voluntário e tombamento compulsório;

b) quanto ao caráter da medida: tombamento provisório e tombamento definitivo.

O tombamento voluntário, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 25, é realizado “sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional”, a juízo do IPHAN, ou “sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo”.

O tombamento compulsório, disciplinado nos arts. 8º a 10 do Decreto-Lei nº 25, ocorre sempre que o proprietário se recusar a anuir à inscrição do bem em qualquer dos Livros do Tombo.

Nesse caso, o procedimento é o seguinte⁹:

1. O IPHAN notificará o proprietário do bem que a União tem interesse em tombá-lo. O proprietário poderá impugnar o tombamento, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação.

2. O órgão que tiver emanado a iniciativa do tombamento terá 15 dias para sustentar essa iniciativa.

3. Findo o prazo, os autos serão remetidos ao Conselho Consultivo do IPHAN, que

proferirá decisão dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento¹⁰.

4. Caso a decisão do Conselho Consultivo do IPHAN seja pelo tombamento do bem, requer-se a homologação desta pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292, art. 1º; Portaria SPHAN nº 11, art. 21).

O Decreto-Lei nº 25 estabelece expressamente que não caberá recurso da decisão do Conselho Consultivo do IPHAN (art. 9º, 3). Mas, em 1943, o Supremo Tribunal Federal já afirmava ser inoperante essa regra¹¹.

Outra modificação superveniente a esse processo de tombamento é a destinada a assegurar a ampla defesa ao proprietário do bem (CF, art. 5º, LV), mediante a possibilidade de produção de provas, a qual se dará em atividade de instrução prevista nos arts. 29 a 47 da Lei nº 9.784.

Ao tratar-se do processo administrativo, cumpre analisar o caráter dos critérios para o tombamento.

Nesse ponto também há controvérsias se é uma medida discricionária do Poder Público ou vinculada à lei.

Essa questão decorre do fato de estabelecer se os critérios de historicidade, arte, cultura ou natureza, contidos no parecer, são juízos de valor, e daí ser subjetivo e discricionário o tombamento do bem, ou se a elaboração desse juízo é objetiva, atende a critérios determinados e, portanto, a decisão de tomar o bem seria vinculante ao parecer.

Na opinião de FIGUEIREDO (2001, p. 293), com base em decisão jurisprudencial, o tombamento é um ato vinculado. “O tombamento, sob esse aspecto, é ato vinculado. Em outro falar, sem a existência de determinados pressupostos fáticos explícitos em lei, e sem obediência rigorosa ao devido processo legal, não se poderá verificar”.

DI PIETRO (1995, p. 122) entende que se trata de ato discricionário. “Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da cole-

tividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público”.

No nosso entender, apenas a produção dos pareceres sobre o bem a ser tombado não é discricionária, porque há em sua elaboração o uso de critérios científicos que permitem a especialistas dizerem se um determinado bem atende ou não aos critérios de historicidade, artístico e cultural. Porém, quanto à decisão final sobre o tombamento, esta sim é discricionária, porque o Estado, embora seja obrigado a preservar o bem, não é obrigado a fazê-lo exclusivamente pelo tombamento, uma vez existirem outras formas de proteção. Assim, fica a cargo do Estado decidir se o tombamento é a medida necessária para a preservação. A fim de conciliarem-se os estudos técnicos feitos sobre o bem com a decisão sobre a conveniência do tombamento, pode-se invocar por analogia o art. 182 do Código de Processo Penal, o qual diz que o juiz não está vinculado ao laudo dos peritos na formação de seu convencimento sobre o fato.

6. Livros do Tombo

O art. 4º do Decreto-Lei nº 25 estabelece os Livros do Tombo, nos quais são registrados os bens que passarão a ser protegidos pelo Poder Público, pelo seu proprietário e pela coletividade em geral. São eles¹²:

a) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico, Paisagístico: nesse livro serão registradas as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, bem como os monumentos naturais, sítos e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

b) Livro do Tombo Histórico: ficam registradas as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica.

c) Livro do Tombo das Belas Artes: são registradas as obras de arte erudita, nacional ou estrangeira.

d) Livro do Tombo das Artes Aplicadas: neste são registradas as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) não cuidou do tombamento. Porém, para resguardar direitos de terceiros, há o costume de mandar averbar-se o tombamento do bem imóvel no Registro de Imóveis, com fundamento no art. 246 dessa Lei.

7. Efeitos do tombamento

O tombamento é uma interferência no conteúdo do direito de propriedade. Para que se compreendam seus efeitos na propriedade, é necessário invocar o art. 1.228 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que estabelece o seguinte: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O uso consiste no aproveitamento do bem de acordo com a vontade do proprietário e caracteriza-se pela não-modificação do bem, porque o uso só é possível justamente porque continua a existir (BESSONE, 1996, p. 231). A fruição do bem consiste no poder de colher os frutos naturais e civis do bem, bem como de explorá-lo economicamente (RODRIGUES, 1997, p. 74). E a disposição é a faculdade de transferir, no todo ou em parte, as prerrogativas da propriedade a terceiros, e a possibilidade de destruição do bem segundo uma finalidade economicamente útil. Não se admite, tal como no direito romano, a destruição imotivada do bem (BESSONE, 1996, p. 232-233).

Os bens tombados sofrem alterações em relação às categorias previstas no Código

Civil sobre os tipos de bens. Na lição de MARÉS (1992, p. 21):

“o bem cultural assim reconhecido pelo Poder Público passa a estar especialmente protegido e se lhe agrega uma qualidade jurídica modificadora, de tal ordem que fica alterada a sua classificação legal. Ele deixa de ser fungível ou consumível, por exemplo, embora continue móvel ou imóvel, público ou privado. Além disso, não fica fora do comércio, salvo se forem do domínio público, embora sofra restrições quanto à exportação e o direito de preferência do Estado”.

Acerca dos efeitos do tombamento, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, elencou-os no Capítulo III (arts. 11 a 21), e no Capítulo IV (art. 22) o direito de preferência sobre a aquisição do bem tombado.

Os efeitos do tombamento em relação às faculdades do direito de propriedade são os seguintes:

a) Faculdade de usar

O tombamento restringe a faculdade de usar o bem, ao estabelecer que as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa, elevada ao dobro em caso de reincidência (art. 20).

Também não se permite ainda retirar a obra do País sem autorização do IPHAN. Em caso de descumprimento, o bem tombado será seqüestrado pela União ou pelo Estado em que se encontrar (art. 15, *caput*, § 1º, 2º, 3º).

Em caso de mudança do bem para outra localidade, o proprietário fica obrigado a inscrevê-lo no registro do lugar para que tiver sido transferido (art. 13, § 2º). E o bem tombado deve estar incluído em uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade (art. 5º da Convenção Relativa à Pro-

teção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural).

b) Faculdade de fruir

O proprietário de um bem tombado não pode retirar o bem do País, salvo por curto prazo, e somente para fins de intercâmbio cultural, mediante autorização do Conselho Consultivo do IPHAN (art. 14).

Em relação à faculdade de fruir do bem, houve muitas controvérsias nos Tribunais brasileiros, decorrentes do tombamento de áreas com cobertura vegetal destinadas a se transformarem em parques ecológicos. No Estado de São Paulo, foram propostas centenas de ações sobre o tombamento da Serra do Mar, sob a alegação de que houve uma restrição da fruição dos prédios localizados na região desse parque, pois não seria possível explorar economicamente a vegetação, nem se construiriam empreendimentos de turismo. Foram julgadas procedentes indenizações milionárias aos proprietários, mas, atualmente, reverteu-se esse entendimento, inclusive, no sentido de rescindir as decisões anteriormente proferidas nessa matéria.

c) Faculdade de dispor

Quanto à faculdade de dispor do bem tombado, as restrições são as seguintes:

i) obrigação do adquirente de registrar a transferência do bem no prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis* (art. 13, § 1º);

ii) não poderá vender o bem para fora do País (art. 14);

iii) os bens tombados não poderão ser destruídos, demolidos ou mutilados, nem, sem prévia autorização especial do IPHAN, ser reparados, pintados ou restaurados, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado¹³ (art. 17), e, em se tratando de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa. (art. 17, parágrafo único);

iv) em caso de necessidade de obras no bem tombado, o IPHAN deverá executá-las,

a expensas da União, dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação do bem tombado (art. 19, § 1º);

v) os bens tombados que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidos de uma à outra das referidas entidades (art. 11). Fica obrigada a entidade adquirente a notificar o IPHAN sobre a transferência (art. 11, Parágrafo Único);

vi) o proprietário da coisa tombada que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer levará ao conhecimento do IPHAN a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa (art. 19, *caput*, § 1º). Também o proprietário pode ser restringido temporariamente do uso do bem, em caso de urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, hipótese em que o IPHAN poderá tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, por conta da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário (art. 19, § 3º);

vii) a União, Estados e Município têm direito de preferência na aquisição de bens tombados, podendo, em caso de descumprimento, seqüestrar o bem e impor multa de vinte por cento ao adquirente e ao alienante do bem (art. 22).

d) Direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

O art. 16 do Decreto-Lei nº 25 estabelece que, “no caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa”.

e) Outros efeitos

Um efeito do tombamento não enquadrável nas faculdades do direito de propriedade é o previsto no art. 18 do Decreto-Lei nº

25. Consiste na instituição de servidão, tendo como prédio dominante o bem tombado e como prédios servientes os bens na vizinhança do bem tombado. As proibições decorrentes dessa servidão são que, sem prévia autorização do IPHAN, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se nesse caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto¹⁴.

O art. IV da Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado proíbe que os bens culturais e suas redondezas sejam utilizados para fins que possam expô-los à destruição ou deterioração em casos de conflito armado.

8. *Natureza jurídica do tombamento*

Quanto à natureza jurídica do tombamento, discute-se se é uma espécie de modalidade de intervenção estatal na propriedade privada ou espécie de servidão administrativa.

De acordo com MELLO (2001, p. 704), o tombamento de bens em favor do patrimônio histórico constituiria servidão administrativa.

De acordo com DI PIETRO (1995, p. 122-123), o tombamento constituiria categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão, porque o ato de inscrever o imóvel no Livro do Tombo não é uma servidão, visto não existir a coisa dominante. A restrição não é imposta em benefício de coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas, ao contrário, tem por objetivo satisfazer a interesse público genérico e abstrato sobre o patrimônio histórico e artístico nacional.

De acordo com TELLES (1992, p. 40 e seg.), o tombamento pode ser classificado tanto como limitação administrativa, quanto como servidão administrativa. O tombamento, segundo o autor, seria limitação ad-

ministrativa, enquanto sua incidência fosse encarada, exclusivamente, como providência restritiva do direito de propriedade, de natureza primacialmente pessoal. Poderia, da mesma forma, ser entendido como servidão administrativa quando verificado o reflexo de sua atuação, especificamente sobre o bem atingido.

Nossa opinião é a de que o tombamento é um instituto jurídico decorrente da função social da propriedade e que lhe dá concreitude, de natureza declaratória, no sentido de reconhecer o caráter intrínseco do bem que dá ensejo ao tombamento, e constitutiva, modificativa do conteúdo do direito de propriedade, ao impor determinados ônus, deveres e sujeições ao proprietário do bem tombado. A servidão administrativa que é instituída nesses casos é mera decorrência da lei do tombamento. Ela atua como um instituto acessório do tombamento e não tem um fim em si mesmo. Apenas visa assegurar uma maior proteção ao bem tombado.

9. O leading case sobre o tombamento no Brasil

O Decreto-Lei nº 25 teve sua constitucionalidade argüida perante o Supremo Tribunal Federal, caso esse que se tornou “leading case” da matéria de tombamento no Brasil (Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, in Revista Forense nº 98 – Abril de 1944). A análise desse acórdão é extremamente interessante, porque naquela época já haviam sido ventiladas diversas questões sobre o tombamento, que foram julgadas com proficiência pelos ministros, mas continuam a ser discutidas até hoje.

Essa apelação decorreu da ação proposta em face do então SPHAN por não ser monumento histórico o imóvel da Praça 15 de Novembro de nº 34, tombado porque estava colocado sobre o Arco de Teles, no Rio de Janeiro. O acórdão transcreve trecho do parecer sobre o imóvel: “O Arco de Teles forma com o chafariz de D. Maria I e o Palácio de Bobadela um conjunto que integra o pa-

trimônio histórico do velho Largo do Paço, antigo Terreiro da Polé. São reliquias veneráveis, de aspectos familiares do Rio de antanho, muita vez descritas e reproduzidas em gravuras, nos livros de viajantes estrangeiros”.

A primeira parte desse acórdão discute se o Poder Judiciário poderia ou não entrar no mérito do laudo que fundamentou o tombamento desse imóvel, elaborado pelo historiador Pedro Calmon. Quanto a esse aspecto, entendeu-se que o Poder Judiciário apenas podia examinar a legalidade do ato, mas não poderia entrar no mérito do valor artístico ou histórico do imóvel. Mesmo assim, embora entendesse não ser possível entrar no mérito da questão, o Min. Filadelfo Azevedo emitiu seu ponto de vista sobre o imóvel tombado: “E que, embora, na minha deficiente apreciação estética, considere o atual conjunto como verdadeiro mostrengo, à moda de arlequim, vestido por metades diversas, seria irrecusável a existência de outro aspecto, o histórico, ainda que também desautorizadamente me parecesse mais valiosa a documentação iconográfica já existente do conjunto da velha praça do que a conservação desse fragmento, mutilado e deformado, não de uma Acrópole, mas de pardieiro anti-higiénico, cuja construção não orgulharia a simples mestre de obras”.

Mas quanto à inconstitucionalidade desse Decreto-Lei nº 25, houve grande debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, relatados na íntegra nesse acórdão. O advogado do proprietário do bem tombado alegou que o tombamento, feito sem a aquiescência do proprietário, e até contra a vontade do mesmo, atentaria contra o direito de propriedade, garantido pela Constituição, porque o Decreto-Lei nº 3.365, de 21.08.1941, teria estabelecido a preservação e conservação dos monumentos históricos ou artísticos como casos de utilidade pública que ensejariam a desapropriação. Mas, por maioria de votos, entendeu-se ser constitucional esse diploma legal, porque, na opinião

da maioria dos ministros, a Constituição de 1934 teria inaugurado um novo conceito de propriedade. O direito absoluto de propriedade, consagrado na Constituição de 1891, não mais coadunava com a realidade daquela época. A Constituição de 1937, ademais, teria permitido que a lei ordinária pudesse limitar o conteúdo do direito de propriedade para atender o interesse social. O Min. Castro Meira, inclusive, sustentou que essas limitações relativas ao tombamento eram decorrência da função social da propriedade. Os ministros vencidos entendiam que só seria constitucional o tombamento voluntário. O tombamento compulsório seria inconstitucional, porque seria uma forma disfarçada de desapropriação. Nesse caso, o correto seria a desapropriação do imóvel, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.08.1941, que estabelecia como caso de utilidade pública a preservação do patrimônio histórico e cultural, bem como esse diploma legal era posterior ao Decreto-Lei nº 25/37.

10. A defesa judicial do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural

A proteção do patrimônio histórico, artístico, e cultural na esfera judicial está presente no direito brasileiro há aproximadamente quarenta anos. A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplina a ação popular, permitia que qualquer cidadão pudesse solicitar ao Poder Judiciário a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio dos entes públicos ou que a esses estejam ligados. O art. 1º, § 1º, dessa Lei estabelece que “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Contudo, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, conferiu sobretudo ao Ministério Público um grande poder para a proteção do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Além disso, a própria Consti-

tuição Federal de 1988 lhe incumbiu de defender esse patrimônio, ao contrário das demais Constituições, que sequer mencionavam quais seriam suas funções institucionais¹⁵.

Como ressalta MARÉS (1992, p. 25), a ação civil pública é um avanço em relação à ação popular, porque, “enquanto a ação popular é a ação do cidadão contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública é contra o Estado e particulares que causem danos ao meio ambiente, consumidor ou patrimônio cultural. Pode não só anular atos como exigir obrigações de fazer ou não fazer, abrindo ampla possibilidade de defesa do patrimônio cultural, independentemente do tombamento”.

O Ministério Público e as diversas associações e organizações não governamentais vêm requerendo a tutela jurisdicional cada vez mais na defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural.

O problema que surge, a nosso ver, é o alcance prático de determinados preceitos cominatórios decorrentes da sentença proferida nos autos da ação civil pública. De acordo com o caso concreto, o tombamento pode ser o único remédio a ser empregado na preservação do bem. A ação civil pública é capaz de obrigar o particular ou o Estado a preservar o bem, ainda que liminarmente, mas não tem como constituir por meio da sentença o tombamento do bem, nem pode obrigar qualquer dos órgãos responsáveis a iniciar o processo de tombamento, caso isso seja necessário para a sua preservação. Seu máximo alcance é funcionar como um tombamento indireto, produzindo-se algum dos efeitos desse instituto jurídico *a posteriori* por meio da decisão judicial. Em suma, muitas vezes há a necessidade de que a sentença constitua o tombamento do bem, mas, devido à separação de poderes, não pode o Poder Judiciário substituir-se à Administração nessa matéria¹⁶. Nesse sentido é também o entendimento de RODRIGUES (1993, p. 62-63):

“Pode-se alegar que tombamento efetuado por ordem judicial colide com o processo administrativo previsto na legislação específica reguladora deste instituto de preservação do patrimônio cultural. Tal não ocorre, já que o processo judicial, com seu contraditório, garante amplo direito de defesa às partes, tanto ao autor, como aos co-réus proprietário e pessoa jurídica política de direito público interno, que podem apresentar todo o tipo de prova, inclusive alicerçarem-se em pareceres e perícias elaboradas pelos especialistas que desejarem. Tudo isto com direito ainda de recorrer à superior instância. Como se pode depreender, o processo judicial, neste caso, possibilita uma discussão mais ampla e equânime do que seu correspondente processo administrativo”.

11. A proteção internacional do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural

As guerras sempre provocam danos irreparáveis ao patrimônio histórico, cultural, artístico e natural. A história nos apresenta uma série de batalhas que arruinaram diversos monumentos de valor histórico.

A partir do século XIX, os tratados internacionais sobre as guerras passaram a se preocupar com a preservação desse patrimônio.

Em 1899, foi celebrada a Convenção II de Haia relativa às Leis e Usos em Guerras Terrestres. Entre os diversos artigos relativos à conduta dos exércitos durante as batalhas, foram inseridos dois artigos sobre a proteção do patrimônio histórico. O primeiro deles (art. 27) exigia que fossem preservados os alvos civis, como os hospitais, mas também os templos religiosos e prédios voltados à cultura e ciência. E o art. 28 proibia a pilhagem pelos exércitos, quando tivessem tomado uma cidade. Essas mesmas disposições foram reproduzidas na Convenção

IV de Haia de 1907, também sobre as Leis e Usos em Guerras Terrestres.

Porém, após duas Guerras Mundiais, destruições e confisco de obras de arte ocorreram. Sabe-se dos casos de confisco de obras de arte pelos nazistas e, posteriormente, pelos soviéticos. A destruição desses bens levou os países a refletirem sobre a necessidade de uma proteção mais abrangente detalhada desses bens pelo direito internacional.

Assim, foi celebrada, durante a Conferência Internacional reunida em Haia, de 21 de abril a 12 de maio de 1954, a Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado¹⁷.

Essa Convenção traz uma série de obrigações para os Estados de protegerem o patrimônio cultural em caso de guerra.

O art. III dessa Convenção estabeleceu a obrigação para os Estados de prepararem em tempo de paz a salvaguarda dos bens culturais situados em seu próprio território contra as conseqüências previsíveis de um conflito armado dentro de seus territórios, seja em caso de invasão por um país ou em caso de guerra civil. Essas medidas consistem, em linhas gerais, em respeitar os bens culturais do país invadido, bem como impedir sua destruição por vandalismo, inclusive dando apoio às autoridades locais responsáveis pela preservação do patrimônio histórico.

O art. VIII traz disposições sobre os locais destinados ao abrigo de bens históricos e culturais. Esses abrigos receberão proteção especial pelo país invasor, quando construídos a uma distância apropriada de um grande centro industrial ou de qualquer objeto militar importante, como, por exemplo, um aeródromo, uma estação de rádio, um estabelecimento destinado a trabalhos de defesa nacional, um porto ou uma estação ferroviária de certa importância, ou uma grande via de comunicações. Esses lugares não podem ser usados para fins militares. Também há disposições sobre o transporte de bens culturais durante esses conflitos, e

os bens culturais devem ser identificados por meio de um emblema, para evitar a sua destruição.

A etapa seguinte à preocupação com a destruição dos bens históricos durante as guerras consistiu na formulação da idéia de que há uma série de bens cuja importância transcende a um determinado povo, podendo ser considerados bens de toda a humanidade.

Nesse sentido, a Comissão das Nações Unidas para a Infância, Cultura – UNESCO, criada após a Segunda Guerra Mundial, tem exercido um papel muito importante na promoção da preservação do patrimônio cultural dos países¹⁸.

O primeiro desafio da UNESCO nessa matéria foi em 1959, com a decisão de construir-se a Represa de Assuã, no Egito, que traria como conseqüência o alagamento dos Templos de Abu Simbel. Ela organizou uma campanha internacional contra a destruição desses monumentos e, ao final, esses foram desmontados e transferidos para outro lugar.

A partir desse fato, a UNESCO passou a promover uma campanha para a disciplina do patrimônio histórico por meio do direito internacional.

Nesse sentido, foram elaboradas duas convenções internacionais. A primeira delas é a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícita dos Bens Culturais, aprovada pela XVI Sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris, de 12 de outubro a 14 de novembro de 1970¹⁹, que estabelece diversas obrigações para os Estados no sentido de reprimirem o tráfico ilícito de bens culturais e assegurarem a sua restituição aos países de origem.

A segunda convenção, e mais relevante para o objeto deste trabalho, é a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, aprovada na XVII Sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972²⁰.

Essa Convenção foi celebrada em razão da necessidade de uma normatização complementar às legislações nacionais sobre a preservação do patrimônio cultural, que estava sofrendo uma degradação mais intensa, em razão da evolução da vida social e econômica dos países. Isso foi reconhecido em seu Preâmbulo, ao dizer-se que “(...) a proteção desse patrimônio em escala nacional é freqüentemente incompleta, devido à magnitude dos meios que necessita e à insuficiência dos recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se acha o bem a ser protegido”.

O “espírito” dessa Convenção é de não interferência na soberania estatal relativa à proteção dos bens culturais e naturais. A proteção internacional é feita mediante compromissos dos Estados em preservarem esses bens, que são os seguintes:

a) identificar e delimitar os diferentes bens culturais e naturais situados em seu território (art. 3º);

b) empregar recursos na proteção dos bens culturais e naturais, requerendo, se for o caso, assistência e cooperação internacionais de que possa beneficiar-se, notadamente nos planos financeiro, artístico, científico e técnico (art. 4º);

c) adotar uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e a integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planificação geral (art. 5º, ‘a’);

d) instituir em seu território, na medida em que não existam, um ou mais serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal e meios apropriados que lhes permitam realizar as tarefas a eles confiadas (art. 5º, ‘b’);

e) desenvolver estudos e pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam a um Estado fazer face aos perigos que ameacem seu patrimônio cultural ou natural (art. 5º, ‘c’);

f) tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras ade-

quadas para a identificação, proteção, conservação, revalorização e reabilitação desse patrimônio (art. 5º, 'd');

g) facilitar a criação e o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação no campo da proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo (art. 5º, 'e').

12. O “tombamento” internacional

O processo de “tombamento” de um bem cultural ou natural pela UNESCO consiste na inclusão desse bem, cultural ou natural, em uma lista denominada “Lista do Patrimônio Mundial”. Nessa lista são relacionados os bens definidos nos arts. 1º e 2º dessa Convenção, considerados como tendo valor universal excepcional segundo os critérios que haja estabelecido o Comitê do Patrimônio Mundial.

O art. 11 da Convenção estabelece que cada um dos Estados-Partes na presente Convenção apresentará, *na medida do possível*, ao Comitê do Patrimônio Mundial um inventário dos bens do patrimônio cultural e natural situados em seu território que possam ser incluídos na Lista do Patrimônio Mundial. A inclusão nessa lista não poderá ser feita sem o consentimento do Estado interessado.

O procedimento de inclusão na Lista do Patrimônio Mundial é o seguinte (UNESCO, 2003):

1. o Centro do Patrimônio Mundial recebe a candidatura do bem a ser “tombado” e verifica se a documentação está completa;

2. o ICOMOS e o IUCN²¹ enviam especialistas para visitar os sítios, avaliar sua proteção. Após a visita, são elaborados relatórios técnicos que avaliam se o bem tem excepcional valor universal;

3. o *Bureau* do Patrimônio Mundial, órgão executivo de instrução dos trabalhos do Comitê do Patrimônio Mundial, examina esses relatórios do ICOMOS

e do IUCN, podendo fazer a recomendação para a inscrição do bem na Lista do Patrimônio Universal, ou solicitar informações adicionais para o Estado em que o bem está situado;

4. caso seja recomendada a inscrição, o Comitê do Patrimônio Mundial pode decidir pela inscrição do bem na Lista do Patrimônio Mundial, ou adiar essa decisão até que se obtenham informações mais aprofundadas, ou recusar a inscrição.

A proteção dos bens “tombados” pela UNESCO é feita sobretudo por meio da atuação estatal de cada país. No Brasil, por exemplo, as cidades tombadas pela UNESCO também o são pela União e sofrem fiscalização do IPHAN e do IBAMA, em relação ao patrimônio histórico e natural, respectivamente.

Em casos urgentes, o Estado em que se situa o bem poderá solicitar ajuda financeira da UNESCO para a preservação do bem “tombado”, mediante a utilização de verbas do Fundo do Patrimônio Mundial (arts. 13 e 15).

Em caso de os bens culturais ou naturais incluídos na Lista do Patrimônio Mundial estarem sofrendo ameaças de desaparecimento ou degradação, mas ainda podem ser preservados, o Comitê do Patrimônio Mundial os incluirá na Lista do Patrimônio Mundial em Perigo (art. 11, 4).

Não há uma sanção jurídica para o Estado que deixar o seu patrimônio “tombado” deteriorar-se. A única sanção possível é a sanção moral, que consiste na situação vexatória de ser visto com um Estado incapaz de cuidar do seu patrimônio histórico, cultural e natural (Vergonhoso descuido com o patrimônio histórico, 2003)²².

13. Conclusão

O tombamento é um instituto jurídico do direito administrativo destinado a preservar o patrimônio histórico, artístico, cultural e natural do país.

Não é instituto proveniente do direito português. A idéia da preservação é muito antiga e ganhou os contornos atuais na França, por meio do Abade Henri Grégoire.

Decorrente do princípio da função social da propriedade, o tombamento acarreta um gravame sobre as faculdades inerentes ao direito de propriedade, de modo a garantir essa proteção. Pode ser feito por meio da lei ou por processo administrativo, e atinge um único bem ou um conjunto deles, como é o caso do tombamento de um bairro ou de uma cidade.

As diversas esferas governamentais no Brasil legislam sobre o tombamento. A legislação federal sobre o assunto é a mesma desde 1937. Há dúvida sobre a constitucionalidade de as legislações municipais disciplinarem as restrições que o tombamento produz, após o advento da Constituição de 1988.

A proteção do patrimônio pelo direito internacional visa a complementação da proteção nacional, tendo em vista que determinados bens têm um valor universal e sua preservação interessa a toda a humanidade. O “tombamento” feito pela UNESCO, que eleva determinadas cidades à categoria de Patrimônio da Humanidade, consiste apenas na declaração desse caráter, ao incluí-la na Lista do Patrimônio Mundial. Não se trata, portanto, de um tombamento feito por uma organização internacional. Ao contrário, prescinde da intervenção do país em que esse patrimônio está localizado.

Notas

¹ Um trabalho muito interessante sobre a preservação do patrimônio cultural foi escrito por Joseph L. SAX (1990, p. 1142-1169).

² Costuma-se dizer que a preservação de bens culturais surgiu com a inscrição de determinados bens no livro localizado na Torre do Tombo, em Portugal, e daí o nome de tombamento. Ocorre que na Torre do Tombo era feito o registro das propriedades do Rei de Portugal, tal como nos dias de hoje é feito o registro dos bens imóveis nos Cartórios de Registro de Imóveis. Foi apenas no século XIX que a

Torre do Tombo passou a preservar a história de Portugal, devido à sua transformação em arquivo oficial daquele país. Além disso, o tombamento em Portugal é chamado de classificação, o que indica a palavra tombamento não guardar relação com a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural daquele país. (cf. INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo, 2003).

³ Tradução livre: Relatório sobre as destruições operadas pelo vandalismo e seus meios de repressão.

⁴ O Decreto-Lei nº 25 teve sua constitucionalidade argüida perante o Supremo Tribunal Federal, conforme se verá abaixo (STF, Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, RF nº 98 – abril de 1943).

⁵ Tendo em vista serem os processos de tombamento muito demorados, a prática faz com que se utilize essa lei para a preservação de um bem histórico, artístico, cultural ou natural, sob a alegação de ser um patrimônio arqueológico. Ainda que não tenha esse caráter, ao menos o bem fica “congelado”, de tal modo que o reconhecimento da improcedência do caráter arqueológico coincide com a procedência do tombamento do bem.

⁶ O tombamento constitucional dos quilombos decorre do fato de os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte terem ocorrido durante as comemorações do centenário da abolição da escravidão no Brasil.

⁷ A Lei nº 378 criou o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), que também foi disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37. O Decreto-Lei nº 8.534, de 2.1.1946, transferiu as competências do SPHAN para o DPHAN. Em 1970, o DPHAN foi transformado em IPHAN. E, em 13.11.1979, foi transformado em SPHAN. A Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, alterou o nome do SPHAN para IBPC – Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural. Porém, a Medida Provisória nº 610, de 8 de maio de 1994, por sua vez, alterou o nome do IBPC para IPHAN. Houve sucessivas reedições até a Medida Provisória nº 752, de 6 de dezembro de 1994, cujos efeitos foram convalidados pela Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998 (Lei da Reforma Administrativa).

⁸ Essa questão não é pacífica na Jurisprudência. Em Minas Gerais, por exemplo, há decisões que entendem ser constitucional a legislação municipal sobre tombamento (TJMG, Ap. Cível nº 000.256.230-4/00 – Comarca de Juiz de Fora. Relator Des. Bady Curi. Julgado em 07 de novembro de 2002) e outras decisões que entendem ser inconstitucional (TJMG, Ap. Cível nº 000.148.261-1/00, Comarca de Juiz de Fora. Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Julgado em 30 de setembro de 1999).

⁹ As Portarias SPHAN nº 10, de 10.09.1986, e nº 11, de 11.09.1986, disciplinam os procedimentos a

serem observados nos processos de aprovação de projetos a serem executados em bens tombados pelo IPHAN ou nas áreas de seus respectivos entornos.

¹⁰ A Jurisprudência entende ser abuso de autoridade a não decisão sobre o tombamento do bem, após decorridos mais de sessenta dias sem que haja uma decisão por parte dos Conselhos Consultivos dos Órgãos de Preservação do Patrimônio Histórico. Ver STJ, REsp nº 41.993-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. j. 19.06.1995; TJSP, Ap. Cível nº 120.187-5/6-00, Comarca de São Paulo, Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. 09.04.2002.

¹¹ Ver STF, Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, j. 19.08.1943, RF nº 98 (abril de 1943).

¹² O art. 140 do Decreto Estadual nº 13.426, de 16.03.1979, estabelece os seguintes livros do tombo: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo das Artes Aplicadas; Livro do Tombo das Artes; Livro do Tombo das Artes Populares; Livro do Tombo Histórico. O art. 9º da Lei Municipal nº 10.032, por sua vez, estabelece os seguintes livros de tombo: Livro de Registro dos Bens Naturais; Livro de Registro dos Bens de Valor Arqueológico, Pré-Histórico e Antropológico; Livro de Registro dos bens históricos, artísticos, folclóricos, bibliográficos, iconográficos, toponímicos e etnográficos; Livro de Registro dos parques, logradouros, espaços de lazer e espaços livres urbanos; Livro de Registro de edifícios, sistemas viários, conjuntos arquitetônicos e urbanos representativos e monumentos da cidade; Livro de Registro de bens móveis, incluindo-se acervos de museus, coleções particulares, públicas, peças isoladas de propriedade identificada, documentos raros de arquivos, mapas, cartas, plantas, fotografias e documentos de sensores.

¹³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Liminar – Sustação do prosseguimento de obras de loteamento – Admissibilidade – Área tombada – Adequação do registro imobiliário do loteamento às limitações administrativas – Substituição da indenização pela averbação das restrições – Preliminares rejeitadas – Recurso parcialmente provido – Voto vencedor. A grande inovação do tombamento é transformar o instituto jurídico da licença para construir em autorização para construir, modificar e alterar. Dessa forma, a Administração Pública passa a ter em suas mãos o juízo de conveniência e da oportunidade de modificação do bem tombado, não estando mais vinculada a critérios pré-ordenados como no caso da licença (TJSP, Apelação Cível nº 200.476-1 – Relator: Des. Alfredo Migliore – Comarca de Ubatuba – j. 01.02.94).

¹⁴ Há sobre essa questão o famoso acórdão em que o STF julgou se uma construção realizada em Petrópolis, RJ, prejudicaria a visão do Museu Im-

perial. Trata-se de sociedade que obteve da Prefeitura de Petrópolis alvará para construção de prédio do outro lado da avenida onde fica localizado o Museu. Quando a construção já estava no quinto pavimento, o SPHAN reclamou à Prefeitura, que revogou o alvará. Impetrou-se Mandado de Segurança contra essa decisão, sendo obtida a segurança em primeira e segunda instância (Tribunal Federal de Recursos). Aliás, o Relator do Caso, Min. Afrânio Antonio da Costa, foi pessoalmente até Petrópolis averiguar se a construção prejudicaria a visibilidade do Museu. Ele entendeu que não havia prejuízo, concedendo-se a segurança. Houve recurso ao STF, o qual não foi conhecido (STF, AI nº 26.603-DF, Rel. Min. Pedro Chaves. Julgado em 05 de julho de 1963).

¹⁵ Constituição Federal – “art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:(...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹⁶ Ação Civil Pública. Patrimônio Histórico. Tombamento. Pretensão Inviabilizada. 1. Quando o imóvel não for objeto de tombamento, oficialmente não compõe o acervo histórico nacional, sendo, pois, passível de pronta demolição e/ou reforma. 2. Recurso a que se nega provimento (TJES, Ap. Civil nº 023930003910, Comarca de Iconha. j. 21.02.1995).

¹⁷ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 32, de 14 de agosto de 1956, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958.

¹⁸ Art. 1º, 2, ‘c’, da Convenção sobre a Constituição da UNESCO, assinada em Londres em 16 de novembro de 1945.

¹⁹ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 71, de 28 de novembro de 1973, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 72.312, de 31.05.1973.

²⁰ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, e iniciada sua vigência com o Decreto nº 80.978, de 14.12.1977.

²¹ O Conselho Internacional de Monumentos e Lugares de Interesse Artístico e Histórico (ICOMOS) e a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) são duas organizações não-governamentais que funcionam como órgãos consultivos da UNESCO.

²² “Lamentavelmente, de orgulho nacional Ouro Preto passou a ser vergonha nacional. (...) O incêndio que destruiu um casarão do século 18, na Praça Tiradentes, atingindo parcialmente outro, na Rua Cláudio Manuel, poderia ter tido consequências muito mais trágicas, pois, por incrível que pareça,

Ouro Preto não tem um Corpo de Bombeiros, razão pela qual o socorro teve que vir de cidades vizinhas e de Belo Horizonte! (...) Todos esses problemas e os riscos que ameaçam os bens tombados estão abrindo a possibilidade de Ouro Preto perder o título de patrimônio cultural da humanidade. Isso seria, além de uma verdadeira desclassificação, de um rebaixamento de categoria, um verdadeiro recibo passado de incompetência, desleixo e incultura a atingir, especialmente, os brios do povo mineiro (...)"

Bibliografia

AVILA, Juan Manuel Alegre. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid: Ministerio de la Cultura, 1994. t. I.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORTESE, Wanda. *I beni culturali e ambientali: profili normativi*. Padova: CEDAM, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo (Portugal). *Da Torre do Tombo ao Instituto dos Arquivos Nacionais*. Disponível em: <http://www.iantt.pt/instituto.html?menu=menu_ian&conteudo=da_tt_ao_ian&conteudo_nome=Historial>. Acesso em: 25 maio 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 19-35, jan./mar. 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 17, n. 66, p. 52-69, out./dez. 1993.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SAX, Joseph L. Heritage preservation as a public duty: the Abbé Grégoire and the origins of an idea. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 88, n. 5, p. 1142-1169, Apr. 1990.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

UNESCO. *Procedimento para a inclusão de um bem na lista do patrimônio mundial*. Disponível em: <http://www.unesco.org.br/programas/cultura/pat_mund_txt.asp>. Acesso em: 25 maio 2003.

VERGONHOSO descuido com o patrimônio histórico. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 abr. 2003. Editorial.

A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano

Arnoldo Wald

Sumário

1. A importância de Teixeira de Freitas no Direito Latino-Americano. 2. A Consolidação das Leis Civis. 3. O Esboço. 4. A originalidade do Direito Latino-Americano. 5. A modernidade de Teixeira de Freitas. 6. A unificação do Direito Privado. 7. Influência exercida sobre os códigos modernos. 8. O direito obrigacional do Mercosul.

“El Dr. Vélez Sársfield era un admirador de Savigny y de él y del discípulo de éste el jurista brasileño Freitas tomó el plan para el Código que proyectaba y los principios fundamentales sobre personas, domicilio, actos jurídicos y obligaciones; así como también la teoría sobre la posesión y el dominio.”

Eduardo R. Elguera (p. 405 et seq.)

1. A importância de Teixeira de Freitas no Direito Latino-Americano

Teixeira de Freitas é certamente, com Vélez Sarsfield e Andrés Bello, membro do triunvirato dos mais importantes juristas sul-americanos do século XIX, que maior influência exerceram no direito do nosso continente, na sua época.

Analisaremos rapidamente a vida e obra de Teixeira de Freitas, para nos determos, em seguida, nos seguintes aspectos:

- a) a sua metodologia,
- b) a originalidade de sua obra,
- c) a unificação do direito privado,
- d) a sua influência sobre o direito contemporâneo, e

Arnoldo Wald é Advogado, Professor Catedrático de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, Doutor *honoris causa* pela Universidade de Paris II, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, Ex-Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

e) a aproximação do direito entre os nossos dois países.

Nascido em 1816, formado em direito em 1837 e falecido em 1883, Augusto Teixeira de Freitas marcou o direito civil brasileiro do mesmo modo que Ruy Barbosa renovou, ou até criou, o nosso direito constitucional. Advogado, magistrado e professor de direito romano, é o autor da *Consolidação das Leis Civis* de 1858 e do *Esbôço de Código Civil*, publicado parceladamente em 1860 e 1865.

2. A *Consolidação das Leis Civis*

A *Consolidação* abrange uma introdução de 187 páginas, considerada pela doutrina como um dos trabalhos mais rigorosos e profundos do direito privado brasileiro (PEIXOTO, 1939, p. 6).

Contém 1.333 artigos e numerosas notas, algumas muito extensas, que lhe dão uma extraordinária consistência e constituem verdadeira obra didática.

Uma comissão de três membros aprovou o texto da *Consolidação*, só lamentando que não tratasse da escravidão, mas louvou “a clareza e fidelidade do texto” esclarecendo que o autor prestava “um serviço importante ao foro”.

Acrescentou-se que ficava, assim, superada a incerteza dominante no direito da época, ensejadora do arbítrio que se tentava justificar pelas lacunas da lei e pela ambigüidade dos textos legislativos então vigentes.

A *Consolidação* vigorou no Brasil, como diploma legal, até 1^o.1.1917, quando entrou em vigor o nosso Código Civil de 1916, substituído, em janeiro de 2003, pelo Código Civil de 2002.

Em meados do século XIX, a legislação brasileira era realmente caótica, vigorando as *Ordenações Filipinas* de 1603, cuja vigência foi mantida por ocasião da independência, assim como numerosas leis extravagantes e a Lei da Boa Razão, além de usos e costumes cuja aplicação era reconhecida pelos tribunais.

As *Ordenações* ainda faziam referência ao direito romano e canônico que, em muitas matérias, as complementavam e tinham mais de dois séculos e meio de vida, tendo sido concebidas em relação ao Portugal do século XVIII, muito diferente do Brasil de duzentos anos depois.

Acresce que, com a Independência, proclamada em 1822, e a Constituição Imperial, outorgada em 1824, numerosas disposições das *Ordenações Filipinas* se tornaram obsoletas ou contrárias à ordem pública, criando um clima de confusão completa.

Por outro lado, poucas eram, na primeira metade do século XIX, as obras doutrinárias nacionais relevantes, sendo os autores citados pelos tribunais os juristas portugueses que tinham comentado as *Ordenações Filipinas* num contexto e numa época totalmente diferentes.

A primeira qualidade da *Consolidação* foi a de colocar em ordem sistemática, de modo claro e inequívoco, as normas aplicáveis ao direito civil em todo o território nacional, excluindo tão-somente as normas de direito internacional privado e de direito intertemporal, ou seja, os conflitos de lei no espaço e no tempo.

A originalidade da *Consolidação*, que iríamos reencontrar no *Esbôço*, decorre em grande parte do seu planejamento científico e do seu modo de tratar os diversos assuntos, reagindo no particular, em parte, contra o plano adotado pelo Código de Napoleão, que, na época, se aplicava, com pequenas modificações, na maioria dos países latino-americanos.

Retomando e desenvolvendo as idéias de autores que inspiraram o Código austríaco de 1811, Teixeira de Freitas baseou-se na divisão entre direitos absolutos e direitos relativos, ou seja, entre os direitos reais e pessoais.

Considerava Teixeira de Freitas que os direitos da personalidade, embora absolutos, deviam ter a sua proteção fora do direito privado, ou seja, no direito público, como se entendia na época.

Essa distinção já se encontrava em vários outros autores da época, como Ortolan, mas coube a Teixeira de Freitas aplicá-la pela primeira vez no campo legislativo, na América Latina, fazendo a distinção entre a parte geral e a parte especial da *Consolidação*, e antecipando-se, assim, em quarenta anos, às soluções que iriam ser adotadas pelo BGB, que entrou em vigor em 1º.1.1900.

Na parte geral, trata das pessoas e das coisas, enquanto a parte especial contém dois livros: o primeiro referente aos direitos pessoais, abrangendo tanto o direito de família como o das obrigações; e o segundo sobre os direitos reais, incluindo também o direito das sucessões.

A *Consolidação das Leis Civis* chegou a ser divulgada em francês e comentada por Raul de LA GRASSERIE (1987), o que não costumava acontecer, naquela época, com leis brasileiras.

3. O *Esbôço*

O plano da *Consolidação* foi, *grosso modo*, mantido, com algumas alterações, no *Esbôço* de Teixeira de Freitas, assim como nos dois Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002.

No *Esbôço* foi, todavia, ampliada a parte geral para incluir os fatos jurídicos e, na parte especial, desmembraram-se o direito de família e o das sucessões para considerá-los como livros independentes.

Essa ordem não é, aliás, muito diferente da do Código Argentino de 1869, com os seus 4 livros (pessoas, direitos pessoais, direitos reais, disposições comuns a ambos), e do próprio BGB (parte geral – pessoas, bens e atos e fatos jurídicos, e especial – direitos pessoais, direitos reais, família e sucessões).

Aprovada a *Consolidação*, Teixeira de Freitas foi contratado, em 1958, para elaborar um anteprojeto de Código Civil.

Passa, pois, a trabalhar no seu *Esbôço*, que apresenta, de 1860 a 1865, em três partes, sob a forma de anteprojeto com 4.908 artigos.

Faltaram uma parte final dos direitos reais e o regime dos direitos das sucessões,

tendo deixado de ser impressas mais algumas centenas de artigos, de tal modo que o *Esbôço* completo deveria ter cerca de 5.300 artigos, tornando-se um dos mais longos do mundo.

A primeira parte, que é geral, contém 866 artigos e trata das pessoas e coisas, mas também dos atos e fatos jurídicos.

Na parte especial, encontramos dois livros: o primeiro referente ao regime dos direitos pessoais e de família e o segundo aos direitos reais.

Trata-se, especialmente na primeira parte, de uma obra didática e científica, que se explica pela falta de bibliografia jurídica nacional na época.

Há nela, como na *Consolidação*, grande preocupação com a exatidão e com o uso de uma terminologia científica, assim como com o exame detalhado da doutrina e da legislação estrangeiras.

Embora relativamente incompleto, com relação a uma parte do regime das servidões, hipotecas, penhor e anticreses, o *Esbôço* constitui, certamente, um dos mais importantes diplomas legais latino-americanos do século XIX, tanto do ponto de vista legislativo como do doutrinário.

Posteriormente, em 1867, Teixeira de Freitas propõe ao governo a unificação do direito civil e comercial, querendo transformar o seu *Esbôço* num verdadeiro Código de Direito Privado.

Já se disse que a obra de Teixeira Freitas é a pedra angular do direito brasileiro e da doutrina do nosso país.

René DAVID (1949, p. 256) comparou Teixeira de Freitas a Acurcio, Bartolo, Domat e Pothier, Bracton e Blackstone, cuja autoridade foi tal que implantaram novas diretrizes e quadros ao direito do seu país, constituindo um verdadeiro divisor de águas entre o direito anterior e posterior aos seus trabalhos.

Depois de uma legislação caótica – e até de um enorme vazio legislativo –, coube a Teixeira de Freitas construir o que Clóvis BEVILÁQUA (1906, p. 23) denominou “um

edifício de grandes proporções e de extraordinária solidez esculpido no rochedo dos bons princípios péla mão vigorosa de um artista superior”.

E acrescentou:

“Mas se o Esbôço não poude ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias” (BEVILÁQUA, 1906, p. 23).

A sua obra teve a maior importância, tanto no campo legislativo quanto no científico, e caracteriza-se pela sua reação construtiva aos Códigos anteriores e pela sua originalidade.

Constitui, no continente sul-americano, a primeira crítica construtiva ao Código Civil Francês, considerando que o mesmo merecia ser completado e aperfeiçoado, numa época na qual ele ainda era adotado quase integralmente em muitos países da Europa e da América Latina.

Assim, entre outros exemplos, nele podemos encontrar as seguintes inovações:

a) trata das pessoas jurídicas;

b) diverge do conceito de propriedade imobiliária do Código francês, que Teixeira de Freitas considerava estar em desacordo com a estrutura econômica existente nos meados do século XIX;

c) defende o universalismo do direito, enquanto a legislação francesa demonstrava uma certa desconfiança em relação aos estrangeiros;

d) considera a tradição essencial para a transferência da propriedade, que, no seu entender, não pode decorrer do simples contrato, devendo ser protegida a boa-fé dos terceiros e a aparência.

Sintetizando o trabalho realizado por Teixeira de Freitas, René DAVID (1949, p. 273) escreveu que:

“Teixeira de Freitas est sans doute dans le monde entier, le premier qui ait soumis le Code Napoléon à une critique constructive, et reposant sur

des préoccupations véritablement scientifiques, ses prédécesseurs s'étant bornés à détruire ou ayant été inspirés avant tout par des considérations d'ordre politique. Sa critique est constructive car, s'il note les défauts du Code Napoléon, ce n'est pas pour faire l'apologie d'une réaction condamnée à l'avance: c'est pour s'ingénier à y remédier, en proposant des solutions nouvelles, et, dans cette partie de sa tâche, il faut reconnaître et louer l'esprit réaliste de Teixeira de Freitas, lequel a commencé sa carrière, il ne faut pas l'oublier, en réalisant la tâche immense, éminemment pratique, de la Consolidation, fondée sur une connaissance parfaite de l'histoire et de la réalité brésiliennes”.

Para o direito comparado e o direito latino-americano, a sua obra rompe com a adesão irrestrita ao Código francês para discutir, na América Latina, as idéias do pensamento jurídico alemão, o mais moderno da época, e dar relevância às tradições locais.

Assim, seu trabalho pode ser comparado ao realizado por Savigny na Alemanha, embora sem a mesma emocionalidade. Há, aliás, entre ambos, uma certa semelhança pelas idéias novas que estão trazendo, casando a teoria tradicional do direito romano com a realidade histórica social e econômica dos seus respectivos países (RAMALHETE, 1980; p. 20; WALD, 1950, p. 25).

4. A originalidade do Direito Latino-Americano

Na realidade, coube tanto a Teixeira de Freitas como a Andrés Bello, a Véléz Sarsfield e a Eduardo Acevedo, respectivamente, no Brasil, no Chile e na Argentina, conciliar as tradições locais com as lições do direito comparado e as necessidades específicas dos seus países, ensejando a criação de leis e projetos que, na palavra do Professor SALLERNO (1998, p. 132), responderam a uma nova concepção do direito¹.

Nela já se enfatiza a importância da dignidade humana, que as Constituições só garantiriam cerca de um século depois e que reflete os ideais das novas nações independentes da América.

Assim, podemos vislumbrar, com as obras desses juristas, o início da originalidade do direito latino-americano, decorrente tanto de sua modernidade como da influência norte-americana no direito constitucional.

O nosso sistema jurídico continuou, pois, a pertencer à família do direito francês, mas adotou algumas tradições locais e várias técnicas e fórmulas mais vinculadas ao direito alemão e italiano, além de outras, especialmente na área constitucional, que se inspiram no direito anglo-americano.

Essa originalidade do direito latino-americano não tem sido percebida pela maioria dos comparatistas europeus, que, sem reconhecer as peculiaridades do direito latino-americano, limitaram-se a enquadrá-lo na família do direito francês ou no sistema romanista².

Ressalta-se, todavia, a posição de autores como René David, que viveu no Brasil algum tempo, no fim da década de 40, e assinala a evolução construtiva que ocorreu em nosso direito, e Phanor J. Eder, que foi um profundo conhecedor do direito latino-americano.

Afirmou o eminente professor francês que, durante muito tempo, no século XIX, imperou o racionalismo, de acordo com o qual era possível transpor para a América Latina, mediante simples tradução, os códigos europeus e a constituição norte-americana, pensando-se resolver, assim, todos os problemas locais.

Essa tentativa de transplante jurídico baseou-se mais na razão do que na tradição, mas pretendeu aplicar o direito europeu em países que ainda não tinham alcançado o mesmo grau de desenvolvimento. Assim, a maioria dos códigos inspirados pela legislação francesa da época representou, em geral, o ideal de uma elite: um direi-

to que se esperava ver adotado e adaptado progressivamente a todo o país, em virtude do progresso cultural e econômico (DAVID, 1950, p. 267).

Haveria, até, um certo “quixotismo” em defender os conceitos e a escala de valores da Europa em países que tinham, na época, uma formação e um nível de civilização totalmente diferentes (DAVID, 1956, p. 18).

Foi, todavia, com o trabalho pioneiro de mestres como Teixeira de Freitas, ainda no século XIX, mas de um modo mais geral a partir do século XX, que se formou, na América Latina, um direito próprio, menos teórico e mais adaptado à realidade local, passando a constituir um verdadeiro subsistema próprio na família romano-germânica.

É ainda René David que explica que, do mesmo modo que se distingue o direito alemão do francês, cabe dar uma posição própria ao direito latino-americano, cuja originalidade reconhece, embora a ela não se tenha referido a maioria dos comparatistas europeus³.

Essa originalidade, que foi defendida por DAVID (1956, p. 16-17), mas também por Clóvis BEVILÁQUA (1897) e MARTINEZ PAZ (1934), decorre tanto das tradições locais e da convivência com o direito norte-americano – no plano constitucional – como das construções jurisprudenciais e doutrinárias que corresponderam a necessidades peculiares econômicas, sociais ou políticas.

Cabe, pois, salientar que a originalidade da legislação na América Latina se iniciou com Teixeira de Freitas e permitiu a elaboração de leis e códigos cada vez mais adaptados ao nosso meio ambiente, às nossas tradições e, por outro lado, em certos casos, até mais adiantados do que os seus antigos modelos do Velho Mundo.

Conclui René DAVID (1950, p. 267) que:

“Les droits des pays latins d’Amérique, faits pour s’appliquer dans un milieu différent du milieu américain, se distinguent des droits de l’Europe continentale et constituent, au sein du groupe du droit français, une catégorie originale,

dont les traits spécifiques apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que le divorce s'atténue entre des textes jadis théoriques et les réalités de la vie”.

Por sua vez, Phanor J. EDER (1950, p. 142-143), já há meio século, louva a originalidade do direito latino-americano afirmando que:

“And I am convinced that, the Mother Country and the British Dominions apart, it is in Latin America and no longer in Europe that we shall find the best source and stimulus for new currents of revivifying ideas. The Spanish language will be better known, and easier for our youth, than the other languages of Europe. The scepter of Legal Science has crossed the Atlantic. Latin-American law, like our own, is eclectic. Its atmosphere is progressive, not decadent. It draws its inspiration from the same ideals of human freedom and dignity as ours”.

Aliás, há no particular uma evolução construtiva no direito comparado, não só no sentido de redescobrir as peculiaridades da América Latina, mas também no de admitir uma maior flexibilidade no enquadramento das famílias dos sistemas jurídicos.

Admite-se, pois, que, como no direito de família nacional, tenhamos agora, no campo do direito comparado, além das famílias tradicionais, “as famílias mistas, desintegradas e recompostas, as monoparentais etc” (FLAUSS-DIEM, 2002, p. 203).

Considerando-se as influências que exerceram, em nossos países, sucessiva ou simultaneamente, de um lado, os diversos direitos do continente europeu – o francês, o alemão e o italiano, além do espanhol e do português – e, de outro, o norte-americano, poderemos afirmar que, já agora, pertencemos a ambas as famílias.

Somos, pois, o fruto do casamento do direito dos sistemas europeus com a influência do direito anglo-saxão, sendo que a autonomia e a originalidade das nossas le-

gislações são devidas, em grande parte, aos grandes juristas do século XIX, como Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield, no direito privado, e Juan Bautista Alberdi e Ruy Barbosa no direito público.

5. A modernidade de Teixeira de Freitas

A modernidade de Teixeira de Freitas se faz sentir também na importância que dá às relações econômicas e na sua tese da unificação do direito privado.

Já na sua Introdução à *Consolidação*, Teixeira de FREITAS (1865, p. 137) escreve:

“A civilização moderna, que tanto se distingue por seus admiráveis progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama imperiosamente o movimento constante de toda a sorte de valores. E quais os phenomenos que manifestam-se na realização desse destino providencial?”

As transações distribuem os instrumentos da produção por todos os ramos de actividade, os capitaes aproximam-se a todas as necessidades, para que tenham uma direcção mais fecunda; e o poderoso motor dessa rotação contínua é o crédito. Com seu impulso, os capitaes fixos transformam-se em capitaes rolantes, e o comércio e industria reproduzem quotidianamente suas forças.

Crédito pessoal, credito real, são as duas potencias paralelas às duas grandes classes de direito, que constituem toda a riqueza nacional”.

É interessante salientar que, contrariamente aos escritores europeus que só viam no direito civil o direito dos bens imobiliários e da agricultura, enquanto o comercial tratava dos móveis, do comércio e da indústria, Teixeira de Freitas teve a intuição de dar forma jurídica à mobilização do solo pelo crédito. Previu, assim, a existência do direito bancário, quiçá dos fundos imobili-

ários e da securitização, que surgiriam no Brasil no fim do século XX, desenvolvendo-se no início do século XXI.

6. A unificação do Direito Privado

Por outro lado, uma vez terminado o seu *Esbôço*, Teixeira de Freitas sustenta, com ampla argumentação, que está superada a dicotomia entre o Código Civil e o Código Comercial. E defende, em 1867, a elaboração de um verdadeiro Código Geral de Direito Privado.

Na carta que então encaminha ao Ministro da Justiça, Teixeira de Freitas salienta a necessidade de se restaurar a unidade do direito privado.

Esclarece que:

“Não há tipo para essa arbitrária separação de leis a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os actos da vida jurídica, exceptuados os benéficos, podendo ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência. Não há mesmo alguma razão para tal selecção de leis; pois que, em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil, aparecem raros casos em que seja de mister distinguir o fim comercial, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos” (CARVALHO, 1985, p. 40).

Assim, tudo que não for possível incluir na parte geral que se refira ao direito comercial deve completar o direito das obrigações nos seus lugares próprios, ou seja:

“... *os contratos em geral, o mandato, a compra e venda, a troca, a locação, o mútuo, a fiança, a hipoteca, o penhor, o depósito, as sociedades, os pagamentos, a novação, a compensação, a prescrição e os seguros, voltarão a seus respectivos gremios no Código Civil, onde as inscrições são as mesmas.* O mandato completar-se-á com as disposições sobre correctores, agentes de leilões e comissári-

os. A locação de serviços com as relativas a feitores, guarda-livros, caixeiros, comissários de transportes, capitães de navios, pilotos, contramestres e gente da tripulação. O depósito com as concernentes a trapicheiros e administradores de armazéns. A troca com o contrato de câmbio e as letras de câmbio. A locação de bens com os fretamentos. O mútuo com as contas-correntes, letras de terra, notas promissórias e empréstimos a risco. A indemnização do dano completar-se-á com as avarias” (CARVALHO, 1985, p. 41).

Ora, é somente no fim do século XIX que, com alguma timidez, assistimos à unificação do regime legal do direito das obrigações no resto do mundo, inicialmente na Suíça e, posteriormente, em outros países.

Finalmente, somente nos meados do século XX é que se consolida na Europa a unidade do direito privado no Código Civil italiano, cujo modelo foi adotado, em parte, no Código Civil Brasileiro de 2002 e no Projeto argentino de 1998.

Aliás, o excelente Projeto argentino do Código Civil de 1998 reconheceu o papel de Teixeira de Freitas, no tocante à unificação do direito, ao afirmar:

“En la región, Augusto Teixeira de Freitas propició la unificación al aludir a ‘esa calamitosa duplicación de leyes civiles’ y a la inexistencia de ‘razon alguna que exija un Código de Comercio’⁴”.

Também o Código Brasileiro de 2002 faz referências a Teixeira de Freitas.

Efetivamente na Exposição de Motivos do Código Civil Brasileiro de 2002, o Professor Miguel Reale salienta que:

“Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito de Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglez de Sousa até os já referidos Ante-

projetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

.....
Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de Teixeira de Freitas, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um ‘Código de Direito Privado’.

.....
Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos juristas, Teixeira de Freitas, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a *Consolidação das Leis Civis*, de autoria daquele ínclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da *Consolidação*, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malogrado *Esbôço* de Código Civil, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional” (BRASIL, 2002, p. 32-34).

7. *Influência exercida sobre os códigos*

Não há, pois, dúvida que, escrevendo há mais de século e meio, Teixeira de Freitas foi um jurista que teve, ao mesmo tempo, a coragem de romper com as tendências dominantes na sua época e a ousadia de começar a construir o direito do futuro.

As suas idéias de transparência em relação aos direitos reais que deveriam decorrer de explicitação formal na lei, de acordo com a teoria do *numerus clausus*, aliás também adotado pelo direito argentino, revelam uma das preocupações do direito contemporâneo quanto à segurança jurídica.

Do mesmo modo, Teixeira de Freitas defendeu a possibilidade de mutação do regime de bens a requerimento da mulher, diante da insolvência do marido (art. 1403 do *Esbôço*), que sustentamos há longo tempo (WALD, 1961, p. 50) e que acabou sendo consagrada no Código Civil brasileiro de 2002 (art. 1639, § 2º), depois de constar em numerosas outras legislações, que abandonaram o caráter absoluto da imutabilidade do regime matrimonial de bens.

Do mesmo modo, admitiu que a arbitragem não necessitaria de homologação judicial, o que, no direito brasileiro, só acabou acontecendo com a promulgação da Lei nº 9.307 de 23.09.1996.

Assim, reconhece-se nele, na expressão de Lafayette, “um mestre pela audácia do pensamento” ou, como afirma Orlando GOMES (1986, p. 147):

“O certo é que se adiantou ao seu tempo, pagou pela audácia de ter sido original e autêntico ao passar à frente do seu tempo, e, por isso, não foi esquecido. Nem será”.

É, pois, o fundador, na América Latina, da dogmática jurídica que começou a se desenvolver na Alemanha, com a escola histórica liderada por Savigny, em reação à escola francesa da exegese. Esta última, no início com Bugnet, limitava-se a comentar o Código de Napoleão, em vez de expor o direito civil vigente, abrangendo aspectos que não estavam no texto da lei então em vigor.

Aliás, existem paradoxos nas relações entre Teixeira de Freitas e Savigny.

Efetivamente, o autor brasileiro cita Savigny e o acompanha quando se pretende conciliar a tradição romana com o direito moderno, mantendo as idéias construtivas

do direito antigo e abandonando o que nele há de obsoleto.

Mas Teixeira de Freitas, embora considere que a codificação não deva ser arbitrária, considera-a útil e necessária, enquanto, ao contrário, Savigny se rebelava contra a estratificação do direito, em nome do espírito popular, *Voksgeist*, que queria fazer prevalecer sobre a vontade do legislador.

O mesmo aparente paradoxo de entusiasmo e crítica se pode assinalar apreciando as numerosas citações que Teixeira de Freitas faz do Código de Napoleão e dos autores franceses que procederam a sua elaboração, embora muitas vezes discorde das soluções do direito gaulês.

Essa reação se explica por três motivos. Em primeiro lugar, embora reconhecendo a grande contribuição que o Código de Napoleão deu à codificação moderna, Teixeira de Freitas se insurgia contra o resquício de colonialismo que eventualmente poderia representar.

Não obstante Napoleão reconhecesse que, mais do que as suas vitórias militares, o Código seria o seu legado para o mundo⁵, o jurista brasileiro se rebelava contra um diploma legal que considerava excelente e pioneiro, mas que reconhecia ter sido imposto pelo Imperador pela força das armas, não só à maioria dos países da Europa, mas também indiretamente a várias nações latino-americanas.

Por outro lado, considerando as particularidades do contexto brasileiro, entendia o autor da *Consolidação* que era preciso adaptar a lei às condições do meio-ambiente, recorrendo para tanto, em muitos casos, ao direito romano e aos trabalhos dos juristas que antecederam o Código de Napoleão. Essa prioridade que Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield deram à realidade local se explica tanto pela sua formação intelectual⁶ como pelo conhecimento que tinham do que Tullio ASCARELLI (1969) veio a chamar de as premissas implícitas de um determinado sistema jurídico⁷.

Finalmente, decorrido meio século da sua promulgação, o Código de Napoleão já

tinha envelhecido na época em que foi elaborada a *Consolidação* e alguns dos seus aspectos já estavam sendo corrigidos, na própria França, não havendo motivo para manter no Brasil soluções que se tinham tornado obsoletas (VILLARD, 1986, p. 1).

Chegamos agora ao ponto que mais nos interessa, ou seja, a influência do trabalho de Teixeira de Freitas nos códigos civis argentino e brasileiro.

Em primeiro lugar, não há dúvida que a *Consolidação* e o *Esbôço* exerceram importante influência sobre o Código Civil argentino sancionado pela Lei nº 340, de 25.9.1869, que entrou em vigor em 1º.1.1871. Na realidade, Vélez Sarsfield teve conhecimento dos trabalhos de Teixeira de Freitas, tendo com ele se correspondido e considerando-o como um luminar do direito. Reconhece a importância da influência que sobre ele exerceram os grandes juristas estrangeiros e cita, além de Freitas, Savigny, Rau e outros⁸.

Na sua excelente biografia de Teixeira de Freitas, o Professor Silvio MEIRA cita vários trabalhos que tentaram quantificar o número de artigos do Código Argentino que se inspiraram no *Esbôço*, concluindo que chegaram a mais de mil, contra 300 inspirados no Código Chileno e no projeto Espanhol, e, conforme os autores, algumas centenas, podendo alcançar até 1000, reproduzindo textos da doutrina francesa e do Código de Napoleão⁹.

No Código Civil Brasileiro de 1916, fez-se o mesmo trabalho, localizando-se cerca de 500 artigos inspirados no antigo direito português, 400 decorrentes dos projetos anteriores liderados por Teixeira de Freitas, cerca de duzentos oriundos do Código Napoleão e uma centena do BGB¹⁰.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, na realidade, a própria obra de Freitas não deixa de revelar as suas fontes romanas, ibéricas e doutrinárias francesas e germânicas, de modo que estamos no mundo do direito comparado, com relevantes analogias entre as fontes do Código Argentino de 1869 e o Brasileiro de 1916.

8. O direito obrigacional do Mercosul

O que há de importante é a aproximação entre a ciência jurídica e o direito legislado dos dois países, Brasil e Argentina, com influências recíprocas, que se fizeram sentir nos meados do século XIX, preparando o desenvolvimento de uma união econômica, que só se realizaria mais de cem anos depois com o Mercosul.

Atualmente, no início do terceiro milênio, também estamos encontrando as mesmas soluções, na Argentina, no Projeto de Código Civil elaborado em 1998, pela Comissão nomeada pelo Decreto 685/95, e, no Brasil, no Código Civil de 2002, tendo ambos, em parte, se inspirado nas lições de Teixeira de Freitas quanto à unificação e à metodologia. O Projeto argentino, elaborado pelos Professores Hector Alegría, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini e outros, tem seis partes, pois a primeira delas corresponde à nossa Lei de Introdução, mas, em relação às demais, há uma completa simetria com o nosso Código Civil.

E talvez, hoje, a nossa legislação possa até estar à frente de algumas das normas europeias.

Assim, em recente colóquio, sobre a nova crise do contrato, o Professor JESTAZ (2003) admitiu que gostaria que se pudesse sonhar, na França, com uma revisão da parte do direito das obrigações do Código Napoleão, na qual se incluísse uma concepção comutativa do contrato¹¹. Ora, este Código, com o qual os franceses ainda sonham, já existe.

É o Projeto Argentino de 1998, com os seus 2.532 artigos, é o Código brasileiro de 2002, com os seus 2.045 artigos, ambos alinhados numa nova concepção do direito, na qual sempre deve prevalecer a boa-fé e se reconhece a função não só econômica, mas também social do contrato.

Assim, reencontramos-nos, brasileiros e argentinos, com a mesma visão moderna e original do direito, como há mais de século e meio atrás.

Como diz o Professor Marcelo Urbano SALERNO (1998, p. 119), parafraseando Roque Saenz Peña, “em matéria civil, entre a Argentina e o Brasil, tudo nos une, nada nos separa”.

E talvez a melhor e a mais eficiente das homenagens que poderíamos prestar a Teixeira de Freitas e a Vélez Sarsfield, presentes hoje entre nós, pela sua imortalidade subjetiva, consistiria, não só em reverenciar a sua memória, mas em planejar o futuro, de acordo com o espírito do trabalho que ambos realizaram.

Notas

¹ O Professor Marcelo Urbano Salerno escreve a respeito de Teixeira de Freitas, Vélez Sarsfield, Andrés Bello e Eduardo Acevedo que:

“De cualquier manera, esos cuatro codificadores están ubicados en una sola línea inspirados en similares ideales y acuciados por fines comunes, lo cual indica que pertenecen a similar corriente jurídica, aunque su actuación y obra haya sido en distintos países y períodos. Responden a una nueva concepción del derecho, porque la humanidad há ido haciendo avances en la búsqueda de soluciones justas para afianzar la dignidad del hombre.”

² Konrad ZWEIGERT e Hein KÖTZ (1998, p. 114), na tradução inglesa da sua obra originalmente escrita em alemão, esclarecem que:

“The civil codes of the Latin American states are consequently heavily influenced by the Code civil, though to different degrees. It is true that French influence has declined in the twentieth century, rather more in commercial than in private law, since legislators have increasingly drawn on other sources, especially Italian, German, and Swiss law, and even, in some cases, the Common Law, as by introducing the Anglo-American trust. Even so, there can be no doubt today that as regards private law the states of Central and South America belong to the Romanistic legal family”.

³ É ainda DAVID (1956, p. 6) que, no mesmo estudo, salienta que:

“Quel que soit le titre, d'apparence très générale, qu'ils ont donné à leurs travaux, divers comparatistes n'ont en effet voulu étudier, dans leurs 'Introduction au droit comparé', que les différences entre droits de l'Europe continentale et *common law*; s'ils ont à l'occasion mentionné les droits ou certains droits de l'Amérique latine, il n'apparaît pas qu'ils aient envisagé dans son ensemble le problème de la classification de ces droits.

Ce problème toutefois a été envisagé par certains auteurs, qui l'ont résolu en niant l'autonomie des droits de l'Amérique latine et en rangeant ces droits, sans réserve, dans la famille du droit continental. Telle est notamment de façon non équivoque, parmi les auteurs d'ouvrages récents, la position de WIGMORE (*A panorama of the world's legal system*, 1932-1936), de SCHNITZER (*Vergleichende Rechtslehre*, 1945), d'ARMINJON, NOLDE et WOLFF (*Traité de droit comparé*, 1950-52). Moins nette, mais orientée dans le même sens, paraît avoir été l'opinion de GUTTERIDGE (*Le droit comparé*, 1949-1953), de SARFATTI (*Introduzione allo studio del diritto comparato*, 1933) de SAUSER-MALL (*Fonction et méthode du droit comparé*, 1913), de IONESCO (*Introducere la dreptul civil comparat*, 1925)".

⁴ Proyecto de Código Civil elaborado pela Comissão criada por Decreto 685/95, Exposição de Motivos, p. 3 e, também, citando Teixeira de Freitas, da divisibilidade das obrigações nº 143 dos Fundamentos do Projeto, p. 41.

⁵ Afirmação feita por Napoleão a Monthalan em Santa Helena:

"Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon Code civil."

⁶ O Professor Carlos Raúl SANZ (2003, p. 1) escreve a este respeito que:

"ni Vélez, ni Bello, ni Freitas, ni los peruanos, granadios y altoperuanos que redactaron los primeros códigos de esta región fueron educados, ni formaron su alfabeto jurídico en las cercanías de la Place du Pantheon".

⁷ Escreve o saudoso mestre Tullio ASCARELLI (1969, p. 9) a este respeito que:

"Não é difícil notar que, com freqüência, os hábitos peculiares dos vários povos, os seus diversos característicos, a sua história, sua constituição econômica e social influem na maneira de considerar determinados problemas jurídicos, às vezes, até mais do que a solução prática definitiva dada a determinados conflitos de interesses.

O estudo do direito comparado deve, em substância, indicar qual é, efetivamente, a solução jurídica, o seu alcance, servindo-se para esse fim de todos os elementos que concorrem para essa determinação.

.....
É por isso que, através do estudo do direito comparado, somos freqüentemente levados a investigar o que chamarei de 'premissas implícitas' (econômicas, sociais, doutrinárias, etc.) nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito".

⁸ Respondendo a críticas de Alberdi, escreveu Vélez Sarsfield:

"Yo ya había estudiado con los primeros juriscultos los grandes capítulos del derecho que se encuentran en mi proyecto y no creía hallar un lumínar superior a Savigny, Freitas, Marcadé, Rau y otros." (Cf. MEIRA, 1978, p. 297).

⁹ Silvio MEIRA (1978, p. 318), citando Lisandro Segovia: "*El Código Civil de la Republica Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por el Dr. D. Lisandro Segovia*", Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Doni, Editor, 1881).

¹⁰ A matéria é examinada minuciosamente por Pontes de MIRANDA (1928, p. 497-507).

¹¹ Nas conclusões do Colóquio realizado em Lille, pelo Centro René Demogue, em 14.5.2001, o Professor Philippe JESTAZ (2003, p. 247) escreve no seu relatório final:

"Depuis quelques heures, nous nous prenons à rêver qu'un Garde des sceaux législateur, émule de MM. Jean Foyer et Badinter, fasse un jour procéder à une refonte générale des articles du code civil consacrés aux obligations. Et pour rester fidèles à l'esprit du colloque, nous aimerions alors que la nouvelle version laissât une place importante à la conception commutative du contrat, sans pour autant renier un certain nombre de principes, en l'absence desquels - nous en donnons acte à nos contradicteurs - il n'y aurait plus de contrat du tout. Ces principes devraient simplement être conciliés avec d'autres, nouvellement affirmés. L'exercice de rédaction serait difficile, mais notre ami Ghestin, pour ne citer que lui, aurait sûrement le talent d'élaborer un excellent projet."

Bibliografia

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Em defesa do projeto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. *Lições de direito comparado*. [S. l.: s. n.], 1987.

BRASIL. Código Civil (2002). *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*. Coimbra: [s. n.], 1985.

DAVID, René. *Cours de droit civil compare, (1948-1949)*. Paris: Lès Cours de Droit, 1949.

- _____. *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*. Paris: Centre de la Documentation Universitaire, 1956.
- _____. *Traité élémentaire de droit civil compare*. Paris: Librairie Générale de Droit du Jurisprudence, 1950.
- EDER, Phanor J. *A comparative survey of Anglo-American and Latin-American law*. New York: New York University Press, 1950.
- ELGUERRA, Eduardo R. Influencia del derecho romano en el código civil. In: _____. *Studi in onore di V. Arangi-Ruiz*. Napoli: Jovene, [199-?]. v. 2.
- FLAUSS-DIEM, Jacqueline. Quèrelle de famille chez les comparatistes. In: SORTAIS, Jean Pierre (Org.). *Mélanges*. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal ede Laemmert, 1858.
- _____. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Typographia Universal ede Laemmert, 1865.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.
- JESTAZ, Philippe. Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Coord.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz, 2003.
- LA GRASSERE, Raul de. *Lois civiles du Brésil*. Paris: V. Giard & Brière, 1987.
- MARTINEZ PAZ, Enrique. *Introducción al estudio del derecho comparado*. Buenos Aires: [s. n.], 1934.
- MEIRA, Silvia. *Teixeira de Freitas, o jurista do Império*. Rio de Janeiro: J. Olimpio, 1978.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. A codificação de Teixeira de Freitas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 77, p. 6, 1939.
- RAMALHETE, Clovis. *Compreensão de Teixeira de Freitas e Savigny*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica, [1980?]. Discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros em 19 nov. 1980.
- SALERMO, Marcelo Urbano. *Derecho civil profundizado*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- SANZ, Carlos Raúl. La codificación en Hispanoamérica. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 10.818, p. 1, 15 agosto 2003.
- VILLARD, Pierre. La tradition juridique française dans l'oeuvre de Teixeira de Freitas. *Revista do Instituto de Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 1, jan./jun. 1986.
- WALD, Arnaldo. A família e a técnica no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 50, 1961.
- _____. Savigny: o homem e a obra. *A Época*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 190, p. 25, 1950.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3rd ed. rev. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal na Constituição

Alvacir Alfredo Nicz

Sumário

1. Princípio da igualdade. 2. Igualdade jurídica na ordem constitucional. 3. A dicotomia entre o público e o privado.

1. Princípio da igualdade

O tema da igualdade já na Antiguidade greco-romana encontrava-se incluído entre os direitos do homem, esses conhecidos publicamente por aquela sociedade, em face da sua concepção de Estado.

Ao Estado grego competia proporcionar o bem-estar à comunidade, uma vez que era por meio dela que o indivíduo alcançava a sua subsistência. Não havia direitos do indivíduo frente a esse Estado, entretanto, é curioso observar que os fundamentos do reconhecimento contemporaneamente desses direitos se fez pela doutrina clássica do Direito Natural.

Esse direito, como ensina Cícero, “é aquele que emana da própria natureza, independente da vontade do homem”, ou “é invariável no espaço e no tempo, insuscetível de variação pelas opiniões individuais ou pela vontade do Estado”, no dizer de Aristóteles.

Na antiga Grécia, filósofos como Heródoto, Péricles, Eurípedes e particularmente Aristóteles proclamavam a desigualdade dos homens, geradora da divisão da sociedade em classes que permitiam a existência da escravidão por razões de ordem econômica. A escravidão se justificava por

Alvacir Alfredo Nicz é Professor de Direito Constitucional nos Cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

entender-se que alguns homens eram por natureza livres e outros escravos.

Platão, filósofo dessa época, reconhece também a existência da escravidão e teoriza, à semelhança de Aristóteles, que alguns homens nasceram para comandar, outros para obedecer. A divisão em classes sociais era um dos pilares do Estado platônico e o escravo nem sequer figurava entre as classes que compunham o Estado. Assim, a desigualdade natural se transformava em desigualdade social.

Essa crença somente veio ser abalada com os estóicos e os cristãos.

Mas foi na Idade Média que se presenciou a inteira ruptura dessa tese. As novas escolas e os novos pensadores, aliás, receberam a influência do cristianismo quanto à nova concepção do homem. O pensamento cristão abrange dois aspectos evolutivos dos direitos do homem: a dignidade da pessoa e a fraternidade universal.

Segundo o cristianismo, todos os homens são iguais entre si, destinados, portanto, à mesma felicidade eterna. A fraternidade e a igualdade universais hipotecam a todos os homens os mesmos direitos. Ao Estado cabe reconhecer os direitos que o indivíduo possui por natureza.

A maioria dos princípios formulados hoje nas Declarações de Direitos encontrava-se nas bases constitucionais do Estado cristão.

A escravidão existente na Antigüidade não chegou a ser contestada pelo cristianismo. Isso não significa que o pensamento cristão fosse concorde com a desigualdade entre os homens.

Apenas tal fato já foi encontrado pelo cristianismo, que, se de um lado não o combateu, de outro, também, não o aprovou. Aliás, como movimento religioso e não social, na sua concepção, não veio a combater nenhuma das instituições sociais encontradas.

O cristianismo acentuou a igualdade de todos perante Deus. A obediência de homens livres e escravos é somente diante de

Deus. A escravidão que permaneceu existindo era decorrente da organização social vigente. Não competia ao cristianismo, como religião, alterar a estrutura econômica e social do mundo.

Assim, a escravidão era relegada a segundo plano, como mera formalidade na organização social. Livres e escravos conviviam pacificamente em pé de igualdade, ainda que uns fossem livres e outros fossem escravos. O cristianismo mandava tratar todos como verdadeiros irmãos. “A desigualdade fundamental que se estabelece entre entes que a natureza fez iguais, e principalmente a vil exploração do homem pelo homem e conseqüente degradação da pessoa humana, aqui desaparecem sem deixar vestígios”. (SODER, 1960, p. 35).

Nos séculos XVII e XVIII, grandes contribuições teóricas reavivaram a discussão sobre a igualdade. Teorizando para revolucionar ou conservar, iluminaram-se as sendas que conduziram às grandes manifestações nos Estados Unidos e na França.

Voltaire, com um realismo quase céptico, acreditava que “os homens seriam, portanto, necessariamente iguais se nada precisassem. A miséria, condição agregada à nossa espécie, subordina um homem a outro homem; não é a desigualdade que é um mal real, mas a dependência. Muito pouco importa que tal indivíduo se chame Sua Alteza e outro fulano Sua Santidade; o que dói, o que é duro de roer, é ter de servir um ou outro” (VOLTAIRE, 1973, p. 223). Impressiona o tom pessoal, amargurado, certamente derivado de sua posição de intelectual das cortes.

Hobbes admite uma igualdade natural, em contraposição às teorias aristotélicas e platônicas da desigualdade natural.

Para Hobbes, o estado de natureza gera uma constante luta entre os indivíduos, justificando, assim, a criação do Estado. Para tanto, os homens abriram mão de seus direitos naturais a favor do Estado, para que este estabelecesse a segurança e a paz social.

Nesse pacto ou contrato firmado é que os homens criam o Estado e se despojam de seus direitos. Era a transformação da igualdade natural para a igualdade social. Não alcançava ainda Hobbes a igualdade civil, uma vez que buscava legitimar a desigualdade instituída pela lei vigente na sociedade.

O passo seguinte seria desencadeado por Rousseau, um dos pais da Revolução francesa, autor de obras por demais conhecidas no Estado moderno, como o “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” e o “Contrato social”.

Em sua teoria da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, Rousseau, ao contrário de Hobbes, preservava a liberdade e a igualdade dos indivíduos, embora transformadas.

No contrato firmado entre os homens, estes preservavam os seus direitos particulares ameaçados no estado de natureza. A finalidade de tal contrato era a conservação plena dos direitos individuais dos cidadãos. Assim, cada cidadão continua livre e igual. Ao Estado compete eliminar os extremos de pobreza e riqueza, de modo que os homens tornem-se iguais. No entender de Rousseau, por natureza, existem desigualdades, mas pela convenção do contrato social todos se tornam perfeitamente iguais.

Dois outros gênios da filosofia política devem ser aqui nominados pela influência que seus pensamentos exerceram nas posteriores Declarações de Direitos dos Homens: Pufendorf e Locke.

O primeiro, empregando o método estritamente racionalista desenvolve um sistema completo de direito natural. O racionalismo dá uma tônica especial e unilateral à razão humana. Esta é uma parte do todo que é o homem.

O fundamento material do direito natural de Pufendorf repousa na liberdade, igualdade e sociabilidade dos homens. A liberdade origina-se da dignidade natural e, em razão desta, é igual em todos, fazendo

com que, juridicamente, por direito natural, todos os homens sejam iguais. A igualdade de todos é o fundamento do direito natural.

O posicionamento de Pufendorf quanto à igualdade de todos recebeu os aplausos da época, influenciando sobremaneira as elucubrações jurídicas do tempo, como também as codificações posteriores.

Mas foi Locke, de todos os pensadores políticos, aquele que melhor elaborou uma teoria mais ajustada aos princípios do direito natural e que melhor garantiu os direitos do homem. O indivíduo possui direitos naturais inalienáveis que não podem ser abdicados, em razão de todos os homens serem iguais e livres.

A primeira Declaração dos Direitos do Homem – passo decisivo na história política da humanidade – recebeu a influência de Pufendorf e Locke, sendo este último conhecido como pai espiritual da Declaração de Virgínia.

Muitas frases dessa Declaração parecem reprodução das idéias de Locke.

A “Bill of Rights” de Virgínia, de 12 de junho de 1776 – a primeira Declaração escrita –, contém em seu art. 1º os direitos genéricos da liberdade e da igualdade. Esta aparece mais pelo fato de Locke ter posto esses direitos no mesmo plano. Mas na Declaração a igualdade é relegada a um plano secundário, uma vez que não era intenção dos patriotas americanos conceder uma igualdade de direitos que viesse prejudicar a sua organização econômica, calçada na escravatura e na aristocracia latifundiária.

Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa ser posterior à Declaração Americana e desta ter recebido influência, na verdade foi aquela que se tornou o protótipo das liberdades fundamentais, por ser a França o centro irradiador de idéias da época.

A diferença fundamental entre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da França é que na primei-

ra prevalecia a liberdade e na segunda preponderava a igualdade.

A Declaração francesa, produto de uma revolução interna, pretendia acabar com as desigualdades e opressões, e criar um novo sistema social.

A desigualdade decorria da ganância e opressão, pretendendo os revolucionários remover o desnível econômico existente de modo a alcançar a igualdade entre os homens, uma vez que, por natureza, todos são iguais.

A igualdade natural, superada pela igualdade na ordem social, veio posteriormente ser sobrepujada pela igualdade civil, vista por Rousseau como a igualdade perante a lei.

A primeira Constituição revolucionária da França, de 3 de setembro de 1791, incorporou em seu texto, literalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tais direitos aparecem na introdução, para acentuar o seu caráter pré e supra-constitucional.

O art. 1º daquela Constituição assim dispunha: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum”.

A igualdade civil constante das Constituições modernas teve o seu embasamento na Revolução Francesa e na filosofia política e jurídica que a antecedeu. O princípio da igualdade foi esculpido, modernamente, por Rousseau e Marx. O primeiro, mediante a sua teorização, e o segundo, pela dimensão material e econômica que lhe conferiu.

Para Rousseau, essa igualdade poderia ser estabelecida no Estado em que as desigualdades ocorriam, em razão da injustiça da lei civil, que, deixando de lado o reconhecimento à liberdade do homem, utilizava-se de artifícios em suas instituições para a discriminação.

“Ironizando a afirmativa de Aristóteles de que há escravos por natureza, assevera Rousseau que isso acontecia por haver escravos contra a na-

tureza, a saber, homens que tendo nascido na escravidão, nasceram, pois, para ser escravos. Aristóteles tomara, segundo ele, o efeito pela causa. A força fez os primeiros escravos – afirmou Rousseau – e sua frouxidão os perpetuou. Entende o pensador que, estabelecendo-se a igualdade jurídica entre os cidadãos, terão eles os mesmos interesses, circunstância que conduziria à eliminação das desigualdades de fato e, por consequência, à unanimidade”. (BONAVIDES, 1985, p. 298).

O que, todavia, ficou visível é que o alcance da igualdade absoluta por meio da igualdade jurídica era algo utópico e impossível de ser encontrado.

Não se conseguia por meio desta acabar com as desigualdades materiais. A chamada revolução industrial fez aumentar tais desigualdades, instaurando um desequilíbrio econômico e social entre os indivíduos.

A busca da igualdade absoluta foi novamente tentada, agora no pensamento socialista de Marx. Para este a eliminação das classes sociais era absolutamente necessária para se alcançar tal igualdade. As classes somente deixariam de existir quando os meios de produção passassem do indivíduo para o social. Tal acontecimento levaria à inexistência do Estado, visto por ele como o mantenedor da diferenciação das classes e, portanto, causador das desigualdades.

Todavia, impossível de ser alcançada a igualdade absoluta, tanto na teoria de Rousseau, quanto na de Marx, resta o compromisso democrático introduzido nos textos constitucionais de encontrar o princípio da igualdade relativa. Tal igualdade é produto da igualdade teórica e da igualdade fática.

As primeiras Declarações, tanto de Virgínia quanto da França, de 1789, possuem um caráter nitidamente individualista. Justifica-se tal caráter pela época em que foram elaboradas, tempo em que predominava o liberalismo. A igualdade como integran-

te dos direitos naturais é inerente ao homem, proveniente de sua natureza, e assim de reconhecimento obrigatório por parte dos Estados.

O Estado Liberal deu ênfase à igualdade natural, assim como à liberdade, vendo esses dois conceitos como limitativos ao ordenamento estatal.

Esse Estado sacrificou a igualdade em prol da liberdade. Mesmo assim, a igualdade natural não deixou de ser mencionada nas primeiras Declarações de Direitos. Também a igualdade civil, ou seja, a igualdade perante a lei, foi reconhecida e passou a integrar os mandamentos constitucionais do liberalismo.

A concepção aristotélica da igualdade preconizava dar a cada um segundo o seu mérito, estabelecendo uma desigualdade decorrente de suas aptidões naturais. Isso criava a desigualdade discriminatória proveniente de um tratamento que ensinava tratar os iguais de modo igual e os desiguais de forma desigual.

Essa visão de igualdade sob a ótica aristotélica foi também transposta para o campo político, em que as diferenças decorrentes de educação, renda, patrimônio, capacidade intelectual e aptidões foram aceitas no âmbito da adoção do sufrágio, restringindo sobremaneira a sua amplitude e, assim, mantendo-se a dominação da burguesia.

“A capacidade eleitoral, não sendo reconhecida a todos igualmente, segundo uma igualdade absoluta ou aritmética, constituía objeto de discriminação, mediante a qual pode a burguesia, na sociedade liberal, manter uma dominação de classe, compatível com seus interesses políticos mais sólidos e fundamentais”. (BO NAVIDES, 1985, p. 303).

A igualdade política liberal calcada no sufrágio censitário não prospera mais no Estado contemporâneo, em face da sua substituição pelo sufrágio universal. Ainda que não tenha alcançado o caráter absoluto, todavia, procura afastar ao máximo as desi-

gualdades para poder aproximar-se de um maior igualitarismo no campo político.

O princípio da igualdade sufragado nas primeiras Constituições à época do Estado Liberal, produto do positivismo jurídico, corresponde ao princípio da igualdade perante a lei, que exprimia a manifestação de uma confiança ilimitada no legislador, que, ao emanar a norma, fosse esta a real e efetiva expressão da vontade geral. Esse princípio foi por si só limitado à vontade do legislador, uma vez que se sujeitava ao risco da emanção da lei injusta, que viesse privilegiar uns em prejuízo de outros.

Enquanto no Estado Liberal a liberdade constituía-se em valor de primeiro plano, no Estado Providência a igualdade é posta como valor supremo. Num conflito entre ambos nessa última forma de Estado, a igualdade se sobrepõe à liberdade.

Os direitos proclamados nas Declarações eram a princípio individualistas, e a relação de tais princípios era incompleta, uma vez que faltavam os direitos de caráter social.

A proclamação dos direitos sociais tem seus primeiros indícios com a Constituição francesa de 1793, quando esta manteve os direitos trazidos na Declaração de 1789, acrescentando-lhes, ainda, os de caráter nitidamente social.

Assim é que o art. 2º dessa Constituição expressa, entre os direitos naturais e imprescindíveis, “a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.

A igualdade aparece aqui antes mesmo da liberdade e da segurança.

E em seu art. 3º assim dispõe: “Todos os homens são iguais por natureza e perante a lei”.

Mas essa Constituição não entrou em vigor, e a seguinte, de 1795, não falou de direitos de caráter social.

O Estado moderno exemplifica classicamente essa adoção, quando no direito eleitoral atribui a “uma pessoa, um voto”. Essa palavra de ordem é ilustrativa do conceito lógico-aritmético da igualdade, predominante no liberalismo.

Gerhardt Leibholz (apud BONAVIDES, 1985, p. 308-309) afirma que:

“Com o auxílio da intervenção do Estado e de uma permanente economia dirigida, já se chegou hoje, em crescente número de países, inclusive os Estados Unidos – onde basta considerar o ‘New Deal’ bem como as amplas garantias sociais dos anos 30 e os mais recentes e largos planejamentos na esfera estadual e federal –, àquela homogeneidade social, que nos autoriza falar, não apenas de uma democracia política senão também de uma democracia econômica e social, ou seja, não somente de ‘cidadãos ativos’, mas por igual de cidadãos econômicos num Estado empresarial”.

O Estado, quando se apresenta sob a forma de Estado Providência em que enfrenta as desigualdades sociais decorrentes dos aspectos econômicos, afasta a adoção da igualdade aritmética substituindo-a pelo critério proporcional, uma vez que este é agente mais dinâmico para alcançar a igualdade da sociedade.

Assim, a efetivação da proporcionalidade que tem por complemento a desigualdade vem alcançar o igualitarismo desejado pela sociedade, fim insito do Estado Providência.

“Em geral, o constitucionalismo moderno assimilou a noção da igualdade diante da lei, com a simples variação de amplitude, aceitando o princípio da igualdade, em si mesmo um conceito derivado da ideologia socialista, e se irradiando nas diversas dimensões da vida coletiva, ora se restringindo pelas exigências do liberalismo burguês, ora se humanizando pela influência do regime socialista” (FERREIRA, L., 1962, p. 487).

Enquanto o conceito de igualdade na Revolução Francesa tinha cunho individualista, o Estado moderno a vê sob uma ótica socialista que visa a alcançar o nivelamento social.

“Igualdade e justiça possuem, na realidade, uma importância característica comum: ambas só podem ser sustentadas por regras que determinam como certos benefícios ou gravames não de ser distribuídos entre as pessoas” (OPPENHEIM, 1986, p. 598).

Tal princípio destina-se à observância obrigatória por parte dos legisladores, magistrados e administradores, bem como sujeita a ele todo ato emanado pelo Poder Público e ainda as relações particulares entre cidadãos.

Pontes de Miranda (1979, p. 487) indica, quanto ao conteúdo do princípio da isonomia, duas funções:

“1) regular a feitura das leis, o direito *in fieri*, submetendo-o a exigência de ser igual para todos;

2) quanto ao direito já feito; a) servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia; b) ser fonte de direito em si mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação; c) ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública; d) servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição; e) ser fundamento de outros princípios (e.g. igual acesso aos cargos públicos) si ou em conjunção com outros direitos fundamentais”.

Aos três Poderes a aplicação do princípio da igualdade se faz obrigatória. Ao Legislativo, dentro de sua esfera de competência de elaborador de normas gerais e abstratas dirige-se o princípio da igualdade como primeiro e especial destinatário, a quem compete colocar no plano jurídico-formal a plena possibilidade da efetivação isonômica para o alcance de tal princípio. “O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele em primeiro lugar e para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio da igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supér-

fluo ou destituído de qualquer significação”. (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 381).

Ao Poder Executivo compete por meio de seus agentes, abster-se da prática de qualquer ato que venha feri-lo, direta ou indiretamente.

“Se atualmente (...) é ao Poder Legislativo que, em primeiro lugar e de modo especial se dirige o princípio da igualdade, historicamente, a aludida regra teve como alvo direto, em particular, o Poder Executivo. Com efeito, quando a igualdade passou a ser traduzida em termos de preceito jurídico, em fins do século XVIII e começo do XIX, apresentava como alvo extinguir privilégios e prerrogativas. Tratava-se da concepção da igualdade jurídica em sentido objetivo, pessoal, cabendo ao governo apenas fiscalizar o rigoroso cumprimento do preceito, considerado de forma negativa e abstrata” (FARIA, 1973, p. 98).

A igualdade a ser perseguida pelo Poder Executivo deve ser também no sentido de buscar uma efetiva igualdade econômica entre todos, por meio dos mecanismos de que dispõe, de modo a estabelecer o real equilíbrio dentro da sociedade.

Ao Judiciário cabe também função primordial para o alcance pleno da isonomia dentro da sociedade. Assim é que a ele incumbe a fiscalização e concretização de tal princípio.

“O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas:

1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei;

2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça” (SILVA, 2000, p. 221).

A aplicação do princípio da igualdade ao Judiciário implica a inexistência de todo

e qualquer foro privilegiado ou tribunal de exceção. As garantias da independência e imparcialidade da magistratura permitem que as decisões proferidas pelos juizes se pautem pela efetiva e real justiça.

O princípio da igualdade perante a lei, portanto, há de ser interpretado em sua máxima amplitude, não admitindo limites e nem exceções, uma vez que a lei será igual para todos, devendo a todos ser aplicada com igualdade.

Fazendo-se um resgate, pode-se dizer que Aristóteles tinha razão ao afirmar que por natureza os homens são desiguais. São mesmo. Mas a sociedade e o Direito, como seu principal instrumento de sobrevivência, devem atuar no sentido de impedir que essas diferenças individuais se projetem para a vida coletiva.

Afirmar que os homens são iguais por natureza é, na verdade, dizer que os homens devem ser considerados como iguais enquanto indivíduos para que seja possível a paz e a cooperação, basilares da vida social. As doutrinas socialistas, em seus variados matizes, apontam essa idéia, pois “ninguém acha que todos os homens possuem habilidades iguais; os socialistas acreditam é que todo ser humano merece um tratamento igual” (RADICE, 1967, p. 34).

A grandeza histórica do liberalismo foi juridicizar, limitando o poder estatal, a imperiosa necessidade de igualdade civil. Isso foi feito de modo tão radical, em rompimento com o passado, que se chegou a acreditar suficiente. O individualismo, somado a essa concepção da igualdade, com igualdade de oportunidade levou a uma sociedade em que os prêmios vão para os fortes e os fracos são deixados ao desamparo.

O Estado Social ocidental, produto da reforma do liberalismo, mantém essa concepção formal da igualdade como diretriz limitativa do seu *imperium*, nos momentos em que, enfrentando as desigualdades materiais entre os homens, trata desigualmente os desiguais. Essa convivência de dois conceitos de igualdade não é pacífica, e o

seu equilíbrio é determinante das condições para a democracia e a justiça social.

2. Igualdade jurídica da ordem constitucional

O princípio da igualdade perante a lei sempre foi consagrado nas Constituições brasileiras. Primeiro, surgiu na Constituição do Império de 1824, com um conceito formal e absoluto, passando, na de 1934, para a tentativa de uma igualdade social e econômica e, posteriormente, em 1946, para uma igualdade proporcional e positiva. Manteve-se assim, na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional nº 1/69 e na vigente Constituição de 1988.

Os postulados essenciais em que se dobra a igualdade como princípio de direito são:

“a) igualdade jurídica, no sentido de afastar qualquer tratamento discriminatório, por motivos de raça, cor, religião, ideologia, posição social ou outros que possam afetar a dignidade humana;

b) igualdade de sufrágio, que se trata no valor unitário do voto, seja do chefe de família, ou do celibatário, do rico ou do pobre, do patrão ou do operário, do letrado ou do ignorante;

c) igualdade de oportunidade, isto é, idêntica possibilidade a todos de acesso à cultura universitária, às funções públicas e às conquistas da ciência;

d) igualdade econômica, consistente no estabelecimento de um padrão mínimo de vida que corresponda com as necessidades normais do homem, levando-se em conta os seus encargos de família.” (MALUF, 1970, v. 1, p. 283).

A Constituição do Império, de 1824, tipicamente liberal, estabelecia um elenco de direitos “civis e políticos” no art. 179 e, entre esses, no item XIII, o princípio da igualdade, assim firmado: “A lei será igual para

todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Esse era o princípio genérico da isonomia, uma vez que havia outros itens, nesse artigo, que decorriam desse princípio, tais como:

“XIV. Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.

XVII. À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis, ou crimes.”

Pimenta Bueno (1958, p. 412), constitucionalista da época, comentando o “direito de igualdade em geral”, constante do item XIII do art. 179 de nossa Constituição de 1824, assim se expressava:

“Qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa”.

A Constituição de 1824, ainda que trouxesse expressa uma somatória de direitos

individuais, em geral, não estabeleceu as necessárias garantias a tais direitos, de modo que eles pudessem ter maior eficácia referente a sua efetiva e real proteção.

Além do mais, alguns pontos incluídos no texto constitucional pareciam ferir o próprio princípio da igualdade, ainda que os mesmos fossem produtos de uma época em que o liberalismo predominava universalmente.

É exemplo o exercício do voto, em que o sufrágio estabelecido era o sufrágio censitário.

Tal sufrágio para Duverger (1970, p. 142) “consiste em conceder direito de voto nada mais do que aos indivíduos que pagam uma determinada cifra de contribuição direta, chamada ‘censo eleitoral’. O sufrágio censitário é o sufrágio dos contribuintes”.

Assim, o direito de votar e ser votado era regido pelo critério de renda estabelecido no texto constitucional.

A Constituição, primeira da República, de 1891 dispôs em seu art. 72, § 2º, que:

“Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

A comparação dos dispositivos quanto ao princípio da igualdade constante das Constituições de 1824 e 1891 levou à seguinte observação de Marcelo Caetano (1978, v. 2, p. 123):

“dizer que a Lei será igual para todos é proclamar a sua generalidade: uma norma legal que se refira a escravos aplica-se a todos os escravos sem distinção. Mas quando se afirma que todos são iguais perante a lei, nega-se a própria possibilidade de distinguir entre os homens os que são pessoas e escravos reduzidos a coisas. Todos os homens serão iguais para serem respeitados nos seus interesses, como titulares de direitos individuais”.

É importante a observação também de Barbalho (1924, p. 407) de que:

“Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens ou ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não influi nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública.”

Essa Constituição tinha ainda um progresso em relação à anterior, uma vez que não apenas relacionava os direitos individuais, mas também instituiu garantias a esses direitos, como a criação do *habeas corpus*.

Essa Constituição, ainda que tivesse avanços em muitos pontos, quanto à igualdade, manteve-se com um caráter formal, calcado nas idéias individualistas que permaneciam vigentes.

Outros aspectos da igualdade jurídica encontramos no texto da Constituição. Nesta, o sufrágio censitário, que tinha como base a capacidade econômica do cidadão, existente na Constituição de 1824, foi substituído pelo sufrágio universal.

Em 1934, foi promulgada nova Constituição, esta sob influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919, debaixo do influxo de uma nova ordem econômica e social. Era o nascimento do chamado Estado Providência no Brasil, em substituição ao até então adotado Estado Liberal.

O princípio da isonomia foi mantido, agora conjugado com as novas regras econômicas e sociais, e com as limitações ao direito de propriedade.

Tal princípio foi solenemente estabelecido no art. 113, nº 1, com a seguinte redação:

“Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo,

raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

Outros aspectos decorrentes desse princípio encontravam-se incluídos no texto constitucional.

Entretanto, passava-se, em 1934, de mera declaração formal para uma tentativa de igualdade social e econômica. Nesse sentido, pode-se tomar como diretriz a regra constante do art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que *possibilite a todos existência digna*. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”. Nessa ordem de idéias, merece especial relevo a restrição ao direito da propriedade, garantido em 1891, “em toda a plenitude” (§ 17 do art. 72), e subordinado, em 1934, ao “interesse social e coletivo” na forma que a lei determinar (§ 17 do art. 113)” (FARIA, 1973, p. 71, 72).

Essa Constituição teve uma vida efêmera até 1937, daí a observação de Pinto Ferreira (1975, p. 423) de que

“ela não teve a solidez inconfundível da obra-prima de Rui Barbosa. Reflexo sul-americano da Constituição de Weimar, brilhou fugaz e transitória como a sua mãe democrática alemã, como uma constituição de compromissos entre a burguesia e proletariado”.

A Constituição de 1937 dispôs em seu art. 122, nº 1, que: “Todos são iguais perante a lei”. Incluía, ainda, outros dispositivos decorrentes da igualdade jurídica.

Entretanto, se de um lado essa Carta Constitucional dedicava uma parte aos “Direitos e garantias individuais”, de outro, a mesma era totalitária e ditatorial em mãos do Chefe do Executivo.

Todos os estudiosos da Carta de 1937 são unânimes em afirmar que a mesma nunca foi cumprida, nem respeitada, não tendo nem chegado a existir. Para Waldemar Ferreira, “destituída de sinceridade, aquela Carta teve existência apenas no papel (...)”.

Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia” (FERREIRA, W., 1954, p. 108).

Assim sendo, esta deixa de ter um maior interesse, em especial quanto ao princípio da igualdade perante a lei, uma vez que no período de sua vigência preponderava a vontade do Presidente sobre a da lei. Ressalte-se que, no período do Estado Novo, o Poder Legislativo nunca se reuniu.

Em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a nova Constituição brasileira, muito próxima do espírito da Lei Fundamental de 1934.

Quanto ao princípio da igualdade, foi sintética em seu art.141, § 1º: “Todos são iguais perante a lei”.

Esse primeiro parágrafo, que aparece no elenco dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, não foi incluído em primeiro lugar por acaso. Francisco Campos ressalta que

“o primeiro lugar na enumeração quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: ‘A Constituição assegura com *igualdade* os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes’...” (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 376).

A igualdade aqui estabelecida é de caráter proporcional, isto é, não é absoluta, que possa ter sua aplicabilidade a qualquer situação. “A igualdade absoluta, matemática, é de fato o paradoxo da igualdade” (MAXIMILIANO, 1946, v. 3, p. 36).

Essa igualdade não exclui as diferenças existentes entre os homens decorrente das condições pessoais, em razão da atividade que vai ser exercida e que possa vincular-se às habilitações e condições necessárias que muitas vezes exigem limitações de idade ou mesmo de sexo. Todavia, em igualdade de condições não se permite nenhuma distin-

ção quanto à idade, sexo, cor, credo religioso, etc.

Alguns autores entendem que o princípio, como está posto nessa Constituição, é por demais genérico, uma vez que caberia ao legislador a liberdade de ação quanto à aplicação da norma.

Entretanto, o princípio da igualdade é obrigatório também ao legislador, que não pode emanar normas que não sejam genéricas. A ele é vedado prescrever distinções através da lei, ainda que possa atender a casos individuais. Acrescente-se mais, que a lei tem como fim o bem comum e não uma determinada classe ou grupo de indivíduos. Assim, “o princípio da igualdade assegura a cada um o que é assegurado aos outros, na mesma medida e nas mesmas condições, na feliz expressão de Ernst Jorker” (CAVALCANTI, 1977, p. 216).

Dessa forma, o princípio constitucional geral tem a amplitude desejada, sem que seja necessário dispor com detalhes aquilo que já foi esculpido ao longo da história. Aliás, assim já se expressava o Prof. Mário Masagão, quando constituinte em 1946: “Devemos perder o hábito de desenvolver em dispositivos copiosos, desmanchados e indigestos aquilo que os séculos esculpiram em formas lapidares” (DUARTE, 1947, v. 3, p. 15).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 tinham, quanto ao princípio da igualdade, a mesma redação, respectivamente em seus arts. 150, § 1º e 153, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Esse texto, comparativamente com o da Constituição anterior, é mais explícito.

“A explicitude, que se insere no final da primeira parte do art. 153, § 1º, seria supérflua, se não parecesse ao legislador constituinte que nem sempre se interpreta convenientemente, com os princípios científicos de exegese das leis, especialmente das regras

jurídicas constitucionais, o que dizia nos textos das Constituições anteriores que apenas enunciavam o princípio da igualdade perante a lei” (MIRANDA, 1974, tomo IV, p. 708).

A segunda parte desse artigo foi lembrada como forma de o constituinte determinar que o preconceito de raça fosse punido pelo legislador. “O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime” (FERREIRA FILHO, 1983, p. 588).

O princípio da igualdade perante a lei tem o significado da permissibilidade de que a lei possa, todavia, estabelecer desigualdade entre os homens, para aqueles que se encontram em situações desiguais. A desigualdade permitida é, exatamente, para que se alcance a igualdade.

“O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isto, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores; os mal alojados; os inquilinos, e assim por diante” (FERREIRA FILHO, 1983, p. 588).

A Constituição vigente consagrou o princípio da igualdade já no seu Preâmbulo. Ainda que discutível a força normativa do Preâmbulo nas Constituições, conforme se vê nas posições divergentes dos doutrinadores, todavia, não se pode negar que o mesmo corresponde a manifestação do constituinte que pautou sua intenção de estabelecer uma efetiva igualdade para se alcançar o Estado Democrático de Direito que vem inserido no *caput* do art. 1º da Constituição.

Tanto que o Preâmbulo constitucional aponta expressamente o desejo do constituinte em “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supre-

mos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”

Também no corpo permanente da Constituição, o princípio foi esculpido no *caput* do art. 5º e no seu inciso I.

Aliás, o alcance do princípio expraia-se, como não poderia deixar de ser, por todo o texto da Constituição. Tanto que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se o de “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV)”. Além do mais, materializa o alcance da busca pela igualdade quando dispõe sobre regras específicas no dispositivo que trata dos direitos dos trabalhadores (art. 7º) e mais, quando trata da ordem econômica e da ordem social. Em ambos os Títulos, a menção à justiça social conduz claramente à manifesta intenção do constituinte em construir um Estado que proporcione o melhor bem-estar à sociedade.

Rui Barbosa (1944, p. 12) já deixava, de modo muito claro, o seu entendimento sobre a igualdade:

“A regra de igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.”

A igualdade de tratamento constitui um princípio de justiça, cuja validade ultrapassa a de todos os princípios democráticos e liberais. Esse princípio se estende além de uma igualdade puramente formal, para ser, no Estado contemporâneo, principalmente, uma igualdade econômica. Muitas vezes a igualdade de posições jurídicas formais esconde uma desigualdade social.

Esse Estado busca a construção de uma sociedade em que haja igualdade de oportu-

nidades para todos e na qual predomine a preocupação permanente de se proporcionar o bem-estar a todos os cidadãos.

3. A dicotomia entre o público e o privado

Com a missão de promover o bem-estar do povo, o Estado outrora formado sob a égide do liberalismo clássico foi substituído pelo chamado Estado Providência.

Essa mudança ocorreu também no Estado brasileiro a partir da Constituição de 1934, quando esse tomou para si a responsabilidade de atuar participativamente na atividade econômica, colocando-se como empreendedor por meio de uma atuação imediata e, assim, posicionando-se como verdadeiro empresário.

Ocorre que o Estado não tinha no seu organismo interno as condições necessárias para atender as novas funções. A sua máquina administrativa era por demais complexa e excessivamente burocratizada, o que a impedia de atender as exigências da atividade empresarial então assumida.

Tal fato demonstrava claramente a necessidade de se proceder a uma profunda alteração no organismo estatal, introduzindo mecanismos que possibilitassem uma maior agilidade e eficiência no desempenho da sua função empresarial.

Assim, o Estado faz surgir a administração indireta, com as autarquias, inicialmente, e, depois, com as sociedades de economia mista e as empresas públicas. A justificativa era a necessidade de se buscar mecanismos estatais mais ágeis e flexíveis que pudessem atuar com maior presteza no desenvolvimento da sua nova função.

Esses entes que representam a presença do Estado na atividade econômica, sejam sozinhos ou associados com o particular, atuam em paralelo com a iniciativa privada, em face da impossibilidade de poderem competir utilizando-se de seus órgãos da administração direta, uma vez que esses são

criados para o exercício peculiar de serviço público.

Esses novos entes são instituídos pelo Estado sob forma de sociedades comerciais. Entretanto, continua sendo o Estado ali presente, atuando, agora, por meio desses, na atividade econômica concorrencialmente com a empresa privada.

Essas emanções do Estado, por vezes, em face da vinculação estatal, recebiam privilégios e favores de seu instituidor, causando uma situação de desigualdade na concorrência com a iniciativa privada. Tal fato, se de um lado criava uma situação vantajosa para a empresa estatal com prejuízo à empresa privada, causando um desequilíbrio concorrencial entre as mesmas, do outro, feria o princípio da igualdade hoje posto nos ordenamentos jurídicos como princípio basilar do Estado democrático contemporâneo.

“A liberdade de iniciativa (...) constitui o elemento primordial de todo o regime capitalista, sobretudo na atribuição e garantia de ambiente próprio à ação individual nos negócios e nas realizações econômicas. Sua abolição total seria a implantação drástica do socialismo”. (SOUZA, 1961, p. 137).

Dessa forma, era absolutamente necessário estabelecer as regras de convivência entre as empresas estatais e as empresas privadas, de modo que essas últimas não sofressem prejuízos que as levassem ao caos financeiro, a ponto de muitas delas até correrem o risco do desaparecimento, sufocadas por uma preferência que viesse a ser dada às empresas estatais pelo seu próprio instituidor.

Para atender as novas formulações constitucionais no Estado brasileiro que se operaram a partir da Constituição de 1934, a Administração Pública do nosso país não se furtou em instituir empresas desse gênero, de modo a cumprir as exigências de uma atuação econômica e empresarial por parte do Estado.

Essa proliferação de entes da administração indireta surgiu com as autarquias em

1930 e, em especial, após 1934 com a nova Constituição consagradora do Estado Providência em nosso país.

Esses entes receberam, inicialmente, estruturas jurídicas diversas, em razão da falta de conceituação e definição próprias que os conduzissem a uma maior clareza no mundo jurídico. Tal fato resultava num incipiente controle e fiscalização que permitia os abusos, bem como configurava uma insegurança no plano do direito. Os doutrinadores brasileiros conflitavam na análise desses entes e se socorriam de exemplos estrangeiros para aplicá-los a nossa situação, o que nem sempre solucionava adequadamente o contido no nosso ordenamento jurídico.

Além do mais, o fato de os mesmos atuarem na atividade econômica de forma concorrencial com as empresas privadas ensejava, muitas vezes, por parte do Estado, a concessão de privilégios e favorecimentos às suas entidades, colocando-as, assim, como concorrentes desleais perante aquelas da iniciativa privada.

Com o advento do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, definem-se as formas jurídicas pelas quais o Estado, por meio de seus entes da administração indireta, atua no campo econômico.

Se o referido Decreto-lei não veio preencher os anseios de uma parte da doutrina, na verdade retirou a maioria das dúvidas existentes, bem como definiu cada uma das entidades da administração indireta. Também o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que produziu modificações parciais no anterior, contribuiu para a definição das formas jurídicas em que o Estado atua na vida econômica.

A Constituição vigente fixou os princípios da atuação do Estado na ordem econômica, como também definiu as regras que devem reger a concorrência entre as empresas estatais e as empresas privadas.

Mas a preferência constitucional é dada à iniciativa privada. Tanto que a livre iniciativa contida nos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição, além de demonstrar a prefe-

rência à empresa privada, prescreve ainda que o Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, deve incentivá-la, isto é, estimulá-la e apoiá-la (art. 174).

A livre iniciativa, portanto, não apenas se apresenta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), como também é fundamento da ordem econômica, juntamente com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*).

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 170, reafirma que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

As empresas privadas, não se pode negar, desenvolvem uma atuação também de interesse público, em especial no Brasil, em que a Constituição fixa como princípio da ordem econômica a “livre iniciativa”, bem como defere às referidas empresas a preferência para atuarem no setor econômico.

A Constituição estabelece em seu art. 170 os fundamentos, a finalidade e os princípios norteadores da ordem econômica, tudo conforme os ditames da justiça social.

Quanto aos fundamentos, o constituinte elegeu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

O texto constitucional assim dispõe no *caput* do art. 170:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

A valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica constitucional vigente foi acolhida sob influência da doutrina social da Igreja, que vê no trabalho nobreza e dignidade.

O trabalho é, portanto, um direito fundamental e, assim, de responsabilidade obrigacional do Estado a quem compete proporcionar a criação de oportunidades para to-

dos de modo a minimizar as desigualdades existentes.

Valorizar o trabalho humano é reconhecê-lo como um direito fundamental da pessoa humana que, integrada à sociedade, tem a faculdade de poder exercer uma atividade que atenda as suas necessidades, da sua família e também da sociedade, mediante justa remuneração.

“Na verdade, o trabalho é ao mesmo tempo um direito e uma obrigação de cada indivíduo. Como direito deflui diretamente do direito à vida. Para viver, tem o homem de trabalhar. A ordem econômica que lhe rejeitar o trabalho, lhe recusa o direito a sobreviver. Como obrigação, deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o todo depende da colaboração de cada um” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 353).

Valorizar o trabalho humano é, pois, conferir ao trabalho e aos trabalhadores um tratamento relevante à semelhança do que faz o nosso texto constitucional quando relaciona, em especial, no art. 7º o rol dos principais direitos dos trabalhadores.

O outro fundamento da ordem econômica constitucional vigente é o da livre iniciativa.

O texto constitucional consagra a preferência pelo sistema capitalista decorrente da apropriação dos meios de produção e da livre iniciativa.

Como vimos, esta é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil juntamente, entre outros, com “os valores sociais do trabalho”, conforme o disposto no inciso IV do art. 1º da nossa Constituição Federal, reafirmada também como fundamento da ordem econômica juntamente com a “valorização do trabalho humano”, nos termos do art. 170, *caput*.

“Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa,

a ela só opõe, ainda que não a exclua, a ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa” (GRAU, 2000, p. 231).

O texto constitucional estabeleceu também as regras que devem reger a concorrência entre as empresas estatais e as empresas privadas.

Assim dispõe o art. 173:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

É bom lembrar que esse § 1º e seus incisos do referido artigo foi objeto da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Portanto, era outra a redação originária da Constituição vigente.

A Constituição, quanto à ordem econômica, além de deferir às empresas privadas a preferência para a exploração das atividades econômicas, estabelece ainda que ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, compete exercer a função de incentivo.

A participação estatal se faz apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, exceto quanto ao disposto no *caput* do art. 173, que está a se referir a uma das formas de exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Denomina-se tal exploração “necessária”, decorrente dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, a qual, portanto, “não se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada” (SILVA, 2000, p. 782).

Sendo a atividade econômica própria dos particulares, cabe ao Estado, além da participação subsidiária, prestar o incentivo às empresas privadas na exploração das atividades econômicas.

A regra é, portanto, de que tal atividade pertence à empresa privada, sendo exceção a presença do Estado.

“A liberdade da iniciativa privada não é, todavia, ilimitada na Constituição, o que vem ensejar a ação subsidiária do Estado

no domínio econômico” (NICZ, 1981, p. 110).

A missão do Estado, de forma secundária nesse campo, é a de colaborar com a iniciativa privada. Confirma-se pelo que traz o texto constitucional em seus parágrafos do art. 173.

O § 1º, II, desse artigo trata do princípio da igualdade jurídica, que decorre da obrigação de as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitarem-se às normas aplicáveis às empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, acrescido ainda da redação do § 2º do referido artigo, em que consta expressamente que estas “não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Na Constituição vigente, a exploração pelo Estado da atividade econômica far-se-á somente por meio da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, pessoas jurídicas de direito privado, que integram a administração descentralizada do Estado.

Se atribuídas vantagens às empresas estatais, estar-se-ia ferindo a regra geral que estabelece caráter preferencial às empresas privadas. Ora, o texto constitucional, no seu art. 174, confere ao Estado funções quanto à atividade econômica, inclusive, entre elas, a de incentivar a iniciativa privada e, portanto, os privilégios que venham a ser concedidos às empresas estatais concorreriam para o desestímulo de as mesmas atuarem na exploração da atividade econômica. Além do mais, reitera-se que a atuação do Estado neste campo, segundo a regra constitucional, é de caráter subsidiário.

Fábio Konder Comparato (1980, p. 142, 181-182), analisando o mesmo preceito da Constituição anterior, isto é, o § 2º do art. 170, assinalava que:

“A disposição normativa do § 2º do art. 170 da Constituição representa simples decorrência lógica do princípio da preponderância da empresa privada e do caráter suplementar da

atividade econômica estatal, constante do *caput* e do § 1º. Ingressando como agente do mercado para suprir as deficiências da iniciativa particular, o Estado assume o *status* de pessoa privada e submete-se ao regime geral do direito privado”.

A igualdade jurídica estabelecida no texto constitucional vigente é aplicada em setores não monopolizados e naquelas matérias do *caput* do art. 173, que se refere à exploração direta necessária, isto é, quando o exigir a segurança nacional ou interesse público relevante, conforme definidos em lei, em que, por razões especiais, pode vir a ocorrer a concorrência entre as empresas privadas com as empresas estatais.

Ferreira Filho (1981, p. 144-197), ao tratar do princípio da igualdade, apresenta três aspectos fundamentais: a igualdade de todos perante o direito, a uniformidade de tratamento dos casos iguais e, como face negativa, a proibição das discriminações. Afirmando ser esse último aspecto o que fundamentalmente inspira a norma constitucional, conclui que este

“veda (...) que lhes sejam concedidos privilégios, vantagens, favores que lhes permitam concorrer, deslealmente, com as empresas privadas. Está nisso a proibição das discriminações, ou seja, das distinções arbitrárias”.

Essa igualdade importa em que elas observem os mesmos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A igualdade colocada no texto constitucional é justificável, porque, na eventualidade de se permitir tratamento desigual entre as empresas estatais e as empresas privadas, as primeiras ficariam em situação vantajosa perante as segundas. A desigualdade, por certo, em vez de estimular a iniciativa privada, causaria apatia, reduzindo a possibilidade de se interessarem em cobrir o setor que preferencialmente lhes compete por força do dispositivo constitucional. Portanto, *a contrario sensu*, também impede que as em-

presas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias dêem aos seus empregados os favores que a legislação outorga ao servidor público.

O exercício pelo Estado da atividade econômica não-monopolizada, isto é, em caráter concorrencial com empresas privadas que explorem o mesmo setor, regidas constitucionalmente em caráter de igualdade que veda privilégios ou discriminações, não exclui, entretanto, o tratamento específico que o Estado venha dispensar às suas empresas em razão de suas próprias peculiaridades, desde que tais regras não as descaracterizem como empresas.

“A norma constitucional deve (...) ser entendida mais em seu espírito do que na literalidade de seu texto. Dela não se há de extrair *a contrario sensu* a inaplicação de normas próprias de direito público, até mesmo nos dois campos que especialmente destaca: o regime de seu pessoal e o da regulação de suas obrigações” (TÁCITO, 1983, p. 25).

Assim é quanto à equiparação de seus empregados aos servidores públicos, quando lhes veda a acumulação de cargos (art. 37, XVII) ou ainda, quando expressa que sobre as suas contas se exercerá o controle externo do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71). Outros casos poderiam ser apontados como exemplos.

A contrario sensu, quando o Estado explorar atividade monopolizada, fica derrogada a regra constitucional obrigatória da igualdade aplicável às empresas privadas.

O princípio da igualdade entre as empresas estatais e as empresas privadas, também chamado por alguns autores de princípio da igualdade econômica, estabelece que o Estado, quando, revestido da forma empresarial, atuar na atividade econômica, deverá sujeitar-se à igualdade de tratamento aplicado às empresas privadas.

Ora, o princípio isonômico estabelecido no texto constitucional entre tais empresas torna-se absolutamente necessário, quando

estamos diante de um modelo econômico expressamente posto na Constituição que defere às empresas privadas a preferência para atuarem no campo das atividades econômicas, cabendo ao Estado, nesse caso, o plano secundário.

Dessa forma, para a plena obediência do dispositivo constitucional se faz necessário que as empresas estatais se sujeitem às mesmas normas aplicáveis às empresas do setor privado. É o fiel cumprimento do princípio da igualdade.

A livre concorrência pressupõe, aliás, igualdade de condições dos participantes, sem o que se estabeleceria um desequilíbrio entre as partes, favorecendo uns e prejudicando outros.

Inconcebível que o próprio Estado viesse a ser o autor do ato que permitisse a afronta ao princípio da isonomia, propiciando favorecimentos ou privilégios às suas próprias empresas, com prejuízo à empresa privada, caracterizando, dessa forma, uma concorrência desleal.

A concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 380).

Assim, quando o Estado vier a atuar na organização e na exploração das atividades econômicas, seja para fins de complementar a atuação dos particulares que se mostre insuficiente no atendimento à coletividade ou, ainda, quando para preencher espaço não provido pela iniciativa privada, deverá fazê-lo em igualdade de condições com as empresas privadas. Essa igualdade caracteriza-se pela impossibilidade de o Estado conceder vantagens às suas empresas sob pena de desestimular as empresas privadas e, ainda, contrapor-se ao texto da Constituição. É vedado, inclusive, que o Es-

tado atribua vantagens tributárias às suas empresas quando competindo com os particulares. Excepciona-se quanto ao princípio da igualdade tributária a atividade monopolista do Estado.

O princípio da igualdade entre as empresas estatais e privadas no texto da Constituição está afirmado, pois, com o sentido da impossibilidade de as primeiras se colocarem em posição privilegiada perante as segundas, exceto na atividade monopolizada, quando o próprio caráter da atividade já não permite que seja exercida pela iniciativa privada.

Ressalte-se, também, que a Constituição defere ao Estado, nos termos do *caput* do art. 173, a exploração direta da atividade econômica, todavia, apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O Estado explora diretamente a atividade econômica, nos termos autorizados pela Constituição, sob duas formas, ou pelo monopólio ou pela denominada intervenção necessária.

Nesse caso, não se cogita de possível preferência atribuída à iniciativa privada. Esta está afastada por força da necessidade da presença direta do Estado que decorre dos imperativos da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo. Não há, portanto, qualquer menção de participação estatal subsidiária ou suplementar à iniciativa privada. Ressalte-se, todavia, que, ainda que as expressões utilizadas no dispositivo constitucional possam ser daquelas de conceitos vagos e indeterminados, o constituinte teve a cautela de estabelecer que a atuação do Estado obediente a esse preceito se faria “conforme definidos em lei”.

Bibliografia

BARBALHO, João. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. *Revista Arcádia*, São Paulo, 1944.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 2 v.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 10, 1947.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

COMPARATO, Fabio Konder. Intervenção do domínio econômico. Sociedade de economia mista. Alienação de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 142, out./dez. 1980.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1947. v. 3.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones politicas y derecho constitucional*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Ed. da USP, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Empresa pública. Sociedade de economia mista. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 144, abr./jun. 1981.

_____. *Comentários à Constituição brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1962.

_____. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1.

FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2000.

IGUALDADE. In: OPPENHEIM, Felix E. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1986.

MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. v. 1.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 3.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo 4.
- _____. *Democracia, liberdade, igualdade, os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- RADICE, Giles. *Socialismo democrático*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1960.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. v. 2.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 151, jan./mar. 1983.
- VOLTAIRE, J. M. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

A compreensão do poder como fenômeno político-jurídico na nova ordem mundial

Realismo e idealismo nas relações internacionais

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Sumário

1. Introdução. 2. Sobre o Pequeno Príncipe e o rei sem súdito e sobre Alice e a rainha malvada: a manifestação do poder como fenômeno sociológico inerente à natureza humana. 3. A compreensão clássica do poder como fenômeno político-jurídico. A soberania como qualidade do poder entrelaçada em relações de heterorreferências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico. 4. O poder hegemônico e o fortalecimento de um Estado centralizador, burocrático e tecnocrata como tendência em descompasso com o ideal democrático. 4.1. O poder hegemônico. 4.2. O Estado centralizador, burocrático e tecnocrata. A expansão do poder ascendente e o princípio da subsidiariedade. 5. O exercício do poder em rede. A nova constelação. A atuação de novos agentes.

“Realismo com humanismo: a melhor resposta aos desafios”. (Vamireh Chacon)

1. Introdução

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a efetividade dos direitos humanos e condições dignas de vida tem fervilhado aqui e alhures.

Nesse contexto, em face dos efeitos da globalização, busca-se divisar meios para afastar a global e unilateral massificação da identidade impingida pela cultura ocidental, procurando preservar valores e direitos

Carlos Alberto Simões de Tomaz é juiz Federal e professor em Belo Horizonte/MG. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC/MG. Mestrando em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

a fim de ensejar uma globalização que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

A partir daí, torna-se de suma importância uma revisão teórica da concepção jurídico-política do poder. De fato, a presença e atuação de novos atores não-governamentais no cenário nacional e internacional tem deslocado o exercício do poder para outro eixo, desviando-o do sentido vetorial vertical, como é tradicionalmente tratado na teoria política ou jurídica, porque, com efeito, a soberania tem-se projetado numa esfera de heterorreferência que parte do jurídico para o econômico, político, militar, enfim, cultural, ensejando, desde aí, a atuação do poder em rede.

Essa nova atuação do poder em rede é produto do que se convencionou chamar “sociedade em rede”.

A compreensão dessa nova ordem passa, necessariamente, pelo rompimento das linhas de fratura entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais para se centrar num ambiente multidisciplinar.

Neste trabalho, os fenômenos do poder e do multiculturalismo serão analisados dentro desse enfoque, tendo como pano de fundo as duas grandes vertentes das Relações Internacionais: o realismo e o idealismo político, sem, todavia, buscar estabelecer confrontos teóricos, não raros estereis cientificamente, mas, ao contrário, com olhos voltados para a vida, para o que está acontecendo no âmbito das relações entre os Estados e organismos governamentais e não-governamentais, dentro da perspectiva de que “o caminho está na síntese de idealismo e realismo” (CHACON, 2002, p. 77).

2. Sobre o Pequeno Príncipe e o rei sem súdito e sobre Alice e a rainha malvada: a manifestação do poder como fenômeno sociológico inerente à natureza humana

Talvez poucos tenham enfrentado tão bem o poder em sua concepção eidética

como o fez Saint-Exupéry na famosa obra *O Pequeno Príncipe*. Aliás, desse livro, que ganhou expressão na literatura mundial como uma fábula infantil e no campo da auto-ajuda para adolescentes e adultos, pode-se colher verdadeiras lições jurídico-políticas para os dias de hoje. No que pertine ao poder, recorde-se que o Pequeno Príncipe habitava sozinho um minúsculo planeta e bastava recuar um pouco a cadeira para contemplar o pôr-do-sol quantas vezes quisesse. O livro registra que o Pequeno Príncipe chegou a ver o sol se pôr quarenta e três vezes num único dia! E ao viajar, deparou-se o Pequeno Príncipe com um asteróide habitado por um rei sem súdito, mas que tinha pretensão de mandar no universo, que não hesitou um só instante em desferir um amontoado de ordens ao Pequeno Príncipe. Assim, divisou o Pequeno Príncipe que se ele fosse detentor de tanto poder, como aquele monarca que se dizia soberano do universo, teria podido assistir não a quarenta e três, mas a setenta e dois, ou mesmo cem, ou mesmo a duzentos pores-do-sol no mesmo dia, sem precisar sequer afastar a cadeira! (SAINT-EXUPÉRY, 2002, p. 26-27, 36-41). Sozinho no seu planeta, o Pequeno Príncipe não tinha em quem mandar. Iludia-se, pensando que mandava no sol e isso lhe satisfazia tanto que num só dia chegou a ver o pôr-do-sol quarenta e três vezes. É dizer, quarenta e três vezes pensou que mandou o sol se pôr, quando, na verdade, era o deslocamento de sua cadeira que ensejava a deflagração do movimento do planeta de modo a gerar dia e noite (explicação científica) e não a vontade do Pequeno Príncipe. Igualmente, aquele solitário monarca não mandava em nada. Satisfazia-lhe a ilusão de que reinava sobre o universo.

O autor deixa o leitor extrair a correta idéia de que o poder é inerente à natureza humana. Significa dizer: aonde estiver o homem, aí haverá a manifestação do poder como fenômeno sociológico. Sim, o poder é obviamente um fenômeno social. E era exatamente por isso que nem o Pequeno Príncipe

pe, nem o solitário monarca exerciam poder algum. Não havia em quem mandar. O poder, como fenômeno sociológico, é fundamentalmente uma relação entre dois pólos: um pólo de *mando* e um pólo de *obediência*. Essa relação social se projeta no plano vertical, não no plano horizontal. Horizontalmente, deixa de ser poder para ser cooperação.

No dia-a-dia, muitos se iludem como o Pequeno Príncipe e o rei solitário pensando que mandam e que são obedecidos. Na verdade, todos nós mandamos e todos nós obedecemos ao mesmo tempo. Considere-se, por exemplo, a relação de amizade entre duas pessoas. Por mais amigas que sejam, essa relação jamais se projetará horizontalmente, sempre um exercerá uma influência, ainda que mínima, sobre o outro, da mesma sorte que aquele que é influenciado com certeza influenciará outrem.

Ainda voltando aos clássicos infanto-juvenis, Carroll (2002)¹ registra, em *Alice no País das Maravilhas*, a figura de uma rainha que não se cansava de ordenar a morte de seus súditos quando estes lhe desagradavam (*Cortem-lhe a cabeça!*). A monarca exercia hegemonicamente o poder e se manifestava expressamente contra tudo que fugisse aos padrões estabelecidos, contra as diferenças que não eram por ela suportadas. Mas também iludia-se, tal qual o pequeno príncipe, pois o rei se esmerava em desfazer suas ordens de forma sutil, de modo a convencer a rainha de que ela é quem mandava. Não hesitou a rainha, um só instante, em disparar sua ordem fatal contra Alice, exatamente porque diferente, estranha e porque Alice, a essa altura, encontrava-se com seu tamanho reduzido. Porém, quando Alice voltou ao tamanho normal – que significava gigante para a Corte –, não hesitou em descumprir os comandos da rainha porque sabia que a relação de poder agora se deslocava dela para a soberana.

O poder é, sem dúvida, inerente à natureza humana. Considerando essa básica circunstância, Morgenthau (2003, p. 4) formu-

la o primeiro dos seis princípios do realismo político expressando que “o realismo político acredita que a política, como aliás a sociedade em geral, é governada por leis objetivas que deitam suas raízes na natureza humana”. E prossegue asseverando que

“... O poder cobre o domínio do homem pelo homem não só quando se apresenta disciplinando por desígnios morais e controlado por salvaguardas constitucionais (tal como ocorre nas democracias ocidentais), como quando ele se converte nessa força bárbara e indomável que só consegue encontrar leis em sua própria força e justificação em seu próprio desejo de engrandecimento” (MORGENTHAU, 2003, p. 18).

De fato, há manifestação de poder seja quando um presidente de uma república baixa uma medida provisória, um juiz profere uma sentença, um guarda aplica uma multa, etc; seja quando, voltando ao segundo clássico juvenil, a rainha satisfazia seu desejo de engrandecimento e fazia uso de incontrolável força não legitimada pela ausência de regras previamente estabelecidas. Aliás, jogando com a rainha e seus súditos uma partida de croqué, tendo sido indagada como estava se saindo, não hesitou Alice em retrucar: “É difícil jogar sem regras e, se existem, ninguém as respeita” (CARROLL, 2002).

3. A compreensão clássica do poder como fenômeno político-jurídico. A soberania como qualidade do poder entrelaçada em relações de heterorreferências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico

Impende, a partir daí, ou seja, considerando-se o poder como fenômeno social, verificar como a relação de mando e obediência se projeta dentro e fora do Estado. Deveras, para alguém poder deflagrar uma relação de mando e de obediência em nome

do Estado é necessário que esteja investido de parcela de poder estatal. Esse alguém é denominado corriqueiramente autoridade. Na linguagem jurídica, agente político, tipo especial de servidor público encarregado de manifestar a vontade em nome do Estado. A investidura, para tanto, ocorre sob as mais variadas formas: o rei, por exemplo, investe-se do poder do Estado, para deflagrar relações de mando e de obediência, pelo simples fato de ser o sucessor na linha de ascensão ao trono. Nas repúblicas, as formas vão desde a escolha pelo voto, o concurso público ou a nomeação. Porém, não basta que alguém se encontre legitimamente investido para exercer o poder do Estado. É preciso, igualmente, que o exercício do poder se projete nos limites traçados pelo Direito. É dizer, em outras palavras, a autoridade, uma vez legitimamente investida, deve atuar no âmbito da legalidade, não devendo agir contra ou fora do espaço legal, sob pena de agir com arbítrio ou desvio de poder em defesa da satisfação de interesses outros que não os eleitos pela norma.

Aí estão, portanto, os dois princípios nucleares da concepção democrática: legitimidade e legalidade, sem os quais não se concebe o exercício do poder na órbita do Estado.

O homem, quando nasce, já se encontra mergulhado na estrutura de poder do grupo primário: o poder de família, segundo a nova nomenclatura do novo Código Civil, que permite a tomada de decisões em relação à pessoa dos incapazes e de seus bens. Mas o homem começa a participar de grupos sociais secundários, em que são deflagradas novas relações de poder, como, por exemplo, igreja, escola, associações econômicas, culturais, recreativas, de classe, sindicatos, partidos políticos. Então, existe, dentro do Estado, o poder da família, da igreja, das universidades, das corporações econômicas, dos times de futebol, da OAB, do CREA, dos sindicatos dos trabalhadores e da representação patronal, das várias opções políticas organizadas em partido, das

federações, confederações, etc. Mas há de haver um poder que se sobreponha a todas essas esferas de poder. Um poder que decida o conflito de interesse deflagrado entre o indivíduo e quaisquer grupos, dos indivíduos entre si e das próprias esferas de poder entre si. Desse poder se diz ser o poder de decisão em última instância, dentro do âmbito do Estado, que não admite poder maior nem igual a ele. Essa qualidade do poder do Estado é a soberania.

A soberania, todavia, projeta-se no plano externo. E aqui ela pode ser encarada como a qualidade do poder do Estado de não admitir, no plano internacional, a existência de poder maior do que o poder estatal. Admite, tão apenas, poderes iguais.

Nessa perspectiva, vê-se que a soberania foi tomada como uma qualidade do poder do Estado, não como um elemento constitutivo, como defendem alguns, o que permite admitir a existência de Estados que conseguem expressar essa qualidade do poder em grau maior do que outros no plano internacional. Com efeito, do ponto de vista jurídico, a norma de Direito Internacional Público vazada no princípio da igualdade entre os Estados propugna por que, repita-se, do ponto de vista exclusivamente jurídico, todos os Estados sejam igualmente soberanos porque gozam da mesma personalidade jurídica internacional, encontrando-se, portanto, igualmente capacitados para adquirir direitos e contrair obrigações. Por outro lado, enfrentada a questão sob o prisma político, militar, econômico, científico ou tecnológico, não há como não admitir que existam Estados que conseguem expressar em maior grau essa qualidade de seu poder ou, como se queira, Estados mais soberanos que outros.

O conceito de soberania tem, todavia, sofrido o impacto das mudanças que o mundo tem enfrentado nas últimas décadas do século passado e no início deste século. Deveras, não se pode mais concebê-la, como fez Kelsen (1992, p. 161), “apenas dentro do domínio do normativo”. Com efeito, a proje-

ção dessa qualidade do poder do Estado encontra-se entrelaçada em relações de heterorreferências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico. Porém, uma coisa é certa: o mestre da Escola de Viena tem razão quando aponta para a circunstância de que é pressuposto de uma posição monista com primazia do Direito Estatal sobre o Direito Internacional, a soberania absoluta do Estado. Sim, porque soberano seria apenas o “Estado cuja ordem jurídica fosse o ponto de partida de toda sua estrutura... O Direito Internacional é válido apenas por ser reconhecido pelo Estado mencionado em primeiro lugar, o qual é soberano porque a ordem jurídica internacional é considerada parte de sua ordem jurídica e, portanto, inferior a ela” (KELSEN, 1992, p. 373).

Sob tal contextura, e em face do predomínio do monismo com primazia do direito interno ou, quando menos, do dualismo para ensejar a incorporação da norma internacional à ordem interna, a soberania ainda é encarada de forma absoluta, e isso tem comprometido a fundamentabilidade dos direitos humanos e a atuação da comunidade e entes governamentais em prol da dignidade da pessoa humana num mundo que se diz globalizado.

Deveras, uma concepção mais aberta da soberania, para havê-la num amálgama de relações de heterorreferências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico, melhor se coaduna com o exercício do poder sob uma forma indireta. Enfrentando essa questão, Chacon (2003, p. 51) lembra que:

“Poder é a capacidade de comandar no sentido de ‘co-mandar’, por cooptações convenientes, sucessivas e gradativas, cambiantes no tempo e no espaço. Influência é a forma indireta do poder. Vai mais adiante e melhor que a mera força física, com a ajuda da ciência, tecnologia e cultura; luta propriamente pelos corações e mentes. Saber se conter para não se

exceder além das próprias forças, passando a receber maior e pior contra-ataque, eis a máxima sabedoria da complexa verdadeira razão de Estado, que só pode ser plenamente, se for realmente razão das grandes maiorias da sociedade, que o geram e o mantêm. Cooptar significa compensar material e psicologicamente no ‘co-mando’”.

De fato, a influência de impérios e Estados hegemônicos hodiernamente cada vez mais se faz sentir não apenas por meio de seu *hard power* (poderio econômico, militar, tecnológico, etc). A atuação indireta da soberania por um círculo de inter-referências socioculturais aponta para um exercício do poder em rede, como adiante se verá, e sem dúvida é de um peso muito maior na exata medida em que, como percebeu com argúcia Chacon (2003, p. 52), “o poder mais psicológico, porque o mais amplo, é o cultural, capaz até de comandar sem ‘co-mando’, mantido, com freqüência, só nas aparências disfarçantes da conquista por corações e mentes”. Essa atuação da soberania tem recebido o nome de *soft power*² e revela-se na difusão e infusão de hábitos, modismos, consumismos, música, esportes, etc.

Desconsiderar ou não dar a devida importância a esse fenômeno é olvidar a realidade dos fatos que revelam os novos caminhos pelos quais o Estado palmilha no plano interno e externo.

4. O poder hegemônico e o fortalecimento de um Estado centralizador, burocrático e tecnocrata como tendência em descompasso com o ideal democrático

Nessa linha de idéias, pode-se dizer que o Estado que inicia o século XXI palmilha por dois caminhos que, sem dúvida, podem distanciá-lo do eixo democrático. Divisa-se, com efeito, no plano externo, que a manifestação da soberania tem conduzido a posturas hegemônicas de Estados fortalecidos

política e economicamente em detrimento dos Estados periféricos. Por outro lado, no plano interno, a busca de eficiência e a administração dos escassos recursos disponíveis, à guisa de se alcançar os objetivos previamente definidos, têm conduzido os Estados pelos passos de uma sensível centralização de poder aliada a uma política de redução de direitos historicamente incorporados ao patrimônio social. Ambos os fenômenos, como se disse, mostram-se inteiramente na contramão da perspectiva democrática, mas são evidentes.

O confronto funcional dessas duas posturas enseja a seguinte indagação: pode existir ordem internacional democrática convivendo com Estados internamente não democráticos? A resposta requer o enfrentamento do poder hegemônico e das tendências da democracia diante do fenômeno da centralização tecnoburocrática do poder.

4.1. O poder hegemônico

A dissolução da União Soviética rompeu com a bipolaridade do poder no cenário mundial. Com efeito, os EUA se consolidaram como o maior núcleo de poder que, sem concorrente, estabelece uma política internacional voltada para definir a atuação dos demais atores do cenário, imprimindo limites às experiências nacionais. Esse chamado unilateralismo norte-americano encontra-se fincado na crença da “universalidade da cultura ocidental”. Essa crença, amparada no crescimento ímpar da cultura ocidental, imprime a idéia de que em torno dela devem quedar outras culturas (as não-ocidentais), porque desviadas do eixo civilizatório adotado como padrão de globalização. Isso tem conduzido a uma política imperialista do principal Estado-núcleo da civilização ocidental, que não tem poupado esforços, inclusive com violação a princípios como o da autodeterminação dos povos, da não intervenção e do pacto de não-agressão, ao escopo de preservar a civilização ocidental ante uma expansão de outras culturas.

Com efeito, entre os ocidentais, há o sentimento arraigado de que “as idéias de liberdade individual, democracia política, império da lei, direitos humanos e liberdade cultural (...) são européias, não são idéias asiáticas, nem africanas, nem do Oriente Médio, a não ser por adoção”³ (SCHLESINGER JÚNIOR apud HUNTINGTON, 2001, p. 396). Ora, é verdade que o berço do liberalismo e da democracia é a Europa. Deve-se, sem dúvida, ao pensamento político europeu a propagação pelo mundo dos ideais de liberdade, democracia e direitos humanos. Todavia, a adoção desses ideais não amesquinha em nada outras culturas, que, se não os desenvolveram elas próprias, tal se deu em razão de que o desenvolvimento ocidental, sobremodo da Europa, ocorreu em passos mais rápidos em comparação com as culturas asiáticas ou orientais, e em muito maior distância em relação à cultura africana. Aqueles ideais, contudo, não são privilégios da cultura ocidental. São inerentes à natureza humana. Devem ser entendidos, isto sim, como normas que integram o chamado *ius cogens*, de natureza, portanto, supraconstitucional e metacultural, que mais cedo ou mais tarde aflorariam no pensamento político de qualquer cultura. Coube à ocidental ser o carro-chefe da locomotiva.

Mas é em nome de uma expansão da cultura ocidental, eleita como a única apropriada para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, que se tem erigido o poder hegemônico, hoje concentrado nos EUA. A ação unilateral norte-americana não foi inicialmente cogitada quando do término da “guerra fria”. De fato, chegou-se a pensar que, com o fim da bipolaridade, o mundo passaria para um clima de harmonia nas relações internacionais, com a vitória do capitalismo e da democracia liberal. Huntington (2002, p. 32-33), descrevendo essa fase, assevera que:

“A expectativa de harmonia era largamente partilhada. Líderes políticos e intelectuais elaboraram opiniões similares. O muro de Berlim tinha

caído, os regimes comunistas tinham desmoronado, as Nações Unidas iriam assumir uma nova importância, os antigos rivais da Guerra Fria se engajariam em ‘parceria’ e numa ‘grande negociação’, a ordem do dia seria a manutenção da paz e a imposição da paz. O presidente do país líder mundial proclamou a ‘nova ordem mundial’; o decano da que talvez se possa chamar a universidade mais importante do mundo vetou a nomeação de um professor de estudos de segurança porque sua necessidade havia desaparecido: ‘Aleluia! Não estudamos mais a guerra porque a guerra não existe mais’.

O momento de euforia no fim da Guerra Fria gerou uma ilusão de harmonia, que logo se viu não passar disso. O mundo ficou diferente no início dos anos 90, mas não necessariamente mais pacífico. As mudanças eram inevitáveis, o progresso não. Ilusões semelhantes ocorreram, por breves períodos, ao final de cada um dos outros grandes conflitos do século XX. A I Guerra Mundial foi ‘a guerra para acabar com todas as guerras’ e para tornar o mundo seguro para a democracia. A II Guerra Mundial, na colocação de Franklin Roosevelt, iria ‘pôr fim ao sistema de ações unilaterais, às alianças exclusivas, aos equilíbrios de poder e a todos os outros expedientes que tinham sido tentados durante séculos – e tinham fracassado sempre’. Em vez disso, teríamos ‘uma organização universal’ de ‘Nações amantes da paz’ e o começo de uma ‘estrutura permanente de paz’. No entanto, a I Guerra Mundial gerou o comunismo, o fascismo e a inversão de uma tendência de mais de um século rumo à democracia. A II Guerra Mundial produziu uma Guerra Fria que foi realmente global. A ilusão de harmonia no fim da Guerra Fria logo

foi dissipada pela multiplicação de conflitos étnicos e de ‘limpeza étnica’, pela ruptura da lei e da ordem, pelo surgimento de novos padrões de alianças e conflitos entre os Estados, pelo ressurgimento de movimentos neocomunistas e neofascistas, pela intensificação do fundamentalismo religioso, pelo fim da ‘diplomacia de sorrisos’ e da ‘política do sim’ nas relações da Rússia com o Ocidente, pela incapacidade das Nações Unidas e dos Estados Unidos de acabarem com sangrentos conflitos locais e a crescente disposição de afirmação de uma China emergente. Nos cinco anos seguintes à queda do Muro de Berlim, a palavra ‘genocídio’ foi ouvida muito mais vezes do que em quaisquer cinco anos durante a Guerra Fria. O paradigma de um só mundo harmônico está claramente divorciado demais da realidade para ser um guia útil no mundo pós-Guerra Fria”.

É nesse cenário que, para o referido autor, “o poder está-se deslocando da civilização ocidental que há tanto tempo predomina para civilizações não-ocidentais. A política mundial tornou-se multipolar e multicivilizacional” (HUNTINGTON, 2001, p. 29). Daí os esforços e ações de legitimação duvidosa do Estado líder mundial, com a cooperação de outros Estados-núcleos ocidentais como a Inglaterra, França e Alemanha, em defesa da expansão da cultura ocidental, ao escopo de reprimir a tendência multipolar e multicivilizacional, que revela um crescimento de Estados de cultura não ocidental ou não alinhados, a ponto de se cogitar de formação de novos núcleos de influência, como a China, até mesmo a Índia e o Brasil. Essa tendência, que tem empreendido ações conjuntas dos principais Estados-núcleos ocidentais e mais da Rússia, que se tem firmado como Estado-núcleo de influência no seu entorno, restou recentemente fraturada quando da guerra do Iraque, ante a posição ostentada pela França e

pela Alemanha, como também pela Rússia, o que ensejou a postura unilateral e hegemônica sem precedentes dos EUA em deflagrar a guerra sem a autorização da ONU. Aqui, mais uma causa da hegemonia do poder do Estado líder: a preocupação com a segurança mundial, que tem ensejado uma política de combate ao terrorismo, sobretudo depois da explosão das torres gêmeas, aliada à política desarmamentista nuclear.

A segurança e a paz mundiais, nessa textura, passam a ser, a bem da verdade, sinônimo de segurança dos Estados-núcleos ou segurança do sistema sócio-econômico-cultural ocidental e, em sua defesa, não se tem poupado agressões à dignidade da pessoa humana.

Um mundo multipolar e multicivilizacional, com a possibilidade mais ampla de integração civilizacional, integrado por novos agentes que deslocam o eixo do poder antes exercido verticalmente e polarizado necessariamente pela vontade criadora e aplicadora do Direito monopolizada pelo Estado, parece ser o paradigma da resistência democrática, que encontra o ambiente propício quando se rompe esse monopólio e se enseja o aparecimento e atuação de novos atores.

4.2. O Estado centralizador, burocrático e tecnocrata. A expansão do poder ascendente e o princípio da subsidiariedade

No plano interno, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado moderno se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planejada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do

Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil.

Nesse espaço, lembra Bobbio (2002, p. 46) que

“Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?”.

Isso tem determinado, segundo o festejado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático” (BOBBIO, 2002, p. 47).

De fato, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados; é que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ edita-

dos pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc” (FERREIRA FILHO, 1980, p. 13).

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo justifique-se em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils (apud DALLARI, 1980, p. 150)⁴, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coaduna com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o ilustre publicista: “Estas duas peculiaridades, aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”.

Sem dúvida alguma, esse equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

Para fazer face a essa tendência, afirma Bobbio (2002, p. 67) que:

“... o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc”. (Os destaques não são do original).

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A idéia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido, por si, atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a atuação do Estado, se não mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço para atuação de organizações não governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consulta.

Enfrentando as bases científicas que ensejam a formulação do princípio da subsidiariedade, Baracho (1995, p. 103-104) assevera que:

“... A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização.

Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo que não mais atende às grandes pressões sociais?

As mutações estruturais e qualitativas da sociedade contemporânea conduzem a questionamentos sobre o conceito de 'pluralismo'. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.

As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, pro-

piciando o máximo de convivência comunitária.

A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*).

As alternativas da minoria à maioria, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas."

Sem dúvida, a expansão do poder ascendente sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se um caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático.

Está-se divisando, na linha de idéias ora expendidas, os caminhos que se apropriam a serem palmilhados pelo Estado em fortalecimento da democracia no terceiro milênio, bem como se apontando os empecos para uma convivência internacional mais fraterna.

5. O exercício do poder em rede. A nova constelação. A atuação de novos agentes

Impende perceber que a concepção até aqui esboçada do poder como fenômeno político-jurídico, já focalizada dentro do multiculturalismo, encontra-se assentada na idéia de dominação presente entre dois

pólos – o de mando e o de obediência – que deflagraria uma relação social verticalizada sem a qual inexistiria a relação de poder. No âmbito dessa concepção, o Estado aparece no pólo de mando projetando a relação verticalizada, mas no sentido de cima para baixo.

Essa vetorização clássica da relação de dominação tem encontrado hodiernamente enfrentamento, como se percebe das idéias de Bobbio, para quem o poder tem se estendido da esfera das relações políticas para as relações em que o indivíduo aparece como centro de irradiação de vontade, naquilo que se tem chamado fenômeno da expansão ascendente do poder voltado para alterar o sentido do vetor.

A idéia, a bem da verdade, já se encontra esboçada em Foucault (2002, p. 184) quando assevera que:

“... o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise *ascendente* do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global”. (O destaque não é do original).

Para o renomado autor, a microfísica do poder implicaria uma opção metodológica em que

“O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em *rede*.

Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles” (FOUCAULT, 2002, p. 193, o destaque não está no original).

Dentro dessa linha de argumentação, é possível afirmar que o fenômeno da expansão ascendente do poder, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em rede e tem se erigido em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, impinge gravitação, que, a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva nas próximas décadas, terá o condão de, se não desviar, ao menos suportar, em melhores condições, os efeitos irradiantes de núcleos hegemônicos de poder, sobretudo do Estado líder mundial. Com isso, não se pretende defenestrar a globalização, bandeira sob a qual se irradia a expansão da cultura ocidental, untada pelo fortalecimento de um capitalismo atroz, tendente a aniquilar o equilíbrio que deve haver no binômio *capital X trabalho*. Definitivamente não! A globalização é inevitável.

Todavia, ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, em que a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização, tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controles, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Tem-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesqui-

nhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. A carga tributária aumenta em nome de um pacto fiscal. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado para enfrentar o terceiro milênio com um mundo globalizado. Nesse contexto, algumas perguntas se impõem: a que propósito tais medidas? Mascarariam objetivos outros? Avultam-se como o caminho adequado a ser palmilhado? O pesado sacrifício que se tem imposto aos povos periféricos pelos Estados-núcleos justifica-se em nome de uma globalização que propiciará a integração desses povos a um contexto comunitário internacional apto a garantir a dignidade da pessoa humana, a plenificação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia?

Há, sem dúvida, caminhos para a globalização ensejar desenvolvimento, bem-estar social, fortalecimento da vontade popular e, via de conseqüência, da democracia e em decorrência viabilizar a paz entre os povos, assegurar, enfim, em uma palavra, por mais paradoxal que possa parecer, *inclusão*. Sim, uma globalização de inclusão, com base teórica lastreada, entre tantos outros caminhos, pelos percorridos nesta monografia, em que os benefícios de acesso ao desenvolvimento, à tecnologia, aos bens e aos serviços possam ser estendidos aos povos dos Estados periféricos e experimentados por todos os indivíduos. Uma globalização que respeite as identidades multivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

Enfrentando a globalização, Habermas (2001, p. 84) utiliza o conceito “para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”.

Esse processo enseja o que o autor alemão convencionou denominar *nova constelação pós-nacional*, que revelaria o ambiente de mudanças em que o Estado nacional atuará neste novo milênio. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas em que o Estado aparece tomando ciência de que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso.

Divisando a atuação da sociedade em rede, prossegue Habermas (2001, p. 84) afirmando que:

“Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. ‘Rede’ [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais”.

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder por meio de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada, como aponta Castells (2001, p. 25). Aliás, Castells (2002, p. 40) mostra com precisão a expansão do poder em rede que revela, por outro lado, que “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana”. Efetivamente, hoje se divisa a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

Nesse quadro, os indivíduos têm buscado se organizar sob o manto de fatores de identidade individual ou coletiva e, a partir daí, imprimido uma nova significação à globalização. O poder dessa identidade tem despertado a cada dia e tem se contraposto a uma identidade, como se disse, padronizada, imposta e não-diferenciada. O ambiente propício para o florescimento dessa identidade é o multiculturalismo, que se avulta como antídoto ao nivelamento de uma cultura dita ocidental. Castells, na série aqui já referenciada, tem se preocupado com a legitimação dessa identidade imposta pela globalização em descompasso com a identidade voltada para preservação de valores e crenças de movimentos em defesa de governos locais, comunidades indígenas, mulheres, homossexuais, meio-ambiente, etc. Semelhante trabalho tem sido desenvolvido por Boaventura de Souza Santos⁵.

O fato é que o poder dessa identidade vem sendo cultivado pelos novos atores como associações ou organismos não governamentais os mais variados, que, da mesma forma que as redes criminosas, desviam o poder do eixo vetorial vertical para imprimir uma atuação em rede. Essa atuação tem ensejado um rompimento dos limites entre

o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais na medida em que, desviado o poder do eixo vetorial vertical, com a atuação em rede dos novos agentes, a soberania, conquanto ainda haja uma profunda assimetria em razão do poder econômico e do poder do próprio Estado, vê-se erigida em outras bases, quicá legitimadas não pelo exercício de um poder hegemônico, mas pelo exercício de um poder em rede com maior participação da comunidade em defesa de interesses e valores.

Todavia, a globalização homogênea, segundo Chacon (2002, p. 13), não passa de uma falácia porque o que existe mesmo são ciclos de agregação e desagregação. Deveras, é preciso se ter em mente o princípio basilar do realismo político sustentado por Morgenthau (2003, p. 6, 16), para quem o poder como categoria universalmente válida é definido em termos de interesses. Daí a realística lição do presidente norte-americano George Washington – lembrada pelo menos em quatro oportunidades por Chacon (2002, p. 11, 31, 55, 68) ao demonstrar os trilhos das relações internacionais no século XXI na obra multicitada – quando faz ver que, no âmbito das relações internacionais, não há inimigos nem amigos, mas sim “adversários e aliados, parceiros cambiantes conforme os interesses e circunstâncias”.

Enfim, “se quisermos ser salvos e efetuar uma contribuição substancial ao progresso do mundo, nosso caminho deve ser enfática e predominantemente o da paz” (GANDHI apud CORRÊA, 2002, p. 281)⁶. As verdades estão à vista... “... partes afastadas do mundo podem entre si estabelecer relações pacíficas, as quais por fim se tornarão legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez o gênero humano de uma constituição cosmopolita” (KANT, 1995, p. 137-138). A expansão ascendente do poder em rede, mercê de uma subsidiariedade participativa, imprime o ritmo do vento em favor da democratização interna dos Estados. A

tolerância sob o enfoque do respeito à diversidade cultural e da interação multicivilizacional, permitindo a aproximação e a interação entre comunidades, aliada a uma concepção aberta da soberania, desviada do eixo solipsista para propiciar cooperação, compartilhamento e integração em prol do desenvolvimento com inserção e participação, enseja, também, o ambiente propício para desviar a órbita do poder hegemônico em defesa da dignidade da pessoa humana e coloca luz nos caminhos para a paz. Porque é preciso se ter presente que “existe uma estratégia da paz, não só da guerra...” (CHACON, 2002, p. 76).

Notas

¹ Na edição utilizada da Companhia das Letras, as páginas não estão numeradas.

² A influência soberana dos Estados sob os enfoques do hard power e do soft power é analisada pelo norte-americano Joseph Nye no livro *Bound to Lead*, ainda sem edição em língua portuguesa. Desse mesmo autor, já em edição vernacular pela UNESP, vale a pena verificar *O Paradoxo do Poder Americano*, em que propõe a redefinição do interesse nacional dos USA à guisa de afastar o isolacionismo.

³ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *Disunitig of America*. New York: Norton, 1992.

⁴ SHILS, Edward *Political Development in the new states*. Gravenhage: Monton, 1962.

⁵ Consultar a série *Reinventar a Emancipação Social para novos Manifestos*, sobretudo o 3º volume intitulado *Reconhecer para Libertar. Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural* editado pela *Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro.

⁶ GANDHI, Mahatma. *As palavras de Gandhi*. Rio de Janeiro: Record, 1982. Organizado por Richard Attenboroug.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CA-

MARGO, Ricardo Antonio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 99-138.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CARROLL, Lewis. *Alice no país das maravilhas*. Contada por Ruy Castro. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, v. 1).

_____. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, v. 2).

CHACON, Vamireh. *Globalização e estados transnacionais: relações internacionais no século XXI*. São Paulo: Senac, 2002.

CORRÊA, Rossini. *Crítica da razão legal*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. *Problemas Brasileiros, Revista Mensal de Cultura*, São Paulo, ano 17, n. 189, 1980.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220 p.

HUTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Editora da UnB, 2003. 1093 p. (Coleção Clássicos IPRI).

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O pequeno príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

O Estado Ambiental de Direito

Amandino Teixeira Nunes Junior

Sumário

1. Introdução. 2. A crise ambiental. 3. Estado e cidadania no contexto da crise ambiental. 4. O meio ambiente como direito fundamental da terceira geração. 5. O Direito Ambiental no âmbito dos direitos renovados e dos novos direitos. 6. O Estado Ambiental de Direito. 6.1. Características. 6.2. Princípios ordenadores. 6.2.1. Princípio da prevenção. 6.2.2. Princípio da participação. 6.2.3. Princípio da responsabilização. 6.3. Funções. 7. Democracia ambiental e cidadania participativa. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo sobre o Estado Ambiental de Direito, que emerge a partir do reequacionamento do papel do Estado na sociedade, em face de uma terceira geração de direitos fundamentais, particularmente o direito ao meio ambiente (ecologicamente equilibrado), à qualidade de vida sadia e à preservação do patrimônio genético.

A proteção ambiental tem-se tornado uma tarefa inevitável do Estado contemporâneo, que deve criar condições para a preservação e fruição de bens ambientais, permitindo mesmo a caracterização deste como um Estado Pós-Social ou um Estado Ambiental (*Umweltssat*), como se verá nas linhas que se seguem.

Assim, procura-se, inicialmente, neste estudo, examinar a atual crise ambiental e seus reflexos sobre o Estado e a cidadania.

Amandino Teixeira Nunes Junior é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Professor do UniCEUB e do IESB, em Brasília/DF.

Adiante, cuida-se do meio ambiente como um direito fundamental da terceira geração, cuja responsabilidade é compartilhada por todos (Estado e coletividade).

Em seguida, analisa-se o Direito Ambiental no âmbito dos direitos renovados e dos novos direitos. Passa-se, logo após, ao exame detalhado do Estado Ambiental de Direito, quanto às características que o realçam, aos princípios que o estruturam e às funções que lhe cabem.

Abordam-se, adiante, a democracia ambiental e a nova forma de cidadania (participativa e solidária) compatível com o modelo de Estado que se idealiza.

Finalmente, à guisa de conclusão, procura-se apresentar uma síntese das idéias desenvolvidas no corpo do trabalho.

A bibliografia é composta pelas obras nacionais e estrangeiras referidas e reproduzidas ao longo do texto, buscando-se (sempre que possível) o que há de melhor e de mais atual na doutrina sobre o tema.

Quanto à legislação, sem embargo da ênfase dada ao ordenamento constitucional brasileiro, buscou-se examinar a Constituição da República Portuguesa de 1976, alterada pela Lei Constitucional nº 1, de 1997, e o Tratado que instituiu a Comunidade Européia. Não restam dúvidas que o meio ambiente é um bem merecedor da tutela jurídica, tanto ao nível do Direito nacional como ao nível do Direito supranacional.

2. A crise ambiental

A crise ambiental por que passamos decorre do processo civilizatório moderno e se identifica com o atual estágio de desenvolvimento da humanidade.

A propósito, assinala LEITE (2000, p. 13):

“É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econô-

micas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle da qualidade de vida tem muito a ver com a racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente.”

Verifica-se, nessa perspectiva, que a crise ambiental contemporânea configura-se, essencialmente, no esgotamento dos modelos desenvolvimentistas levados a efeito nas últimas décadas, nomeadamente as de 60 e 70, que, a despeito dos benefícios científicos e tecnológicos daí decorrentes, trouxeram, no seu bojo, a devastação do meio ambiente¹ e a escassez dos recursos naturais em nível planetário, manifestadas principalmente por acontecimentos globais como o efeito estufa, a chuva ácida, a perda da biodiversidade, o desmatamento, a poluição do ar, a exaustão do solo, a erosão e a morte dos rios e dos lagos.

O que ocorre é que, como salienta, Odum (1997, p. 811), “até a data, e no geral, o homem atuou no seu ambiente como um parasita, tomando o que dele deseja com pouca atenção pela saúde do seu hospedeiro, isto é, do sistema de sustentação da sua vida”.

Assim, quando se fala em crise ambiental, não se remetem apenas aos aspectos físico, biológico e químico das alterações do meio ambiente que vêm ocorrendo no planeta. A crise ambiental é bem mais que isso: é uma crise da civilização contemporânea; é uma crise de valores, que é cultural e espiritual.

Nesse sentido, a superação da crise ambiental implica não apenas conciliar o desenvolvimento econômico-social com a proteção do meio ambiente, isto é, garantir o chamado desenvolvimento sustentável², mas, sobretudo, promover “uma verdadeira mudança de atitude da civilização e dos seus hábitos predatórios que comprometem não só o futuro das próximas gerações mas o próprio equilíbrio do planeta” (PORTANOVA, 2000, p. 242).

Em síntese, a crise ambiental que nos acomete é civilizatória, e a sua superação

reside na busca de uma definição mais ampla do que seja o homem e do seu espaço na natureza, bem como da sua relação com o meio ambiente, numa ponderação de interesses econômicos e ecológicos, sob pena de a degradação ambiental tornar-se ameaça (endêmica ou epidêmica) à qualidade de vida humana e à exclusão do futuro.

3. Estado e cidadania no contexto da crise ambiental

A devastação do meio ambiente tem levado o Estado a repartir com a sociedade a responsabilidade pela proteção ambiental, que deixou de pertencer ao domínio exclusivamente público, passando também ao domínio privado. O dever de proteger o meio ambiente é cada vez mais compartilhado entre o Poder Público e os cidadãos.

Isso implica o surgimento de um novo Estado e de uma nova cidadania, que têm plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim a novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético.

A emergência do Estado e da cidadania ambientais importa ainda o reconhecimento de novos institutos e de novas garantias que propiciem respostas adequadas a esses anseios. Nesse contexto, o Direito Ambiental, por meio (da máxima efetividade) de seus princípios e regras, assume importância singular como viabilizador do bem-estar da sociedade que vive a crise ambiental – a sociedade contemporânea.

José Afonso da Silva (2000, p. 28, 67), a propósito, assevera:

“O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...] O que é importante é que

se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada.”

Essa preocupação, ressalte-se, há de ser com a proteção do patrimônio ambiental global, isto é, considerado em todas as suas manifestações (meio ambiente artificial, meio ambiente cultural, meio ambiente natural e meio ambiente social).

4. O meio ambiente como direito fundamental da terceira geração

Ao se tratar de direitos fundamentais, neste trabalho, ter-se-á em vista o direito ao meio ambiente como direito fundamental da terceira geração.

O surgimento do direito ao meio ambiente e dos demais direitos fundamentais da terceira geração é assim explicado por Bonavides (2001, p. 523):

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. Os publicistas e os juristas já os enumeraram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas refe-

rentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.”

Ao se referir aos direitos fundamentais da terceira geração, Bobbio (1992, p. 6) assinala que, “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

Para Alexy (1993, p. 429), o direito ao meio ambiente é um exemplo de “direito fundamental como um todo”, na medida em que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de considerações em sede de normas tuteladoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito ao meio ambiente como direito fundamental da terceira geração pode referir-se ao direito do Estado: a) de omitir-se de intervir no meio ambiente (*direito de defesa*); b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (*direito de proteção*); c) de permitir a participação do cidadão nos procedimentos relativos à tomada de decisões sobre o meio ambiente (*direito ao procedimento*); e finalmente, de realizar medidas fáticas tendentes a melhorar o meio ambiente (*direito de prestações de fato*).

O reconhecimento definitivo do direito ao meio ambiente como direito fundamental da terceira geração já foi feito pelos ordenamentos jurídicos de vários Estados. Nesse sentido, importa observar que, no sistema constitucional brasileiro, o art. 225, *caput*, da Constituição Federal impõe o entendimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais. Daí por que o meio ambiente é considerado *um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*.

De modo idêntico, o art. 66º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa impõe a conclusão de que o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida integram os direitos fundamentais. Assim é que *todos têm direito*

a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

No âmbito da União Européia, o direito ao meio ambiente é também um direito fundamental dos cidadãos dos países que a integram. Nesse sentido, o art. 174º, nº 1, do Tratado CE determina que a política do meio ambiente passa a ser uma política comum, tendo em vista *a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente; a protecção da vida das pessoas; a utilização prudente e racional dos recursos naturais; e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente*.

Ao contrário dos direitos da primeira geração (direitos individuais), considerados como garantias do indivíduo diante do poder do Estado, e dos direitos da segunda geração (direitos sociais), caracterizados por prestações que o Estado deve ao indivíduo, o direito ao meio ambiente, como integrante dos direitos fundamentais da terceira geração (direitos difusos), consiste num direito-dever, no sentido de que a pessoa, ao mesmo tempo em que o titulariza, deve preservá-lo e defendê-lo como tal, em níveis procedimental e judicial, mediante a figura do interesse difuso.

Assim, o direito ao meio ambiente diferencia-se de um direito individual ou de um direito social na medida em que a obrigação a que ele corresponde não é apenas dever jurídico do Estado, mas também do próprio particular, que é seu titular.

Nesse sentido, Pureza (1997, p. 24) assinala que “se trata de um direito de responsabilidade compartilhada por todos, isto é, um misto de direitos e deveres de todos, não se inserindo mais como um direito subjectivo de perfil egoístico”.

Claro está, portanto, que o direito ao meio ambiente, como direito da terceira geração, consubstanciado na vinculação de interesses públicos e privados, redunda em verdadeira noção de solidariedade em torno de um bem comum.

Com efeito, o direito ao meio ambiente está fundado na solidariedade social, pois

só terá efetividade com a colaboração de todos. Não cabe apenas ao Poder Público velar pelo meio ambiente sadio, mas toda a coletividade *tem o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, como estabelece o citado *caput* do art. 225 da Constituição Federal.

Destaque-se, ainda, que, ao se vincular o direito ao meio ambiente à dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de um direito fundamental da terceira geração, reconhece-se devidamente a dimensão ético-jurídica das questões ambientais. Ao mesmo tempo, afasta-se a visão ambiental “totalitária”, voltada para a proteção maximalista do meio ambiente em detrimento de outros direitos fundamentais.

5. O Direito Ambiental no âmbito dos direitos renovados e dos novos direitos

Como se viu, o direito ao meio ambiente é fruto da evolução dos direitos e seu conteúdo o identifica como um direito fundamental da terceira geração. É um produto histórico e complexo, que veio em resposta a anseios e necessidades do homem contemporâneo.

Assim, em face da dinâmica social, vêm-se direitos preexistentes se renovando concomitantemente a novos direitos emergindo.

A renovação dos direitos antigos e o surgimento dos novos direitos ocorrem porque o Direito, em sendo uma construção social e não uma verdade imutável da razão ou da revelação, evolui com a própria sociedade. Importa, pois, estudar os antigos institutos (renovados) e os novos institutos (criados), a partir da visão de historicidade do fenômeno jurídico.

Nesse contexto, o Direito Ambiental pode apresentar tanto normas originariamente pertencentes a outros ramos do Direito quanto normas originariamente criadas pelo legislador.

Na verdade, como acentua Derani (1997, p. 76):

“O Direito Ambiental é em si reformulador, modificador, pois atinge toda a organização da sociedade atual, cuja trajetória conduziu à ameaça da existência humana pela atividade do próprio homem, o que jamais ocorreu em toda história da humanidade.”

Trata-se, diz ainda a ilustre autora, de “um Direito que surge para rever e redimensionar conceitos que dispõem sobre a convivência das atividades sociais” (DERANI, 1997, p. 75), bem como “para resolver problemas interrelacionados de proteção ambiental, permeando praticamente todo o conjunto da ordem jurídica, superando, com isso, toda a classificação tradicional sistemática do Direito” (DERANI, 1997, p. 83).

Nesse sentido, tem-se, como observa Serrano (1998, p. 15), “un impacto de la crisis ecológica em el Derecho, un impacto legal sobre la crisis ecológica y una crisis ecológica susceptible de ser leida en el interior del sistema jurídico”.

Por isso mesmo Canotilho (1995a, p. 69) nos fala tanto sobre a juridicização da vertente ecológica quanto sobre a ecologização da vertente jurídica.

Com efeito, a juridicização da crise ambiental e o reconhecimento da proteção do meio ambiente como um direito fundamental da terceira geração fazem com que muitos institutos jurídicos (preexistentes) sejam renovados e muitos institutos jurídicos (novos) sejam criados dentro do ordenamento.

Anote-se, por fim, que a missão do Direito Ambiental, como bem esclarece Milaré (2000, p. 44), é “conservar a vitalidade, a diversidade e a capacidade de suporte do planeta Terra, para usufruto das presentes e futuras gerações”, assumindo assim um caráter menos antropocêntrico e mais ecocêntrico.

6. O Estado Ambiental de Direito

A formulação do Estado Ambiental de Direito implica definir um Estado que, “além de ser um Estado de Direito, um Estado De-

mocrático e um Estado Social, deve também modelar-se como Estado Ambiental” (CANOTILHO, 1995b, p. 22).

Isso significa que a edição do Estado de Direito Ambiental converge, necessariamente, para mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada, de modo a apontar caminhos e oferecer alternativas para a superação da atual crise ambiental, preservando os valores que ainda existem e recuperando os valores que deixaram de existir.

Busca-se assim um novo paradigma de desenvolvimento, fundado na solidariedade social, capaz de conduzir à proteção (concreta) do meio ambiente e à promoção (efetiva) da qualidade de vida.

6.1. Características

Capella (1994, p. 248), teórico da emergência do Estado Ambiental do Direito, ao conceituá-lo, no novo paradigma de desenvolvimento sustentável, observa:

“Neste marco surge o que temos chamado Estado Ambiental, que poderíamos definir como a forma de Estado que propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.”

O ilustre autor distingue assim as características principais do Estado Ambiental em relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, que o precederam.

Para Capella (1994), as instituições principais no Estado Liberal e no Estado Social são o mercado e o Estado, respectivamente. No Estado Ambiental, a instituição principal é a natureza.

No Estado Ambiental, o sujeito de direitos é todo ente humano, ao passo que no Estado Liberal é o burguês ou o proprietário, e no Estado Social é o trabalhador.

A finalidade do Estado Liberal é a liberdade e a do Estado Social é a igualdade. Já o

Estado Ambiental tem uma finalidade mais ampla: a solidariedade (centrada em valores que perpassam a esfera individualista própria do Estado Liberal).

Por derradeiro, os direitos fundamentais do Estado Ambiental são da terceira geração (direitos difusos), enquanto os do Estado Liberal são da primeira geração (direitos individuais) e os do Estado Social são da segunda geração (direitos sociais).

Como se observa, o Estado Ambiental apresenta características que lhe conferem funções (ampliadas) do Estado Liberal e do Estado Social, considerando, sobretudo, a preservação do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida, como valores fundantes de uma democracia e de uma nova forma de cidadania (participativa e solidária).

6.2. Princípios ordenadores

A concretização do Estado Ambiental de Direito impõe a identificação de princípios que lhe possam servir de sustentáculo e de balizamento.

Os princípios, ensina Canotilho (2000, p. 1124),

“são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).”

Em face das características do novo Estado aqui mencionadas, não há como fugir de ordená-lo e alicerçá-lo com base em princípios do Direito Ambiental, indispensáveis à sua construção. Nessa tarefa de arrolar princípios com funções ordenadoras, não se pretende abordá-los à exaustão, mas apenas examinar os que, a nosso juízo, são os mais relevantes e inspiradores do Estado Ambiental de Direito.

6.2.1. Princípio de prevenção

Convém observar, de início, que há autores que se referem ao *princípio da preven-*

ção, ao passo que outros se reportam ao *princípio da precaução*. Embora não se descarte alguma possível diferença etimológica e semântica entre as duas expressões, optamos por adotar a primeira, haja vista que a prevenção, por ter um sentido mais genérico, engloba a precaução, que apresenta um sentido mais específico³.

O princípio da prevenção é ordenador do Estado Ambiental de Direito, referindo-se à indispensabilidade que deve ser dada às medidas que previnam (e não simplesmente reparem) a degradação ao meio ambiente. A prioridade de política ambiental deve voltar-se para o momento anterior ao da consumação do dano – o de mero risco. A prevenção deve ter prevalência sobre a reparação, sempre incerta e, por vezes, extremamente onerosa.

Têm razão Canotilho e Moreira (1993, p. 348) quando afirmam que

“as ações incidentais sobre o meio ambiente devem evitar sobretudo a criação de poluições e perturbações na origem e não apenas combater posteriormente os seus efeitos, sendo melhor prevenir a degradação ambiental do que remediá-la *a posteriori*.”

Lembre-se ainda, conforme Mateo (1977, p. 85-86), de que, “aunque el Derecho Ambiental se apoya a la postre em um dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos.”

De outro lado, importa sublinhar que a tarefa de prevenir a degradação ambiental é função de todos na sociedade e não apenas do Poder Público. Trata-se de uma responsabilidade compartilhada, exigindo uma atuação conjunta dos cidadãos e do Estado na formulação e execução de uma política ambiental preventiva, conforme já assinado.

No Direito brasileiro, o princípio da prevenção acha-se estabelecido no inciso V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público a tarefa de *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportam*

riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

No Direito português, o princípio da prevenção está inserido no art. 66º, nº 2, letra “a”, da Constituição da República Portuguesa, que, para assegurar o direito ao meio ambiente no modelo de desenvolvimento sustentável, determina que *incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos, prevenir e controlar à poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão.*

No Direito comunitário, o princípio da prevenção está previsto no art. 174º, nº 2, do Tratado CE, que impõe a adoção, na política do meio ambiente da Comunidade, dos *princípios da precaução e acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, do causador ao ambiente, e do poluidor-pagador.*

Vê-se, destarte, que o princípio da prevenção é elemento estruturante e indispensável para a formulação do Estado Ambiental de Direito.

6.2.2. Princípio da participação

O princípio da participação refere-se à necessidade que deve ser dada à cooperação entre o Estado e a sociedade para a resolução dos problemas das degradações ambientais. Com efeito, é de fundamental importância a participação dos diversos setores sociais na formulação e na execução da política ambiental,

“dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam à proteção e melhoria do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos. Exemplo concreto deste princípio são as audiências públicas em sede de estudo prévio de impacto ambiental (MILARE, 2000, p. 99).”

A efetividade do princípio da participação pressupõe o acesso adequado dos cidadãos às informações relativas ao meio ambiente de que disponham os órgãos e entidades do Poder Público. É que cidadãos

mais bem informados têm melhores condições de participar ativamente das decisões sobre matéria ambiental, “tantôt comme auxiliaire de l’Administration, tantôt comme organe de controle” (PRIEUR, 1996, p. 101).

No Brasil, o princípio da participação está presente em vários dispositivos da Constituição Federal. Citem-se o art. 225, *caput*, que *impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações*; o art. 225, § 1º, inciso IV, que exige, *para instalação da obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade*; o art. 37, § 3º, que *determina que a lei disciplinará as novas formas de participação do usuário no serviço público*; o art. 5º, inciso XXXIII, que outorga a todos o *direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade*; e, finalmente, o art. 5º, inciso LXXIII, que confere a qualquer cidadão o direito de *propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*.

Em Portugal, o princípio da participação está previsto no art. 66º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, quando ali se prescreve que incumbe ao Estado, *por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos*, assegurar o direito ao meio ambiente, no modelo de desenvolvimento sustentável.

Assinale-se, por fim, que a participação na tutela do meio ambiente necessita também, para a sua consecução, da cooperação entre os diversos Estados visando à proteção ambiental comum. De fato, os problemas de degradações do meio ambiente não se circunscrevem apenas no âmbito interno, mas, diversamente, chegam mesmo a extrapolá-lo, exigindo uma atuação interestatal solidária para um combate efetivo à

devastação ambiental capaz de salvar o planeta, preservando-o para as futuras gerações.

Nesse sentido, o art. 174º, nº 4, do Tratado CE prevê que, no domínio do meio ambiente, a Comunidade e os Estados-membros *cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes*. Os princípios da Declaração de Estocolmo orientaram, ainda, a ação dos Estados no campo de proteção internacional do meio ambiente até a Conferência do Rio de Janeiro, em 1992.

6.2.3. Princípio da responsabilização

Viu-se, anteriormente, que os princípios da prevenção e da participação constituem elementos ordenadores do Estado Ambiental de Direito. Nesse diapasão, denota-se outro elemento fundamental para a efetivação dessa ação em conjunto: o princípio da responsabilização, mecanismo de atuação, numa relação de complementariedade, porquanto nenhum desses elementos isoladamente funciona.

Destarte, indubitavelmente, de nada adiantariam ações preventivas e participativas se eventuais responsáveis por possíveis danos ao meio ambiente (tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas) não fossem compelidos a responder por seus atos. “A sociedade exige, portanto, que o poluidor seja responsável pelos seus atos, ao contrário do que prevalecia no passado quanto ao uso ilimitado dos recursos naturais e culturais” (LEITE, 2000, p. 33).

Assim, a responsabilização por danos ambientais, nas suas modalidades civil, administrativa e criminal, assume singular importância para a edificação do Estado Ambiental de Direito.

Nos ordenamentos jurídicos, o princípio da responsabilização encontra-se adequadamente contemplado. No Brasil, a Constituição Federal, art. 225, § 3º, preceitua que *as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, in-*

dependentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O aludido dispositivo constitucional pátrio prevê, pois, o tríplex apenamento do responsável por danos causados ao meio ambiente, tanto pessoa física como jurídica: a sanção penal, por conta da responsabilidade penal, que importa a limitação da liberdade, a restrição de direitos ou a multa; a sanção administrativa, em decorrência da responsabilidade administrativa, que acarreta a advertência, a multa, a suspensão ou a interdição da atividade; e a sanção civil, em razão da responsabilidade civil, que implica a indenização ou reparação do dano⁴.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa, art. 52º, nº 3, letra “a”, institui que é conferido a todos o direito de requerer para o lesado ou os lesados, por meio da ação popular, *a correspondente indenização, nomeadamente para a finalidade de vida e a preservação do ambiente e do patrimônio cultural.*

Registre-se, também, que a responsabilização (civil) por danos ambientais é objeto da convenção do Conselho da Europa (Lugano) sobre Responsabilidade Civil pelos Danos Causados por Atividades Perigosas para o Ambiente, de 21 de junho de 1993⁵.

Anote-se, por derradeiro, que a doutrina discute a inserção do princípio da responsabilização numa dimensão econômica, isto é, “a inserção da imputação de custos ambientais relacionada à atividade dos produtores” (LEITE, 2000, p. 33).

Com efeito, o princípio do poluidor pagador (*pollutor pays principle*), assentado na ética ambiental redistributiva, inspira-se

“na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante por danos ambientais) devem ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los (MILARE, 2000, p. 100).”

Como se observa, o princípio do poluidor pagador, em seu aspecto econômico, visa à indenização dos custos externos da degradação ambiental (custos de prevenção, de reparação e de repressão ao dano ambiental), devendo, pois, ser articulado com o princípio da responsabilização, ou até mesmo com outros princípios estruturantes do Estado Ambiental do Direito, como os princípios da prevenção e da participação, aqui também examinados.

6.3. Funções

As funções do Estado Ambiental de Direito são mais abrangentes do que as do Estado Liberal e do Estado Social, no sentido de que incorporam novos valores, como a defesa e a proteção (efetivas) do meio ambiente, a promoção da qualidade de vida humana, a ética ambiental, a educação ambiental, a gestão ambiental (participativa) e a democracia ambiental.

Essas funções (ampliadas) refletem diretamente no ordenamento jurídico, que deverá voltar-se para a confirmação desse novo Estado (com características inéditas), viabilizando-o e garantindo-o mediante a máxima efetividade de suas normas.

Importa sublinhar que, como se disse anteriormente, o Direito evolui com a própria sociedade. Assim, essa evolução social, que culmina com o surgimento do Estado Ambiental de Direito, provocará também mudanças nos institutos e nas categorias jurídicas, com a renovação dos direitos preexistentes e a emergência dos novos direitos.

As funções do Estado Ambiental de Direito se realizam, principalmente, por meio de medidas (concretas) que visam a estimular e a provocar o exercício das condutas (participativa e solidária) desejadas para alcançar o fim ambiental do Estado. A função repressora, típica do Estado Liberal, cede lugar à função promotora, característica do Estado Social, que deve ser ampliada no Estado Ambiental.

No Estado Ambiental de Direito, o cidadão não é mais o proprietário ou o trabalha-

dor (cidadãos típicos do Estado Liberal e do Estado Social, respectivamente), mas todo ente humano, sem qualificações jurídicas específicas que o insiram em determinado grupo social. Todas as pessoas, mesmo as excluídas pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, são consideradas cidadãos do Estado Ambiental, naturalmente com direitos e deveres também ampliados.

Pureza (1997, p. 8-9) observa que:

“O Estado Ambiental é um quadro de mais sociedade, mais direitos e deveres individuais e mais direitos e deveres coletivos e menos Estado e menos mercantilização. Neste novo contexto, não é prioritário o doseamento entre público e privado, mas sim o reforço da autonomia (logo, dos direitos e das responsabilidades) individual e social frente à mercantilização e à burocratização.”

Insera-se, também, entre as funções do Estado Ambiental de Direito, a redefinição do direito de propriedade sobre os recursos naturais (para conferir-lhe uma função social ambiental) e do sistema de mercado clássico (para privilegiar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a qualidade de vida das pessoas).

7. Democracia ambiental e cidadania participativa

Não há como negar que, como se disse precedentemente, a concretização do Estado Ambiental de Direito converge, necessariamente, para mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada. Entre tais mudanças, destacam-se a democracia ambiental e a cidadania participativa.

Com efeito, o Estado Ambiental de Direito pressupõe uma dimensão democrática que propicia a participação dos mais diversos atores sociais (cientistas, juristas, administradores, empresários, trabalhadores, ONGs, Igreja, mídia, entre outros) na defesa e preservação do meio ambiente e na promoção da qualidade de vida, mediante

ações conjuntas (Estado e sociedade) que visam à formulação e implementação de políticas ambientais e à elaboração e execução de leis e atos normativos sobre matéria ambiental.

Nessa perspectiva de um Estado ambientalmente democrático e participativo,

“o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado um bem de interesse público e cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirado em um perfil de democracia ambiental. Desta forma, no Estado democrático ambiental, o bem ambiental deve pertencer à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário de patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular” (LEITE, 2000, p. 21).

Cabe ressaltar que a democracia ambiental e a participação popular se completam com a informação e a educação sobre o meio ambiente, indispensáveis à tomada de consciência dos valores ambientais. A consecução (plena) das funções do novo Estado só será possível quando este tiver, ao seu lado, uma coletividade informada, educada, participativa e solidária.

Anote-se, ainda, que outro componente indispensável do Estado Ambiental de Direito é o acesso amplo ao Judiciário, com a garantia do devido processo legal para as questões ambientais. Vale dizer, a efetivação de uma tutela jurisdicional ambiental, célere e eficaz, que garanta à sociedade a responsabilização (penal, administrativa e civil) dos que ameaçam ou degradam o meio ambiente.

Nesse sentido, observa Canotilho (1995a, p. 74):

“Se o Estado de ambiente não pode construir-se ao arrepio das regras e princípios informadores do Estado de direito, ele não pode respirar livremente se não transportam nos seus vasos

normativos a seiva de justiça ambiental.”

A *class action* dos Estados Unidos, a *ação popular* de Portugal e a *ação civil pública*, a *ação popular* e o *mandado de segurança* do Brasil são os mecanismos mais atuais para a instrumentalização da tutela jurisdicional do meio ambiente e trouxeram um verdadeiro novo rumo ao Direito Ambiental e ao Direito Processual para fazer face aos anseios e às exigências da coletividade por um Estado Ambiental de Direito.

Torna-se mister, pois, que o Judiciário, no Estado Pós-Social, proceda a “uma mudança de paradigmas na percepção da sua própria posição e função” (KRELL, 2000, p. 55), para uma efetiva concretização dos princípios da prevenção, da participação e da responsabilização, evitando que o formalismo e a morosidade processual se tornem obstáculos a uma plena tutela jurisdicional ambiental.

8. Conclusão

Ao fim e ao cabo deste estudo, verifica-se que a edificação e a estruturação do Estado Ambiental de Direito constituem uma tarefa árdua, em face da complexidade dos problemas (emergentes) de degradação ambiental, da incapacidade (política e regulatória) do Estado de resolvê-los e da necessidade de mudanças (profundas) nas estruturas da sociedade organizada.

Fruto do modelo desenvolvimentista de Estado Social, levado a cabo a partir da década de 60 e cujos sintomas mais agudos ocorreram na década de 70 com a crise do petróleo, obrigando os Estados à tomada de consciência sobre os limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais, a atual crise ambiental tornou indispensável assegurar o desenvolvimento sustentável, cuja principal característica reside na possível (e desejável) conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida humana.

A proteção ambiental deixou de ser uma questão ligada a grupos radicais (partidários e apartidários) para se tornar patrimônio comum de todas as forças sociais. Isso contribuiu para a difusão de uma consciência ambiental que se manifesta tanto no âmbito individual como no âmbito institucional. Daí o extraordinário desenvolvimento das ciências e das políticas ambientais, bem com a proliferação de leis e atos normativos sobre matéria ambiental.

O direito ao meio ambiente (ecologicamente equilibrado) é um direito da pessoa humana, integrando a denominada terceira geração dos direitos fundamentais, e a proteção do meio ambiente é um dever do Estado e da coletividade, redundando em verdadeira solidariedade em torno de um bem comum.

O Estado Ambiental de Direito a que todos aspiramos, assentado nos princípios da prevenção, da participação e da responsabilização e incumbido da proteção do meio ambiente e da promoção da qualidade de vida, sob os auspícios do desenvolvimento sustentável, pressupõe a realização de novos direitos e valores, como a educação ambiental, a democracia ambiental, a cidadania participativa e solidária e a tutela jurisdicional ambiental adequada.

Os ordenamentos jurídicos do Estado aqui estudados, tanto no âmbito nacional como no âmbito supranacional (Brasil, Portugal e União Européia), têm transformado consideravelmente o Estado Social, na sua vertente ambiental, aproximando-o do modelo do novo Estado, o Estado Ambiental de Direito.

Assim é que a Constituição Federal (art. 225), a Constituição da República Portuguesa (art. 66º) e o Tratado CE (art. 174º) consagram a proteção do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida, mediante princípios e regras ambientais e políticas públicas ambientais⁶.

Queremos crer que a construção do Estado Ambiental de Direito, detendo perfil do Estado de Direito Democrático e Social, além

de Ambiental, não seja uma utopia com afirmação Santos⁷.

Essa tarefa constitui, sem dúvida, um dos maiores desafios colocados pela sociedade contemporânea, que suscita uma revolução de costumes, uma alteração radical na perspectiva de encarar o mundo, obrigando à escolha entre uma aposta no futuro ou sem futuro.

Essa tarefa impõe-se, pois, a reconciliação do homem com o meio ambiente, por meio do desenvolvimento sustentável, que assegure a compatibilização do crescimento com a preservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida; a reconciliação do homem consigo mesmo, por meio da conscientização da inexorabilidade da finitude dos recursos ambientais; e, por fim, a reconciliação do homem com as gerações futuras numa perspectiva de solidariedade, por meio da assunção da responsabilidade da preservação e da gestão racional dos recursos ambientais.

Trata-se, em última análise, de garantir a dignidade da pessoa humana, como valor ético-jurídico fundamental, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. É tempo de preservar, de salvar, de desenvolver sem destruir.

Esperamos que a busca do ajustamento mútuo entre o homem e o meio ambiente tenha um “final feliz” e que, daqui a alguns séculos, olhando para o nosso planeta, o implacável juízo histórico seja positivo, para a felicidade de todos nós, seres vivos.

Notas

¹ Sobre o conceito de meio ambiente, diz José Afonso da Silva (2000, p. 20): “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais”.

² A proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento são desafios interligados. Essa

relação é necessária, haja vista que o desenvolvimento não pode se manter quando a base de recursos que o sustenta se esgota. Deve-se buscar, pois, uma ação preventiva e não apenas reparadora.

³ Milaré (2000, p. 102) esclarece: “Prevenção é substantivo do verbo prevenir e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes, induz uma conotação da generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do Latim prae= antes e cavere= tomar cuidado) e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis. A diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos”.

⁴ Em nível infraconstitucional, a responsabilização por danos ambientais, no Brasil, é tratada na Lei nº 6.938, de 31.08.1981, na Lei nº 9.605, de 12.02.1998, e em leis estaduais e municipais. Em Portugal, na Lei nº 11/87 – Lei de Bases do Ambiente.

⁵ Citem-se, ainda, os seguintes diplomas legais estrangeiros relativos à responsabilização por danos ambientais: nos Estados Unidos, o Oil Pollution Act, de 1989; na Grã-Bretanha, o Environmental Protection Act, de 1990; na Alemanha, a Umwelthaftungsgesetz-Umweltgh, de 1990; e, na Itália, a Lei 349, de 1986.

⁶ Na Alemanha, a *Grungesetz*, de 1949, não fazia referência à proteção ambiental, salvo na regra de repartição de competência entre a Federação e os Estados federados e depois com a introdução do art. 20^a do texto constitucional, que imputa ao Estado o dever de proteção e promoção do meio ambiente.

⁷ Segundo Santos (1994, p. 42), “a edificação de um Estado de Ambiente importa a transformação global, não só dos modos de produção, mas também dos conhecimentos científicos, dos quadros de vida, das formas de sociabilidade e dos universos simbólicos e pressupõe, acima de tudo, uma nova paradigmática com a natureza, que substitua a relação paradigmática moderna”.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nºs 1, de 1992, a 31, de 2001, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nºs 1 a 6, de 1994*. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995b.

_____. Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. *Revista do Instituto do Direito do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 4, p. 69, dez. 1995a.

CAPELLA, Vicente B. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Hugo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: _____. (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

MATEO, Ramón Martín. *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios da Administración, 1977.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

ODUM, Eugene P. *Fundamentos da ecologia*. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997.

PORTANOVA, Rogério. Qual o papel do estado no século XXI?: rumo ao estado do bem estar ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações adotadas pela Lei Constitucional nº 1, de 1997*. Lisboa: Almedina, 2000.

PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*. Paris: Dallez, 1996.

PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

SERRANO, José Luis. Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; VARELLA, Marcelo Dias. *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRATADO da Comunidade Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.in/abc/obj/treaties/pt/pttoc01.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2003.

Os sistemas eleitoral e partidário no Brasil e na Alemanha

José Elaeres Marques Teixeira

Sumário

1. Introdução. 2. O sistema eleitoral no Brasil. 2.1. O sistema majoritário. 2.2. O sistema proporcional. 3. Os partidos políticos no Brasil. 4. Críticas e sugestões da doutrina brasileira. 5. O sistema eleitoral na Alemanha. 6. Os partidos políticos na Alemanha. 7. Críticas e sugestões da doutrina alemã. 8. Considerações finais.

1. Introdução

O ano de 2002 foi marcado por eleições no Brasil e na Alemanha. Ambos os países, em suas vocações para a democracia representativa, proporcionaram ricas experiências, objeto de inúmeras análises.

No Brasil, tivemos eleições em níveis federal e estadual: Presidente da República, Deputados Federais, Senadores, Governadores, Deputados Estaduais. Na Alemanha, as eleições foram apenas para o Parlamento Federal, as quais, porém, influenciaram diretamente na definição da política de todo o Governo Federal, em razão do sistema parlamentarista adotado.

Mas esse não é o único ponto de diferença entre as duas eleições. Na verdade, o que de mais relevante pode ser apontado é a diversidade de sistemas eleitoral e partidário existentes nos dois países. Brasil e Alemanha adotam sistemas substancialmente diferentes. É o que se verá mais adiante.

José Elaeres Marques Teixeira é Procurador Regional da República em Brasília e Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Além da exposição dos sistemas eleitoral e partidário vigentes nos dois países, procurar-se-á no texto apontar algumas críticas e sugestões formuladas pela doutrina no que toca a essa temática, a fim de suscitar reflexões eventualmente úteis ao aprimoramento da forma de escolha dos representantes do povo, por meio da reforma política que deve ser retomada pelo Congresso Nacional.

2. O sistema eleitoral no Brasil

Tradicionalmente, são dois os sistemas eleitorais existentes: o majoritário e o proporcional. “Todos os outros não são nem mais nem menos do que modificações e aperfeiçoamento destes” (BOBBIO, 2000, p. 1175). Pois bem, o texto constitucional brasileiro vigente adotou ambos os sistemas.

2.1. O sistema majoritário

Lembrando que o sistema majoritário baseia-se no princípio segundo o qual eleito é o candidato que obtém o maior número de votos no colégio eleitoral, identificamos na Constituição a adoção desse sistema para as eleições dos chefes dos executivos federal, estaduais e municipais, bem como para o Senado Federal. É o que se depreende dos artigos 28 e 32, § 2º, artigo 29, inc. II, artigo 46, e artigo 77, § 2º. Todos esses dispositivos fazem referência, direta ou indiretamente, à eleição pelo princípio majoritário.

Registre-se que para Presidente da República, Governadores e Prefeitos de Municípios com mais de 200.000 eleitores (artigo 29, inc. II, artigo 28, *caput*, e artigo 77) a eleição dá-se em dois turnos, salvo se, no primeiro turno, um dos candidatos obtiver a maioria absoluta dos votos, não computados os brancos e os nulos (artigo 77, § 2º). Trata-se de inovação do texto constitucional de 1988, elogiada por parte da doutrina.

Nas eleições de Senadores, ocorridas de quatro em quatro anos, quando a renovação for de um terço, será eleito o mais votado; no caso de renovação de dois terços, elei-

tos serão os dois candidatos que obtiverem maior número de votos. Neste último caso, é possível a eleição de candidatos com votação inferior a cinquenta por cento dos eleitores.

2.2. O sistema proporcional

Idealizado como garantia às minorias contra os abusos das maiorias, o sistema proporcional é previsto na Constituição para composição da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores.

Diversamente do que se dá com o sistema majoritário, a Constituição não fornece critérios para a implementação do sistema proporcional. Assim, é na legislação infraconstitucional que vamos encontrar a sistemática de sua aplicação, mais especificamente no Código Eleitoral, que resultou da aprovação da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Os seus artigos 106 e 107 estabelecem as regras básicas para o sistema proporcional.

Fundamentalmente, o que interessa é o entendimento que se tenha de quociente eleitoral e quociente partidário.

O quociente eleitoral para as eleições proporcionais é obtido pela divisão do número de votos válidos e votos em branco, apurados no Estado ou no Município, conforme o caso, pelo número de cadeiras reservadas na Câmara dos Deputados, na Assembleia Legislativa ou na Câmara de Vereadores, desprezada a fração, se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

Para ficar claro, pensemos na seguinte hipótese: num colégio eleitoral de 100 mil eleitores, estão em disputa 10 cadeiras. O quociente eleitoral – que significa o número de votos que o partido precisa obter para eleger um representante – será o resultado da divisão de 100 mil (número de eleitores) por 10 (número de cadeiras). Portanto, a cada 10 mil votos o partido elegerá um representante.

O quociente partidário, aplicável para cada partido ou coligação, resulta da divisão do número de votos válidos dados ao partido ou coligação pelo quociente eleito-

ral, desprezada a fração. Assim, por exemplo, se o partido obteve 20 mil votos e o quociente eleitoral é igual a 10.000, terá eleito dois representantes.

3. Os partidos políticos no Brasil

O partido político passou a figurar nas Constituições do Brasil a partir de 1946. Desde então, temos o que se chama de “constitucionalização do partido político” (BONAVIDES, 1996, p. 57).

Na atual Constituição, a matéria relativa aos partidos está inserida no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Essa posição de destaque conferida aos partidos políticos constitui “inovação de extraordinário alcance político, em perfeita consonância com o adiantamento institucional da democracia, que se renovara após o triunfo sobre os regimes totalitários de extrema direita” (BONAVIDES, 1996, p. 57).

Nos termos do art. 17 da Constituição, é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. O mesmo dispositivo estabelece o princípio do pluripartidarismo, princípio este decorrente também do art. 1º, inciso V, que inclui o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Os partidos políticos devem ter caráter nacional, o que implica a proibição constitucional de partidos regionais.

Considerados como detentores de personalidade jurídica de direito privado, obtida na forma da lei civil, os partidos sujeitam-se, porém, ao registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral para poderem funcionar regularmente. Com direito a recursos do Fundo Partidário, não podem ser financiados por entidades ou governos estrangeiros.

A importância do papel do partido político é ressaltada por Paulo BONAVIDES (1996, p. 62):

“O partido exercita e poderá ainda exercitar por muito tempo, nos quadros da democracia pluralista, um

papel de intermediação enquanto força agregadora de interesses homogêneos e fundamentais de considerável parcela da sociedade”.

Antes da abertura democrática que se iniciou com a anistia política em 1979, adotávamos um sistema bipartidário autoritário (cf. JOBIM, 1993, p. 195). Com a promulgação do atual texto constitucional em 1988 e a sua filiação ao pluripartidarismo, houve uma proliferação de partidos. Segundo dados do TSE, existem 30 partidos com registros deferidos e direito à cota do Fundo Partidário. Desse total, apenas 11 têm representantes no Senado Federal (PMDB, PFL, PSDB, PT, PPB, PPS, PTB, PDT, PSB, PL e PSD) e 18 na Câmara dos Deputados (PT, PL, PC do B, PSB, PPS, PDT, PTB, PMDB, PSDB, PFL, PPB, PST, PSL, PRONA, PV, PSDC, PSC e PSD).

4. Críticas e sugestões da doutrina brasileira

O sistema eleitoral e partidário no Brasil tem sofrido severas críticas. Algumas delas são formuladas por Fábio Konder COMPARATO (1995, p. 5), para quem, entre os vários vícios próprios do nosso sistema proporcional, dois se destacam: 1) o personalismo dos candidatos a funções parlamentares; e 2) a super-representação estadual no Congresso Nacional. Sobre o personalismo dos candidatos, afirma tratar-se, na verdade, de um dos traços marcantes da nossa cultura, com origem na relação clientelista do tempo do Brasil rural. No que se refere à super-representação estadual, sustenta que esta decorre da existência no Congresso Nacional de dupla representação dos Estados:

“Uma oficial, instituída no Senado, em que todos e cada um deles, apesar das gritantes desigualdades de ordem populacional e econômica, mantêm absoluta paridade representativa. Outra, não oficial, na Câmara dos Deputados, oriunda da influência preponderante dos governadores,

através das respectivas bancadas estaduais” (1995, p. 6).

Acrescenta o professor paulista que, além desses dois vícios, verifica-se ainda a inconsistência partidária e a existência de grupos de interesses apartidários no Congresso Nacional, formando bancadas próprias, como a dos ruralistas, dos empreiteiros, dos evangélicos, dos sindicatos etc, “muito mais coerentes que os partidos oficiais” (1995, p. 6).

Outras críticas podem ser identificadas, como as formuladas por Nelson JOBIM (1993, p. 197) que aponta as seguintes conseqüências do atual sistema eleitoral:

“a) determina a escolha de candidatos obedecido o critério da capacidade individual de produzir votos próprios, ou seja, capacidade de ampliar o eleitorado partidário, surgindo os candidatos de ‘categorias’, ‘de aparelho’ e ‘de região’, sem comprometimento algum com programas partidário e, sim, com sua fonte de votos;

b) determina que o ‘inimigo’ eleitoral do candidato do partido sejam os outros candidatos do próprio partido”.

Da parte de Paulo BONAVIDES (1996) provém a observação de que desde a Constituição de 1988 até a Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1995 houve uma preocupante proliferação de partidos no país. Segundo ele, isso resultou em análises pessimistas no sentido de que esse “alargamento de pluralismo estaria, pois, comprometendo e sacrificando a eficácia governante do princípio representativo” (p. 63). Mas, na verdade, a pulverização partidária produziu mais efeitos positivos do que negativos, embora não seja possível salvar o partido político do declínio, “salvo se houver um sopro de renovação nas formas participativas populares, utilizando fórmulas diretas de intervenção” (p. 64).

Ainda segundo o pensamento do professor cearense, há uma dificuldade séria que fulmina especialmente os grandes partidos, que é a facilidade com que “se dissol-

vem na sua identidade ao aceno clientelista, já daquele poder maior, o do Presidente da República, já daquele poder menor, o dos Governadores, ambos intimamente confederados em submeter o partido a uma vassalagem política humilhante e desfiguradora de sua personalidade” (p. 67).

Efetivamente, as críticas são muitas. Mas com elas são apresentadas também sugestões para a crise do sistema.

De fato, ficando apenas com os autores já mencionados, Fábio Konder COMPARATO (1995, p. 10) aponta a seguinte sugestão:

“[...] introdução para a eleições dos componentes da Câmara dos Deputados do sistema proporcional puro com votação em listas partidárias fechadas, em circunscrições eleitorais de tamanho equivalente em todo o território nacional, fixando-se um piso nacional de votos dados em cada partido, como condição de sua representação na Câmara”.

Sistemática semelhante deveria ser adotada para as eleições às Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Completamente diversa é a sugestão de Nelson JOBIM (1993, p. 200). Inspirado no modelo vigente na Alemanha, sustenta que a solução está na adoção do sistema distrital misto, no qual, explica:

“[...] a metade das vagas correspondentes ao Estado serão preenchidas pelo voto majoritário. Divide-se o Estado em quantos distritos eleitorais forem a metade dessas vagas e cada partido indica um candidato para concorrer no distrito. Considerar-se-á eleito o mais votado.

A outra metade das vagas será preenchida por listas partidárias bloqueadas, ou seja, insuscetível de modificação pelo eleitorado.

O eleitor disporá de dois votos: um dará ao candidato distrital, ou seja, qualquer um dos candidatos que concorram pelo distrito; o outro voto dará à legenda do partido”.

As sugestões de Paulo BONAVIDES (1996, p. 66) são, basicamente, a abertura para a criação de partidos regionais e a “reativação do elemento participativo”, por meio dos mecanismos de democracia semidireta previstos na Constituição: o *referendum*, o plebiscito e a iniciativa popular. Para esse constitucionalista, “o partido regional se compadece com a nossa vocação federativa de país de dimensão e diversidade continentais”. Quanto ao exercício das técnicas da democracia semidireta, têm elas o mérito de regenerar as instituições políticas, proporcionando a recuperação da legitimidade da organização partidária, que “há de ser ainda a instância pedagógica da cidadania” (BONAVIDES, 1996, p. 67).

5. O sistema eleitoral na Alemanha

Na Alemanha, são previstas eleições diretas e indiretas. Por meio de eleições diretas, são escolhidos os membros do Parlamento Federal, das Assembléias Legislativas existentes nos 16 Estados federados e das Câmaras Municipais. Por eleições indiretas, dá-se a escolha do Presidente Federal, dos Governadores e dos Prefeitos.

O Presidente é eleito para um mandato de cinco anos por uma Assembléia Federal, constituída de deputados federais e delegados enviados pelas Assembléias Legislativas estaduais. Feita a escolha do Presidente, esse colégio eleitoral dissolve-se, já que se reúne com esse único objetivo.

Os Governadores e Prefeitos são eleitos, respectivamente, pelas Assembléias Legislativas e pelas Câmaras Municipais. Ressalte-se, no entanto, que, a partir da década de 90, algumas cidades, como é o caso de Colônia, passaram a experimentar a eleição para Prefeito pelo voto direto, em dois turnos de votação.

Relevante na abordagem do sistema eleitoral alemão é a forma como se dá a escolha dos deputados ao Parlamento Federal.

A Lei Fundamental não entra em deta-

lhes sobre o sistema que deve ser adotado nas eleições ao Parlamento Federal, estabelecendo apenas que os deputados serão eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto (art. 38). Foi reservado à lei federal, portanto, o papel de adoção e regulamentação do sistema.

Notícia Korad HESSE (1998, p. 442) que a Lei Eleitoral Federal de 7 de maio de 1956 fixou em 656 o número de cadeiras no Parlamento Federal. Esse número foi reduzido para 598 nas eleições de 1998 e 2002.

A mesma Lei Eleitoral Federal prevê um sistema que é identificado como de *representação proporcional personalizada*, por meio de voto distrital. Por esse sistema, metade dos deputados são eleitos pelos 299 distritos por voto personalizado, ou seja, o voto é dado ao candidato. Nesse caso, vale o princípio majoritário, significando com isso que no distrito é eleito o candidato que obtiver o maior número de votos. A outra metade é escolhida por meio de listas estaduais apresentadas pelos partidos políticos, com observância do sistema proporcional. Portanto, há dois votos: um é dado ao candidato do distrito e o outro ao partido. A propósito, afirma Konrad HESSE (1998, p. 442):

“Cada eleitor tem dois votos (§ 4º da Lei Eleitoral Federal). Com o primeiro voto, pode ele eleger um candidato do distrito eleitoral segundo o sistema da eleição majoritária (relativa) (§ 5º da Lei Federal Eleitoral). O segundo pode ele dar a uma lista estadual, que só pode ser apresentada por partidos políticos (§ 27, alínea 1, da Lei Eleitoral Federal). Da relação das somas dos segundos votos dados em cada lista estadual resulta o número total dos mandatos que cabem a um partido”.

É de se ressaltar, a título de esclarecimento, que na Alemanha o voto é facultativo. Isso significa que o eleitor pode votar no candidato que vai representar o seu distrito e pode-se abster de votar na lista estadual de candidatos dos partidos políticos, embo-

ra, efetivamente, reconheça-se que o segundo voto é decisivo para a formação das maiorias parlamentares e a determinação da força política de cada um dos partidos.

A Lei Eleitoral Federal prevê a possibilidade de *mandatos adicionais ou suplementares*, o que ocorre quando um partido político conquista mandatos por meio de votos nos candidatos dos distritos eleitorais em número superior ao que teria direito, tendo-se como referência os votos dados à legenda, ou seja, à lista estadual. Nesse caso, o partido não perde o direito de representação dos deputados no Parlamento Federal, ficando com tais mandatos excedentes. Esse fenômeno ocorreu nas eleições de 1994, quando foram contabilizados 16 *mandatos suplementares*; nas eleições de 1998, 13; e nas últimas eleições de 2002, em que foram eleitos 5 deputados com *mandatos suplementares*.

Cabe registrar ainda a existência, no sistema alemão, da chamada *cláusula dos 5%*, segundo a qual um partido político somente obterá representação no Parlamento Federal se atingir um mínimo de 5% do total de votos dados à lista estadual. Essa regra contém, porém, uma exceção: ainda que não atinja os 5% de votos, o partido político terá direito à representação, desde que obtenha três ou mais mandatos pelo voto direto dado a seus candidatos dos distritos eleitorais.

6. Os partidos políticos na Alemanha

Os partidos políticos receberam tratamento sucinto na Lei Fundamental alemã (art. 21), ficando transferida para a Lei dos Partidos Políticos, aprovada em 24 de julho de 1967, a sua “organização mais pormenorizada” (HESSE, 1998, p. 142).

A Lei dos Partidos reconhece como legítimos partidos políticos tanto de âmbito federal como regional (cf. HESSE, 1998, p. 143). O exemplo típico de partido regional é a União Social-Cristã (CSU), fundada em 1945 e com atuação apenas na Baviera. Esse partido governa atualmente sozinho o maior

Estado da federação alemã, recebendo nas sucessivas eleições tantos votos a ponto de sempre conseguir atingir a cota mínima nacional de 5%. Para se ter uma idéia da sua força regional, nas últimas eleições de 2002 obteve 9% dos votos, conquistando 43 cadeiras no Parlamento Federal.

Em nível nacional, existem seis grandes partidos: 1) o Partido Social-Democrata da Alemanha (SPD), que representa a social-democracia alemã, presidido pelo Chanceler Federal, Gerhard Schröder, no poder desde 1998; 2) a União Democrata-Cristã (CDU), presidida pela ex-Ministra do Meio Ambiente Angela Merkel, tendo como figura de destaque o ex-Chanceler Federal Helmut Kohl, que governou por 16 anos o país e conduziu a Alemanha à reunificação em 1990; 3) a União Social-Cristã (CSU), presidida pelo Governador da Baviera, Edmund Stoiber; 4) os Verdes (Partido Verde), presidido por Claudia Roth e Fritz Kuhn; 5) o Partido Democrata Liberal (FDP), presidido por Guido Westerwelle; 6) o Partido do Socialismo Democrático (PDS), presidido por Gabi Zimmer.

Todos os seis partidos mencionados têm representantes no Parlamento Federal. Nas últimas eleições de 2002, o SPD elegeu 267 deputados; a CDU, 180 deputados; a CSU, 43 deputados; os Verdes, 43 deputados; o FDP, 40 deputados; e o PDS, 32 deputados.

Há ainda os chamados partidos nânicos, praticamente sem representatividade, e, muitas vezes, com propostas bastante exóticas, como é o caso do Partido dos Não-Eleitores e do Partido Punk.

Apesar de admitir-se no sistema eleitoral alemão partidos com peculiares características, não são permitidos pela Lei Fundamental “partidos que pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental democrática e livre, ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha” (art. 21, alínea 2). Tais partidos são considerados inconstitucionais, e sobre os quais assevera Konrad HESSE (1998, p. 520):

“De significado infinitamente maior para a proteção da Constituição preventiva é a possibilidade criada no art. 21, alínea 2, da Lei Fundamental, de proibir partidos anticonstitucionais. Nomeadamente essa determinação deve sua introdução às experiências da República de Weimar, na qual o crescimento de partidos anticonstitucionais radicais desde 1930 conduziu à crise, e que, finalmente, foi vencida pelo mais forte desses partidos. Partidos anticonstitucionais devem, por isso, poder ser descartados prematuramente; o jogo livre das forças políticas na democracia deve encontrar um limite lá onde seus opositores procuram, com os meios da democracia, eliminar a democracia [...]”.

7. Críticas e sugestões da doutrina alemã

O sistema eleitoral e partidário alemão não é imune a críticas, embora para muitos deva ser tomado como referência para uma reforma do nosso sistema. Konrad HESSE (1998, p. 129) identifica, por exemplo, na variante do sistema proporcional alemão, debilidades que “favorecem um sistema multipartidário”, gerando “maiorias mais inseguras e estabilidade menor do governo, a coação para coalizões e, com isso, a influência menor do eleitor sobre a formação do governo”, além de uma “união mais débil entre deputados e eleitores”.

Defensor do bipartidarismo, o consagrado autor alemão afirma que somente por meio dele é possível o povo “determinar efetivamente quem deve governar”, identificando-se nesse sistema uma “influência real do eleitor” (p. 145-146), pouco perceptível no sistema multipartidário.

8. Considerações finais

Uma das principais constatações que se faz é que, no caso do Brasil, não há críticas

contundentes ao sistema de eleições majoritárias. A forma como o texto constitucional disciplinou o sistema foi bem recebida. A discussão toda centra-se no sistema proporcional, ou seja, na técnica de escolha dos componentes das casas legislativas, em níveis federal, estadual e municipal. Muitas são as críticas e diversas as soluções apresentadas, algumas delas claramente inspiradas no sistema distrital alemão, considerado modelo para a representação parlamentar.

Quanto ao partido político, indispensável à democracia representativa, recebeu no Brasil adequado tratamento constitucional, figurando destacadamente no título dos direitos e garantias fundamentais. Há um problema, porém, a ser resolvido: a proliferação de legendas e o surgimento das chamadas siglas de aluguel. A livre criação de partido político não pode implicar o desvirtuamento dessa congregação, destinada a servir de veículo de idéias plurais existentes no seio da sociedade.

Na Alemanha, as eleições diretas são previstas somente para o Parlamento Federal. As chefias dos executivos federal, estaduais e municipais são escolhidas por eleições indiretas. Pode-se dizer, assim, ao menos sob o aspecto formal, que o Brasil é mais democrático que a Alemanha, pois adota eleições diretas para todos os níveis de mandatários.

No sistema de *representação proporcional personalizado* adotado pela Alemanha, o voto dado à lista dos partidos é considerado como decisivo à formação das maiorias parlamentares, daí a importância da consciência política do eleitor e do papel dos partidos em esclarecer suas propostas e projetos.

A chamada *cláusula dos 5%* constitui de certa forma uma barreira à proliferação de partidos. Não obstante, mesmo assim, o sistema partidário alemão tem recebido críticas de parte da doutrina, que vê na existência de vários partidos a fonte de pouca estabilidade do governo, a necessidade de composições partidárias para a obtenção de maiorias parlamentares e a menor influência do eleitor na formação do governo. Por

essas e outras razões, há quem defenda a adoção na Alemanha do sistema bipartidário, sistema este que, no Brasil, dada a sua experiência passada, não tem acolhida.

Bibliografia

ALEMANHA. Lei Fundamental (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Constituições do Brasil e constituições estrangeiras*, Brasília, DF, 1987. v. 1.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle; Gauetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dino. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, ano XXVI, n. 62, p. 57-67, jan./jul. 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 5-10, 1995.

ELEIÇÕES na Alemanha: como os alemães votam. Disponível em: <<http://dw-world.de/brazil>>. Acesso em: 10 set. 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 28. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JOBIM, Nelson. Notas sobre uma reforma institucional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 194-204, 1993.

PARTIDOS políticos com estatutos registrados: no Brasil. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2002.

PRINCIPAIS partidos: na Alemanha. Disponível em: <<http://dw-world.de/brazil>>. Acesso em: 10 set. 2002.

RESULTADO das eleições legislativas de 1998: na Alemanha. Disponível em: <<http://www.dwelle.de/portuguese/wahl/dossier/index2.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2002.

Os caminhos da Justiça Agrária no Brasil

Um caso de engenharia político-constitucional

Marcílio Toscano Franca Filho

Sumário

1. À guisa de introdução. 2. Elementos para uma Teoria Geral da Justiça Agrária. 3. A Justiça Agrária no Brasil. 4. À guisa de conclusão.

1. À guisa de introdução

A importância que assume a agricultura como uma das principais fontes de renda, emprego e, obviamente, segurança alimentar nas economias contemporâneas, sobretudo nos países da periferia do sistema produtivo internacional, é reveladora da causa do prestígio que se empresta ao Direito Agrário na doutrina jurídica dos dias atuais. Nessa direção, a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) tem sublinhado, em diversos documentos, que o desenvolvimento agrícola é a chave para a redução da pobreza no mundo e garantia da segurança alimentar nos países em desenvolvimento.

Objeto de freqüentes e profundas reflexões, a disciplina jurídica da realidade agrária vem tendo um lugar de destaque na seara acadêmica internacional, dado o interesse do mundo globalizado em questões como a biotecnologia, a segurança alimentar, a agricultura sustentável, as enfermidades transfronteiriças e os investimentos em *commodities*. Nesse aspecto, a efetividade e a rapidez na solução dos conflitos agrários são – muito menos do que uma velha consequência de dicotomias ideológicas – basilares

Marcílio Toscano Franca Filho é Doutorando em Direito Comparado (Universidade de Coimbra – Portugal), Mestre em Ciências Jurídicas (Universidade Federal da Paraíba – Brasil) e Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba (Brasil). Foi professor substituto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal da Paraíba, estagiário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Luxemburgo) e aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha).

para a própria organização e o desenvolvimento das relações econômicas e sociais no campo. Afinal, “a economia vive da segurança, cuja base é a justiça”.

A institucionalização de uma Justiça Agrária, como meio de se garantir rapidez e eficiência na solução dos conflitos agrários, constitui o objeto das reflexões que ora iniciamos. Estas digressões, partindo da formulação de um conceito de Justiça Agrária e passando pelo relato da experiência brasileira e estrangeira, objetivam fundamentalmente captar em que medida é eficiente a edificação de uma jurisdição agrária autônoma no Brasil atualmente.

2. Elementos para uma Teoria Geral da Justiça Agrária

Inúmeros postulados metafísicos, éticos, estéticos e epistemológicos que ampararam as formas de pensar e agir da nossa sociedade durante séculos, hoje, não mais conseguem responder a muitas das questões que o processo histórico nos impõe. Aos nossos modelos culturais – paradigmáticos desde a Revolução Francesa –, a contemporaneidade impõe desafios crescentes que permanecem sem resposta. Conceitos como Justiça, legitimidade, ordem, soberania e cidadania não podem ser mais definidos apenas a partir da tríade “liberdade-igualdade-fraternidade” sem que ignorem importantes demandas sociais. Tal fato é marca da crise do pensamento contemporâneo, baseado em um modelo de racionalidade técnico, formal, dogmático e opressor, caro à tradição moderno-iluminista.

Essa crise geral do pensamento contemporâneo provoca inevitavelmente reflexos sobre os nossos modos de organização e conhecimento jurídicos. A concepção tradicional do Direito, fundada no tripé da racionalidade, estatalidade e unicidade, é posta em xeque e começa a dar provas de ineficiência. Os sintomas dessa crise no âmbito do Direito citam-se à farta: é o aumento da litigiosidade social; é a radical dicotomia

entre o Direito e a Justiça, o legal e o legítimo; é a crescente incapacidade da experiência jurídica em captar as necessidades da sociedade civil; é a busca revalorizada por formas não-estatais de resolução de disputas; e é a hiperinflação da produção legislativa na tentativa de se conter a complexidade e o risco.

No meio rural, particularmente, há muito o Direito perdeu o monopólio da força e da coerção, sendo a violência decorrente do acirramento daqueles conflitos um fenômeno social que vem-se banalizando. A crescente complexidade da sociedade contemporânea – com a sua maior diversidade de atores e papéis sociais – tem provocado um significativo aumento dos conflitos no campo e na cidade. O Direito, entretanto, não tem conseguido acompanhar essas mudanças sociais e não tem desenvolvido instrumentos capazes de suprimir esses conflitos.

Já viraram rotina, na crônica jornalística quotidiana, os relatos sobre espancamentos de trabalhadores rurais, cárceres privados, casas queimadas e reintegrações de posse violentas. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (apud ROCHA, 1990, p. 19), órgão da Igreja Católica vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), foram 680 os conflitos no campo apenas em 1988. Tais conflitos resultaram em 110 trabalhadores mortos, 153 ameaças de morte e 68 tentativas de assassinato. Em 2001, a mesma Pastoral da Terra contabilizou um total de 880 conflitos no campo, entre eles ocupações, acampamentos, questões relativas à seca, desrespeito à legislação trabalhista, política agrícola e garimpo. Desse total, 45 ocorrências reportam a trabalho escravo, envolvendo o número de 2.416 pessoas. Até agosto de 2002, o número de assassinatos chegava a 16¹.

Como meio de se superar e evitar tais conflitos, há algum tempo, vem tomando força entre os estudiosos das questões agrárias de diversas áreas do conhecimento a idéia de constituição de uma jurisdição agrária no Brasil. Nesse aspecto, vale observar a lição do Prof. ALVARENGA (1985, p. 109):

“Regendo a funcionalidade do que se entenda por propriedade, posse e utilização dos recursos naturais renováveis, balizado pelos princípios da produtividade e da justiça social, o Direito Agrário do Brasil reclama que a sua aplicação se faça por meio de especialistas, desde a promulgação do Estatuto da Terra, decorrente da memorável exposição de motivos com que se encaminhou ao Congresso Nacional – tendo por base a Emenda Constitucional nº 10, de 10.11.64 – o anteprojeto do que viria a consubstanciar-se na Lei 4.504, promulgada a 30 de novembro de 1964. Que a Justiça Agrária seja decorrência natural do Estatuto da Terra não é tese apenas dos jus-agrarristas.”

O eminente jurista baiano Raimundo LARANJEIRA (1983, p. 15-16), ardoroso defensor da criação da Justiça Agrária, chega mesmo a ser radical ao afirmar:

“Não há o que discutir sobre a necessidade e a excelência da instituição da Justiça Agrária no Brasil. Tanto do ponto de vista científico, de enriquecimento da matéria agrojurídica, como do ponto de vista da realidade fática, na qual milhares de pessoas precisam dela. (...) Há que se admitir duas ordens de coisas, como pressuposto da necessidade dela: uma, referente ao fato de que os países civilizados e os que vão deixando as amarras do subdesenvolvimento estão acolhendo esse órgão, conforme prova-o, sobejamente, J. Masrevery; de outra, relativa à constatação de que, no Brasil, o seu estágio econômico-social já reclama um ‘foro adequado, como instrumento regulador das relações decorrentes da reforma das estruturas arcaicas e injustas’ – segundo a justeza de expressão de um notável agrarista patricio.”

Mais recentemente mas na mesma direção, a Prof^ª Valéria FERREIRA (1997, p. 343) ressalta:

“A questão agrária no Brasil tem importância relevante. É interesse nacional a sua resolução. Complexa e envolvendo poderosos, deveria ser apreciada por um judiciário de expressividade também federal”.

Por jurisdição entende-se o poder-dever de que dispõe o Estado para, nos limites de sua soberania, solucionar os conflitos entre as pessoas, aplicando o Direito e, assim, garantindo a paz social. Assim, a mencionada jurisdição agrária seria um ramo especializado da função judiciária estatal², que se dedicaria com exclusividade aos problemas inerentes ao meio rural. Tais problemas cobririam, entre outros aspectos:

- questões sobre a propriedade, o domínio e a posse da terra rural;
- a desapropriação por interesse social, questões relativas à distribuição da terra, colonização e acesso à terra;
- as questões fiscais, como o Imposto de Renda sobre a produção agropecuária e o Imposto Territorial Rural;
- os contratos agrários: arrendamento, parceria, empreitada rural, crédito rural e depósito de produtos rurais;
- as relações individuais e coletivas de trabalho rural, previdência social e acidentes de trabalho no campo;
- a economia rural: preços mínimos, armazenagem, produção, subsídios, distribuição e consumo;
- a inseminação artificial, reprodutores, registro genealógico, mecanização, engenharia rural, aviação agrícola;
- cooperativismo e sindicalismo rurais;
- agricultura sustentável: conservação e defesa dos recursos naturais renováveis;
- proteção penal da propriedade e dos bens rurais bem como da sua fauna e flora;
- poder de polícia sobre as atividades agropecuárias;
- questões relativas a convênios, tratados e acordos internacionais sobre defesa sanitária, vegetal e animal, padronização e classificação.

Essa ampla competência de uma jurisdição agrária encontra um princípio unificador muito claro e bem definido, conforme resume GARCÍA RAMÍREZ (1996, p. 44), presidente fundador do Tribunal Superior Agrário do México:

“La justicia agraria – que es una expresión de la política general del Estado, proyectada hacia una de sus secciones más relevantes – debiera abarcar la suma de asuntos que aparecen en las relaciones jurídicas cuyo origen es precisamente la materia agraria, y cuyas consecuencias se vuelcan hacia ésta. Por ende, vale plantearse lo que pudiéramos denominar la identidad de ‘lo agrario’. Esto tiene, en mi concepto tres datos característicos, a saber: a) cierta forma jurídica de tenencia de la tierra: dominio pleno o propiedad ejidal o comunal; b) determinado empleo natural de la tierra: aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, y c) relaciones jurídicas que se suscitan a propósito de esas formas de tenencia en relación con ese aprovechamiento específico. Si esto es ‘lo agrario’, los litigios que en ese amplio ámbito se produzcan debieran ser propuestos ante la justicia agraria, con el propósito de garantizar consecuencia en el tratamiento y las soluciones de este sector de la vida del país”.

O argumento-mestre que fundamenta e legitima a proposta de uma jurisdição agrária é o de que uma especialização jurisdicional muito contribuiria para densificar o direito fundamental à efetividade do processo e para a agilização da prestação jurisdicional em um setor básico da vida nacional – o campo. No ponto particular da agilização da prestação jurisdicional, é de se ressaltar que a morosidade é o principal problema que afeta o Judiciário atualmente, além de se constituir em uma fonte primária de seu descrédito e sua ilegitimidade. É uma verdade acaciana³ que uma Justiça que tarda é, de fato, uma Justiça que falha. Entre as

causas mais frequentes dessa demora para prolação das decisões judiciais estariam a falta de recursos materiais das comarcas, o excesso de formalidades procedimentais, o número insuficiente de juizes e varas, a inflação legislativa, a extensão das comarcas e a falta de especialização dos operadores jurídicos.

Assim, alega-se que uma Justiça especializada na apreciação das questões que dissessem respeito às relações do homem com a terra seria a chave para a resolução rápida e eficaz dos variados aspectos das lides agrárias. Nesse sentido, veja-se:

“(…) A idéia é de que a instalação de um órgão especial de apreciação e julgamento das lides agrárias conferiria ao Direito Agrário a sua autonomia jurisdicional, que ainda não conseguiu ter entre nós. De outro modo, o enfoque é o de que tal entidade [a Justiça Agrária] viria carrear para as populações rurícolas uma Justiça mais prestimosa, desafogando a Justiça Comum e alguns órgãos administrativos dos milhões de processos que equacionam, deficientemente, os problemas agrários da Nação” (LARANJEIRA, 1983, p. 15).

No mesmo sentido é a opinião de Guillermo Figallo ANDRIAZEN, ex-presidente do Tribunal Agrário do Peru:

“Es indudable que el conocimiento especializado de la materia permite una mayor apreciación de las cuestiones planteadas, mayor seguridad en las decisiones y la creación de una jurisprudencia uniforme, que impulse en desarrollo doctrinario del Derecho Agrario; y en el aspecto procesal significa la substitución de perniciosos hábitos procedimentales derivados de una indiosincrasia individualista, por una actitud inspirada en los valores sociales, de acuerdo con el modo de ser del proceso agrario” (ANDRIAZEN, 1983, p. 15).

Duas são as correntes encontradas no jus-agrarismo brasileiro quanto à institucionalização de uma Justiça Agrária. A primeira é aquela que opta apenas pela criação de varas especializadas junto à Justiça Federal e à Justiça comum. A segunda, a que propugna pelo estabelecimento de toda uma estrutura judicante, com juízes agrários ou juntas de conciliação e julgamento agrárias divididos em seções judiciárias, Tribunais Regionais Agrários e um Tribunal Superior Agrário, à semelhança da bela Itália, a pátria do Direito Agrário.

Para qualquer dessas correntes, a fim de se garantir a instrumentalidade do processo e a rapidez da prestação jurisdicional, a Justiça Agrária seria caracterizada por certos princípios. A noção de “princípio” é uma noção cara a toda a Teoria Geral do Direito. Sob seu pálio, guardam-se as verdades fundantes de qualquer sistema jurídico; enunciações normativas que norteiam a atuação de juristas e operadores jurídicos, colmatando lacunas e orientando a atividade hermenêutica. Na definição de REALE (1993, p. 299), princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo de saber”. Por serem elementos de base, sobre os princípios se assenta todo o edifício da experiência jurídica de um Estado. Isso explica por que ferir um princípio é mais grave do que ferir uma norma. Observa Josef ESSER, citado por REALE (1993, p. 301), que os princípios se revestem de uma tamanha importância que são válidos independentemente de serem ou não positivados em um texto legal.

Seriam princípios ordenadores da jurisdição agrária, segundo anota J. Paulo BITTENCOURT (apud ALVARENGA, 1985, p. 109) com competência: 1) a gratuidade judiciária, a fim de garantir o acesso à Justiça sem a necessidade de pagamento de custas; 2) mínimo de formalidades; 3) maiores poderes instrutórios para o juiz, objetivando decisões céleres e seguras; 4) maior uso do princípio da equidade, pelo qual é concedi-

do ao juiz certa discricionariedade para avaliar as *circunstâncias* de que nos falava Ortega Y Gasset; 5) possibilidade de o juiz obter assistência técnica de agrônomo, veterinário, agrimensor e economista rural; 6) alçada para apelação, evitando-se recursos procrastinatórios; 7) fase prévia de conciliação; 8) processo de execução simplificado; e 9) oralidade e concentração.

Em completa oposição, MEDEIROS e GUIMARÃES (1986) refutam a necessidade de constituição de uma Justiça Agrária especializada. Entre seus muitos argumentos, ressaltam-se sobretudo dois: 1) a dificuldade de delimitação da competência da Justiça Agrária; e 2) os prejuízos ao direito de ação, como resultado da diversidade jurisdicional, a provocar dúvidas nos cidadãos acerca de onde propor a ação. Neste sentido, concluem:

“Inexistem razões de ordem científica ou prática que justifiquem a criação de uma Justiça Agrária especializada, quer porque seria difícil estabelecer-se os limites de sua competência, quer porque essa competência, sem dúvida, conflitaria com a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum, quer porque a especialização de ramos da Justiça não tem obtido resultados satisfatórios; devem as questões agrárias permanecer na competência da Justiça Comum, devendo esta ser aperfeiçoada e dotada dos meios materiais e humanos necessários ao seu bom desempenho, com o que se agilizará o julgamento de todas as questões submetidas ao Poder Judiciário, com evidente melhora da qualidade das decisões.”

Não se pode esquecer que o Direito Comparado se constitui em importante fonte para a Direito Agrário, afinal por meio de um exame crítico de institutos jurídicos e legislações estrangeiras podem ser extraídos valiosos exemplos. Sendo assim, não poderíamos deixar de comentar nesta parte – em que tratamos dos aspectos mais gerais

da jurisdição agrária – como as demandas rurais são solucionadas nas legislações alienígenas.

De quatro maneiras diferentes os ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêm a solução das lides rurais (cf. LARANJEIRA, 1983, p. 16): 1) por vias administrativas comuns, em que se submetem os litígios agrários a um órgão público administrativo, normalmente colegiado, com funções não exclusivamente agrárias, ex.: Argentina e Espanha; 2) por vias administrativas especiais, como os órgãos específicos para a reforma agrária; ex.: Bolívia, China, Albânia e Venezuela; 3) pela via da jurisdição ordinária; ou seja, por meio de órgãos não-especializados do Poder Judiciário, ex.: Brasil, Paraguai e Uruguai. 4) pela jurisdição especial, com a instituição de uma Justiça Agrária, ex.: Cuba, Chile e França.

O caso da França é interessante. Lá, a Jurisdição Agrária remonta ao regime de Vichy, no auge da Segunda Grande Guerra. Em 1943, foram criadas as Comissões Paritárias de Arbitragem, embriões do que viria futuramente tornar-se a jurisdição agrária, em fins da década de 50, quando, então, os tribunais agrários tomaram sua forma atual. A estrutura muito lembra a da Justiça Laboral brasileira até o advento da EC nº 24/99. O tribunal agrário francês é presidido por um juiz togado e composto por quatro representantes classistas. O procedimento é simples e flexível. O tribunal deve ser provocado por escrito e as partes são convocadas para comparecimento em audiência de conciliação (podem-se fazer representar por membro do sindicato, advogado ou familiar). Não ocorrendo o acordo, uma audiência de instrução é marcada⁴.

De maneira similar, no Reino Unido, com jurisdição sobre a Inglaterra e o País de Gales, a Justiça Agrária é especializada e conferida ao Tribunal de Terras (*Lands Tribunal*), criado em 1950. O Código de Processo Civil inglês (*Civil Procedure Rules*), o qual é aplicado para os tribunais civis comuns, não tem aplicação no âmbito do *Lands Tribunal*,

em razão mesmo de sua especificidade e particularidades. Os procedimentos são tais que devem assegurar a plena igualdade entre as partes e o mínimo de formalismos e despesas⁵. As apelações são dirigidas ao Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*).

3. A Justiça Agrária no Brasil

Viu-se acima que, tradicionalmente, o Estado brasileiro, ao lado de Paraguai e Uruguai, integra aquele grupo de países que adotam a via da jurisdição ordinária para a solução dos conflitos rurais. No Brasil atual, a maior parte dos diversos tipos de litígios agrários, começando pelas ações possessórias, passando pelas desapropriações e até chegar às ações de natureza tributária, não se concentra em juízos agrários especializados, mas fica difusamente distribuída nas variadas competências originárias de juízes de direito, juízes federais e juízes do trabalho. Todas essas ações – de conhecimento, de execução, cautelares, mandamentais, entre outras –, quando no segundo grau de jurisdição, são apreciadas pelos Tribunais de Justiça dos estados, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho.

Sabe-se que a competência é a exata medida da jurisdição, ou seja, é a delimitação estabelecida pela norma jurídica ao poder de aplicar o Direito. Nesse sentido, é a Constituição Federal de 1988 que dita as normas de competência do Poder Judiciário. Estabelece a Carta, em seu art. 114, que aos juízes do trabalho cabe a conciliação e julgamento dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores rurais, bem como outras controvérsias decorrentes daquelas relações de trabalho.

Aos juízes federais cabe julgar, conforme o art. 109 da Constituição Federal, entre outras, as causas em que houver interesse da União (como a cobrança de ITR, p. ex.), autarquias (como o INCRA) e empresas públicas federais, as causas entre município ou pessoa residente no país e estado estran-

geiro ou organismo internacional, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Aos juízes estaduais, por exclusão, cabem todas as demandas restantes como, as ações possessórias, as fundadas em contratos agrários, a discriminação de terras, o direito de vizinhança etc. A inexistência de um lugar privilegiado para a jurisdição agrária dentro do ordenamento jurídico nacional provoca o inconveniente de, ocasionalmente, a matéria ser levada à apreciação de um magistrado não especializado, sem a basilar formação agrarista e sem a familiaridade e sensibilidade necesssárias para com as coisas do campo.

Todas essas razões explicam por que, desde há muito, a instituição da jurisdição agrária é reivindicação que ecoa entre as mais renomadas vozes do Direito nacional. Com efeito, a criação de uma jurisdição específica, com ação e processos próprios, já fora apregoada por Rui BARBOSA (1999, p. 295-365), o “águia de Haia”, em discurso proferido durante a campanha presidencial de 1910. Comentando duas leis que cuidavam da imigração de colonos europeus e transformavam em crédito privilegiado o referente a salário dos trabalhadores rurais, assegurando-lhes preferência sobre os produtos por eles plantados, colhidos ou de alguma forma beneficiados por eles, o grande jurista baiano asseverou que nas pendências entre patrões e colonos dever-se-ia abandonar o formalismo, causador da demora, da incerteza e do prejuízo dos litigantes, autorizando-se que o julgador recebesse a reclamação e procedesse de ofício, quase que administrativamente, mediante instrução sumária e com a simples audiência da outra parte. Veja-se:

“Num país onde empresas opulentas, associações de capitais poderosos têm a sorte do seu direito à mercê, por essa maneira, do capricho de vontades arbitrárias ou interesses irresponsáveis, em que é que se há de

fiar o pobre, o desvalido imigrante? Nem a todos afugenta a carestia da vida. A sobriedade habilita certas raças a arrostarem esses inconvenientes, reduzindo-se a privações, que lhes não custam. Com pouco mais de duas parcas rações de arroz por dia se nutre o colono japonês. Mas de um país sem justiça fogem os mais temperantes, os mais ambiciosos e os mais audazes. Porque a audácia, a ambição e a temperança trabalham para a economia, e a economia vive da segurança, cuja base é a justiça.

À compreensão desta necessidade se devem as medidas tentadas para garantir ao trabalhador rural a certeza do seu salário. A Lei nº 1.150, de 1904, graduou entre os créditos privilegiados, abaixo da hipoteca e do penhor agrícola, os salários dos colonos. A Lei nº 1.607, de 1906, sujeitou ao pagamento deles, com primazia a quaisquer outros créditos, as colheitas pendentes. Praticamente, porém, essas reformas, bem assim quantas do mesmo gênero se queiram multiplicar, ainda não acertam no ponto vital. Consiste ele na efetividade rigorosa dessas garantias, isto é, na criação de uma justiça chã e quase gratuita, à mão de cada colono, com um regímen imburável, improtelável, inchicanável.

Toda a formalística, em pendências entre o colono e o patrão, importa em delonga, em incerteza, em prejuízo, em desalento. Nesta categoria de débitos, não sendo fácilima, o mesmo é que não ser exequível a cobrança. Sugeriu-se que o juiz mais acessível, o de direito, ou o de paz, receba a queixa, e proceda *ex officio*, de plano, quase administrativamente, como nos casos policiais as autoridades respectivas, mediante sumaríssima inquirição, com simples audiência de outra parte. Seja como for, ou se abraça este

alvitre, ou algum outro equivalente, o essencial está em cometer este gênero de pleitos a uma judicatura, que inspire confiança ao estrangeiro desprotegido, e liquidá-los mediante um processo ligeiro, correntio, rudimentar, mas claro, justo e seguro”⁶ (BARBOSA, 1999, p. 295-365).

Essa manifestação já nonagenária de um dos maiores juristas brasileiros, Rui BARBOSA, teve grande repercussão na formação do nosso Código Civil de 1916.

Ao que tudo indica, a primeira tentativa concreta de se implantar uma Justiça Agrária no país ocorreu em outubro de 1922, com a criação dos Tribunais Rurais pelo então presidente do estado de São Paulo, Washington Luís, por meio da Lei Estadual 1.869, de 10 de outubro de 1922. De âmbito estadual apenas, aqueles tribunais eram presididos por um juiz de direito e destinados a solucionar conflitos entre proprietários e assalariados rurais. A essa tentativa inicial seguiram-se inúmeros projetos de codificação rural e de regulamentação da reforma agrária.

Em 1968, ainda sob influência da criação do Estatuto da Terra (1964), uma comissão de juristas foi instituída pelo Ministério da Agricultura (Portaria MA-322/68) para apresentar um projeto de emenda constitucional (através de Ato Institucional) para a instituição de uma Justiça Agrária no país. A comissão era integrada, entre outros, por Otávio Alvarenga, Carlos Alberto Chiarelli e Motta Maia. Segundo aquele projeto, a Justiça Agrária seria composta por juntas de conciliação e julgamento, tribunais regionais agrários e um Tribunal Superior Agrário. Esse anteprojeto, ao ser apresentado ao Congresso, encontrou o Poder Legislativo em recesso. Em seguida, houve a substituição do Presidente Costa e Silva e do Ministro Ivo Arzúia. Com a Emenda Constitucional 01/69, a iniciativa restou paralisada.

Em 1974, o prof. Motta Maia conduz um novo estudo, agora patrocinado pela Sociedade Nacional de Agricultura, que, apro-

veitando o estudo anterior, foi apresentado ao STF. Nesse projeto havia uma redução de competências da Justiça Agrária, para garantir a sua viabilização, mas foi abandonado sem maiores repercussões. Em 1976, no bojo das reformas do Judiciário do Governo Militar do Presidente Geisel, surgiram as propostas de emenda constitucional (não aprovadas) dos senadores José Lindoso (81/76) e Franco Montoro (59/76) para a criação de uma Justiça Agrária. Durante o início da década de 80, ainda surgiram os projetos de emenda constitucional dos deputados Jorge Arbage (PA), Rogério Rego (BA) e José Sarney Filho (MA), que, em suma, eram assemelhados, já que criavam, no âmbito da própria Justiça Federal, varas agrárias com competência para cuidar de relações de trabalho rural e ITR.

Em outubro de 1986, o então Ministro da Justiça do Presidente Sarney, Paulo Brossard, em visita ao antigo Tribunal Federal de Recursos, propugnou pela criação de varas federais agrárias nas seções judiciárias dos estados. Desse pedido resultou o provimento 316/87 do Conselho da Justiça Federal, que implantou a 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, com sede em Araguaiana (hoje localizada no Estado do Tocantins), especializada em questões agrárias, mas sem prejuízo da distribuição normal.

Em sede administrativa, algumas tentativas também foram iniciadas, sem, entretanto, obter sucesso. Seus exemplos são a Comissão de Conciliação e Julgamento do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, que se prestava a dirimir as questões entre fornecedores de cana e usinas, e a Comissão Agrária prevista no Estatuto da Terra, composta de um representante do Governo Federal, um dos proprietários rurais, um dos trabalhadores rurais e um dos estabelecimentos de ensino rurais. Serviria como meio de implementação da reforma agrária, acompanhando os programas de desapropriação e concessão dos lotes.

Rompendo o paradigma urbano das Constituições anteriores, o legislador cons-

tituinte de 1988 inovou, atendendo aos antigos e constantes anseios de institucionalização de uma Justiça Agrária no Brasil. A novel Constituição Federal trouxe, no seu art. 126, o seguinte comando:

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários⁷, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial⁸, com competência exclusiva para questões agrárias⁹.”

Parágrafo único. Sempre que necessária à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.”

Embora evitando a construção de uma Justiça Agrária ao estilo italiano, com juízes, tribunais regionais e um tribunal superior próprios, com aquele dispositivo o texto constitucional deu um importante passo no sentido de solucionar com eficácia as lides agrárias. Não só porque obriga o magistrado à especialização, mas também por aproximar o juiz do conflito, evitando uma conduta alheia à realidade do campo.

Todavia, o supracitado art. 126 da Constituição Federal de 1988 recebeu lúcida crítica de Antônio Jurandir PINOTTI (1993, p. 48-49), que vê na “designação” de magistrado (“...o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial...”¹⁰) uma sujeição desnecessária das partes a critérios subjetivos da cúpula dos Tribunais de Justiça dos Estados, que podem macular a imparcialidade requerida na atividade jurisdicional. *In verbis*:

“O texto constitucional em análise fere de morte o princípio do juiz natural. Ele não resiste a esta simples pergunta: Como é possível, em tese, o conflito de interesses (a lide agrária) preexistir ao juiz competente, ao juiz certo, para dirimi-la? Sim, porque o texto constitucional não dá a garantia de que a designação do juiz agrário deva ser anterior ao nascimento do conflito. É certo que o dispositivo legal em debate possibilita ao Tribunal de Justiça designação prévia dos Juí-

zes. Isto, porém, é insuficiente. Primeiro, porque possibilidade não é obrigatoriedade; segundo porque pelo menos no Estado de São Paulo não houve a designação desses juízes (...); por último, porque o Tribunal que designa juízes, é óbvio, pode fazer cessar a designação.”

À luz dessa argumentação, PINOTTI propõe a alteração do texto constitucional para os seguintes termos:

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, classificadas em entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.”

Convidado pelo então Ministro da Justiça Saulo Ramos a presidir uma comissão oficial para criação de uma Justiça Agrária no país, o prof. Raimundo LARANJEIRA (1983), no início da década de noventa, apresentou um anteprojeto de lei, conhecido como “Projeto Laranjeira”, que, ao caracterizar as questões agrárias, delimitava a competência das varas agrárias previstas no art. 126 da Constituição Federal e possibilitava a sua concreta institucionalização pelos Tribunais de Justiça dos estados e Tribunais Regionais Federais.

Sem invadir a competência dos Presidentes dos Tribunais de Justiça estaduais e dos juízes dos Tribunais Regionais Federais para criar as respectivas varas agrárias, o prof. LARANJEIRA apresentou um estudo dividido em duas partes. Na primeira, fez um anteprojeto de lei que definia o que seria de competência daquelas varas estaduais e federais, conforme autorização do próprio texto constitucional (arts. 22, I, XVI e XXV; 24, V, VI, VIII, XI e XIII da CF/88). Na segunda parte do estudo, constituído de um anexo ao referido anteprojeto, enumerou algumas sugestões aos desembargadores e desembargadores federais para a organização do foro agrário em território nacional. O “projeto Laranjeira”, em breves palavras, apresentava as seguintes linhas mestras:

- conceituava o que seriam as questões agrárias de competência daquelas varas especializadas previstas no art. 126 da CF/88;

- incluiu entre as atividades agrárias todas aquelas referentes à conservação e preservação do solo;

- elencava, entre as competências agrárias, competências gerais, previdenciárias, trabalhistas, penais, tributárias;

- excluiu da competência do foro agrário estadual as causas de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, que estariam sob jurisdição das varas agrárias federais;

- delineou os princípios gerais do procedimento agrário, entre os quais a brevidade, a gratuidade e a presença do juiz no local do conflito; e

- proibia a designação de juízes e promotores proprietários de terras para funcionarem nessas varas, a fim de se assegurar a necessária imparcialidade.

Entre as sugestões elencadas pelo Prof. LARANJEIRA no anexo ao anteprojeto de lei estavam:

- a criação de câmaras ou turmas especializadas nos Tribunais de Justiça;

- a presença de perito judicial especializado em ciências agrárias;

- a exigência para os juízes de varas agrárias, como requisito mínimo de formação, a especialização em direito agrário;

- o fomento aos cursos de Direito Agrário nas faculdades de direito, pós-graduações, escolas da magistratura e ministério público.

Em que pese a competência do Prof. Ramundo Laranjeira e a qualidade do projeto proposto, ele não chegou sequer a ser apresentado ao Congresso Nacional pelo Governo Federal. Contudo, a falta de uma caracterização mais plausível do que fossem as questões agrárias não impediu que muitos tribunais estaduais já constituíssem diretamente as suas varas agrárias, aproveitando-se da permissão constitucional referida acima (art. 126 da Constituição).

No Brasil, a primeira Corte estadual a instalar uma vara dedicada a questões agrárias foi o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que, em meados de 1996, instalou a sua “vara de conflitos agrários e meio ambiente”. A Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba¹⁰ previu, em seu art. 26, inc. I, letra L, que um Juiz de Direito serviria em uma “Vara de Conflitos Agrários e do Meio Ambiente”, localizada na capital do Estado (a cidade de João Pessoa). A competência e o preenchimento dessa vara são estabelecidos pelo art. 53 da mesma lei de organização judiciária, *in verbis*:

“Art. 53. Compete ao Juiz designado para responder pela Vara de Conflitos Agrários e do Meio Ambiente, cumulativamente com as atribuições da Unidade Judiciária de que é titular, processar e julgar:

I – privativamente, com jurisdição em todo o Estado, os conflitos fundiários, com competência exclusiva para questões agrárias (CF. art. 126);

II – na Comarca da Capital, as ações referentes a assuntos ambientais, manifestados ou não interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que tenham como fim o resguardo e o controle do meio ambiente ou apuração de agressões ao mesmo.

§ 1º A Vara de que trata o *caput* deste artigo será provida por designação do Tribunal.

§ 2º Excepcionalmente, o Juiz designado na forma do parágrafo anterior poderá recusar a designação.”

Em que pese a valiosa e pioneira iniciativa do Tribunal de Justiça, não se pode deixar de notar que a expressão “cumulativamente com as atribuições da Unidade Judiciária de que é titular”, contida no *caput* do mencionado art. 53, parece não encontrar guarida na Constituição Federal brasileira, cujo art. 126 fala em juízes “com competência exclusiva para questões agrárias”. À primeira vista, esse mesmo raciocínio tam-

bém poderia servir de base para uma crítica à reunião, na mesma vara agrária paraibana, de competências agrárias e ambientais (cuja lei de criação fala em “vara de conflitos agrários e meio ambiente”). Nesse ponto, porém, foi sábia e irreparável a decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba, já que, com muita perspicácia, anteviu uma tendência que hoje caminha para um consenso no jus-agrarismo internacional: a integração entre a dimensão agrária e a dimensão ambiental, como instâncias complementares da relação Homem X Natureza¹¹.

Merece destaque o fato de que, conforme o ANUÁRIO estatístico judiciário (2001) da Paraíba, a vara agrária paraibana, no ano em referência, deteve a menor movimentação processual entre as varas judiciais da comarca de João Pessoa. Vejam-se alguns dos seus indicadores:

No âmbito da Justiça Federal brasileira, as seções judiciárias dos estados de Goiás, Paraná e Pernambuco têm, em sua organização jurisdicional, varas especializadas no julgamento de questões agrárias. Os feitos mais freqüentes que tramitam nessas varas são as ações de desapropriação movidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e as cautelares de antecipação de prova (vistoria preventiva). Devido ao baixo movimento na distribuição daquelas causas, essas varas também recebem outros feitos (comuns) mediante compensação: recebem com exclusividade os feitos agrários e ainda, por distribuição normal, todos os outros tipos de feitos.

Uma forma alternativa de prestação da jurisdição agrária adveio da dissertação de mestrado do Prof. Vítor Barbosa LENZA (1995), magistrado goiano e mestre em Di-

Movimentação Processual na Vara Agrária da Paraíba				
Tipo de ações	Em andamento	Distribuídos	Sentenças	Audiências
Ações civis públicas	33	01	17	07
Outras ações	23	12	06	01
Possessórias	35	09	40	02
Total	91	22	63	10

Fonte: ANUÁRIO estatístico judiciário (Paraíba, 2001, p. 107).

reito Agrário pela UFGO, que sugeriu a proposta de constituição dos “juizados agrários”, em que seriam resolvidas as questões agrárias limitadas a uma alçada de 40 salários mínimos e as questões penais agrárias a que a lei comine pena máxima de até dois anos de detenção e um ano de reclusão. Esses “juizados agrários”, inspirados nas “small claims” americanas, seriam orientados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, gratuidade e celeridade, visando a conciliação entre as partes, à semelhança do que ocorre nos “juizados especiais” urbanos (ou “tribunais de pequenas causas”). Do ponto de vista concreto, o magistrado chega a incentivar até mesmo a formação de um “magistrado de calças-jeans”, aquele que troca

a formalidade da toga e dos gabinetes pela possibilidade de contato freqüente, informal e direto com as partes, por incursões rotineiras ao campo em caminhonetes equipadas com máquinas de escrever.

Segundo o Prof. LENZA, apenas o rurícola, o pequeno empreiteiro rural, o pequeno possuidor e o pequeno proprietário seriam sujeitos ativos nos juizados agrários, a fim de se privilegiar o acesso dos hipossuficientes à Justiça e evitar uma sobrecarga de demandas a se decidir. Também objetivando celeridade, das decisões dos juizados agrários caberia recurso inominado para o Colegiado Recursal Agrário, integrado por três juizes de direito. Embora a formulação do Prof. LENZA seja bastante exequível, mesmo porque a proposta de constituição

dos juizados agrários é feita com riqueza de detalhes técnico-jurídicos, a sua efetivação ainda não foi levada a efeito.

A busca pela implantação de uma Justiça Agrária no Brasil continuou com a apresentação do Projeto de Emenda à Constituição nº 47, de 11 de agosto de 1995, de autoria do então Senador Romero Jucá. O projeto foi arquivado em fevereiro de 1999, nos termos dos arts. 332 e 333 do Regimento Interno do Senado Federal, que estabelecem que toda proposição que se encontrar em tramitação há duas legislaturas deverá ser arquivada. O projeto propunha a criação de Tribunais e Juizes agrários, bem como o Ministério Público Especial Agrário. O Capítulo III do Título IV da Constituição ficaria acrescido de uma nova seção, que disciplinaria a Jurisdição Agrária, nos mesmos moldes do que ocorre com as demais jurisdições especiais. Segundo a proposta, junto ao Tribunal Superior Agrário funcionaria um Conselho da Justiça Agrária, órgão administrativo responsável pela supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Agrária de primeiro e segundo grau, além do recebimento e processamento de reclamações contra tribunais e juizes agrários.

4. À guisa de conclusão

Ao tecer algumas críticas sobre a Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), o eminente civilista Caio Mário da Silva PEREIRA (apud ALVARENGA, 1985, p. 109) considerou imperativa a necessidade de constituição da jurisdição agrária especializada no país:

“Não descurando os planos assistenciais, técnicos e financeiros, omitiu, entretanto, o Estatuto um aspecto importante: a instituição de um aparelho judiciário adequado. Com efeito, não basta lançar as bases de uma nova política agrária, nem formular conceitos novos de relações humanas. Entregue à justiça ordinária o desate de controvérsias, faltarão o dinamismo indispensável a que se lhe imprima

rapidez e objetividade. De nada valeria toda uma legislação social avançada, se não houvesse o Brasil criado uma Justiça do Trabalho, que a aplicasse. Não é questão pessoal, pois que das mesmas faculdades saem os que vão integrar a justiça trabalhista. É uma decorrência da criação de critérios que modelam as mentalidades. A Comissão Agrária instituída no Estatuto da Terra (art. 42) ficou provida de atribuições simplesmente administrativas. É insuficiente. Cumpre dar nascimento a órgãos jurisdicionais especializados para que haja eficiência na aplicação do Estatuto, e particularmente, para que este se imponha sob a inspiração de sua própria filosofia.”

Concordando com o Prof. Caio Mário da Silva PEREIRA, há que se ressaltar, porém, que o problema agrário é complexo, a se interrelacionar com fatores sociológicos, econômicos e políticos, e não será resolvido com a simples instituição de uma jurisdição agrária especializada. Entretanto, é certo que a criação de foros privilegiados para a discussão da questão agrária, como as varas especializadas ou mesmo de uma Justiça Agrária propriamente dita, concretizará algumas diretrizes, indispensáveis ao desenvolvimento das relações no campo. Entre os objetivos que podem ser alcançados destacam-se (cf. ALVARENGA, 1985, p. 117): 1) estabelecer procedimentos judiciais rápidos e seguros, que afastem a descrença do trabalhador rural na Justiça, aproximando-o dos fóruns; 2) criar um profícuo corpo de doutrina e jurisprudência acerca das lides agrárias; 3) promover e divulgar o interesse e o estudo pelo Direito agrário; 4) ampliar a capacitação dos magistrados, membros do *parquet* e advogados em assuntos agrários; 5) salientar o conteúdo jurídico da reforma agrária, afastando-a de ideologismos contraproducentes; 6) auxiliar o Estado na tarefa de transformação das estruturas agrárias; e 7) proteger os recursos naturais, favorecendo uma agricultura sustentável.

Improdutivas maiores argumentações acerca da necessidade da especialização jurisdicional, resta ainda uma questão: qual seria a via que melhor atenderia os reclamos distributivos de Justiça – a que propugna tão-só pelas varas agrárias ou a que opta pelos juízes e tribunais agrários? Numa época em que os conceitos da administração gerencial procuram a eficiência estatal com o simultâneo *downsizing* da máquina pública, a melhor opção a seguir é a constituição de varas agrárias (na Justiça Federal e Comum) e juizados especiais de pequenas causas agrárias, em lugar de juízes e tribunais agrários, devido à onerosidade do procedimento e ao baixo número de feitos atualmente propostos. Em tempos de Estado mínimo, em que se busca o enxugamento dos custos estatais, seria um retrocesso a construção de todo um novo edifício judiciário para a Justiça Agrária brasileira. A simples instituição das varas agrárias, com amplas competências agro-ambientais, como já propugna o texto constitucional brasileiro, com a ressalva quanto à designação do magistrado, é suficiente para iniciar-se com efetividade o atendimento às demandas de justiça no setor rural.

Notas

¹ No *website* da Comissão da Pastoral da Terra (www.cptnac.com.br/conflitos/index.htm), encontra-se uma tabela com o resumo de todas as ocorrências, ano a ano, desde 1990.

² A rigor, sendo a jurisdição um reflexo do poder soberano – uno e indivisível – do Estado, não comporta ela divisões ou especializações (princípio da unidade da jurisdição). Por razões didático-metodológicas, entretanto, a doutrina jurídica admite algumas classificações, entre as quais aquela que toma como critério distintivo o objeto tutelado. Daí ser autorizado falar-se em jurisdição civil, agrária ou penal.

³ No imaginário queirosiano de *O primo basílio*, o Conselheiro Acácio veio a transformar-se numa das personagens que retornaram para o mundo real. Pensando decerto neste burocrata para quem as “curiosidades” do Alentejo eram “de primeira ordem”, Eça de Queirós referiu-se várias vezes a ele,

quando quis aludir à solenidade oca e às obviedades que marcavam a sociedade portuguesa de então. Era o lugar-comum em pessoa. Longe estava Eça de saber que a língua portuguesa havia de cunhar o adjetivo “acaciano”, precisamente derivado do nome da criatura que por ele nos foi legada.

⁴ Os tribunais agrários franceses (*Tribunaux paritaires des baux ruraux*) têm sua estrutura, competência e questões procedimentais regulamentadas num Código Rural. Para maiores detalhes, veja-se GONY (2002?).

⁵ No sistema judicial britânico, há diferença no emprego dos termos *court* e *tribunal*. Este último consiste num grupo de profissionais (no caso do *Lands Tribunal*, um juiz e advogados e/ou procuradores especialistas na área) que exercem atividades judicantes em matérias específicas. Há, por exemplo, o *VAT Tribunal*, especializado em lides concernentes ao Imposto sobre Valor Agregado (*value added tax*). Mais informações sobre o sistema jurisdicional anglo-saxão podem ser obtidas em www.courtservice.gov.uk/index.htm.

⁶ É de se registrar que, nas eleições presidenciais de 1º de março de 1910, Rui Barbosa saiu derrotado, desta feita pelo Marechal Hermes da Fonseca.

⁷ “O termo conflito, na linguagem jurídica, presta-se para indicar embate, oposição, encontro, demanda (...). Conflito agrário é o entrelaço de interesses em torno da propriedade rural” (COUTO, 1991, p. 87).

⁸ Entrância especial, ou entrância da capital, é um sinônimo para comarca de terceira entrância.

⁹ “Todo e qualquer ato ou negócio jurídico, onde se ressaltasse direito e obrigações agrárias. As relações típicas e diversificadas, entre um ou mais sujeitos e as coisas, fatos, serviços ou bens agrários; e entre os sujeitos e/ou coisas e o poder público” (COUTO, 1991, p. 83).

¹⁰ Lei Complementar nº 25, de 27 de junho de 1996, com as alterações dadas pelas Leis Complementares nº 33, de 12 de junho de 1998; 35, de 19 de outubro de 1999; 37, de 16 de janeiro de 2001; e 38, de 14 de março de 2002.

¹¹ Quanto a esse ponto, o artigo de ULATE CHACÓN (2001) é bastante enfático e esclarecedor.

Bibliografia

ANUÁRIO estatístico judiciário. Paraíba: [s. n.], 2001.

ALVARENGA, Octávio Mello. Justiça agrária no Brasil. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 39, n. 166, p. 108-118, out. 85.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação*. Brasília: Senado Federal, 1999. Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa.

BOLLA, Giangastone. *Aspectos e problemas científicos e didáticos do direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 1).

BORGES, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*. Belém: CEJUP, 1991.

_____. A reforma processual agrária brasileira. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Temas de derecho procesal: memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COUTO, José Pedro do. Estruturação do juízo agrário estadual, segundo exegese do Art. 126 da Carta Política. *Julgados da Justiça de Rondônia*, Rondônia, v. 7, n. 8, p. 73-111, dez. 1992. Porto Velho: Tribunal de Justiça de Rondônia, 1991.

FERREIRA, Valéria Aroeira B.D.; JESUS, A. Marcos da S. de. A justiça agrária na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Fundamentos y características del proceso agrario. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Temas de derecho procesal: memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

GONI, Philippe. *A quoi sert la jurisdiction des baux ruraux?* Disponível em: <<http://www.vitisphere.com/dossier.php?eco=&io=49133>>. Acesso em: [2002?].

FRASSOLDATI, Carlo. *Perspectivas do novo direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 6).

KROESCHELL, Karl. *O direito agrário na sociedade industrial*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 5).

_____. *Ordenamento fundiário na sociedade moderna*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 4).

LARANJEIRA, Raimundo. A instituição da justiça agrária no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, Goiás, v. 17, p. 15-30, 1983.

LENZA, Vítor Barbosa. *Juizados agrários*. Goiânia: AB, 1995.

LEVI, Augusto J. *A nova fase do direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 7).

MEDEIROS, Josué Deininger Duarte; GUIMARÃES, Celso Araújo. Da desnecessidade de criação de uma justiça agrária especializada. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Paraná, a. XI, n. 44, p. 57-66, out./dez. 1986.

MORAES, Sônia Helena Novaes G. O "Projeto Laranjeira" para criação de uma justiça agrária. *Reforma Agrária: Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária*, [S.l.] a. 19, n. 3, p. 86-94, dez. 1989/ mar. 1990.

PINOTTI, Antônio Jurandir. *Proposta de alteração do art. 126 da Constituição Federal*. Decisão: Revista da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS), [S.l.], a. VIII, n. 9, p. 47-50, ago. 1993.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Osvaldo de Alencar. O direito encontrado na luta. *Direito insurgente: o direito dos oprimidos*. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular/FASE. 1990. (Coleção Seminários).

ULATE CHACÓN, Enrique. La nueva competencia agroambiental de los Tribunales Agrarios: a propósito de la función ambiental de los Institutos del Derecho Agrário. *Rivista di Diritto Agrário*, [S.l.], a. LXXX, fasc. I, p. 101-122, jan./mar. 2001.

O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado¹

Leandro Novais e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. O que se denominou chamar de globalização: a visão de Rubens Ricupero. 3. O “novo” modelo de Estado: as origens do discurso liberalizante. 4. A forma de atuação das empresas transnacionais: poder paralelo ao Estado? 5. É o fim do *Welfare State*? 6. Conclusão: a opção por um Estado forte: Estado indutor, normativo e regulador – uma nova estatalidade (Republicização do Estado).

1. Introdução

Este trabalho tem como linha mestra o livro de Gilberto DUPAS, *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*, em especial seu capítulo quarto, ponto em que o autor se debruça sobre a urgente demanda por um novo Estado.

Articula-se, ademais, com leituras atuais de ensaístas e economistas que estão a se debruçar sobre a temática proposta, cada um com seu enfoque próprio, como, por exemplo, Joseph STIGLITZ (*A globalização e seus malefícios*), Amartya SEN (*Desenvolvimento como liberdade*) e Rubens RICUPERO (*O Brasil e o dilema da globalização*).

Perpassa, ainda, a compreensão do programa de privatização instaurado no Brasil, de forma mais organizada a partir da Lei nº 8.031/90 (Programa Nacional de Desestatização), que foi resultado da insurgência de um modelo de Estado “consensual” de retomada liberal. E desse ponto discute a

Leandro Novais e Silva é Procurador do Banco Central do Brasil e Mestrando em Direito Econômico pela UFMG.

instabilidade do modelo proposto e a necessidade e a reivindicação crescente por um Estado forte, retomando a idéia de um Estado atuante e regulador.

Nesse ponto, é significativo salientar, co-ordena-se bem a parte de ensaio do estudo com o arcabouço teórico do Direito Econômico, suas definições e categorias, em especial no que se relaciona com as normas jurídicas – efeito de juridicização do estrato econômico –, que se releva pela política econômica adotada, com o nítido viés ideológico. Um novo modelo de Estado só surge, e depois é questionado por sua instabilidade, por ser resultado de um conjunto de idéias, sobretudo econômicas (nos dias de hoje), mas também políticas e culturais, que se formam com relativo consenso e constituem uma ideologia².

Assim, definido o escopo geral do artigo, ver-se-á que o tópico 2 se propõe a discutir aquilo que se convencionou chamar de globalização³, termo já enormemente citado, de inúmeras significações, que se encontra desgastado, com significativa carga pejorativa, mas que, ainda assim, é o que melhor reflete o processo transformador da economia por que passam os países centrais e periféricos – na expressão de Gilberto DUPAS (1999). É um processo que continua ou até se aprofunda, daí por que indispensável retomar rapidamente suas características, seus efeitos benéficos e seus prejuízos, de forma a contextualizar adequadamente o fenômeno, abrindo-se a oportunidade para a compreensão das raízes do modelo liberalizante de Estado. Esse item baseia-se no trabalho de Rubens RICUPERO (2001).

No item 3, debate-se as origens do discurso liberalizante, é dizer, a forma de definição e de atuação de um Estado liberal ou neoliberal (o Estado como veículo das concepções liberais que se formaram), construído entre os anos 80 e 90, de inspiração nitidamente americana e inglesa, decorrente dos governos de Ronald Reagan nos Estados Unidos e Margareth Thatcher na Inglaterra. É significativo aqui dizer algumas palavras

sobre o “Consenso de Washington”, concepção uniformizadora prevalecente de economistas americanos que serviu de orientação, e por vezes até de imposição, por meio dos choques econômicos do Fundo Monetário Internacional – FMI, para readequação das economias dos países periféricos (em desenvolvimento ou emergentes). Será hora também, nesse item, de realizar as primeiras objeções ao modelo sugerido e algumas vezes imposto, surgimento da instabilidade da qual nos fala o título do trabalho.

O item 4 cuida de um dos efeitos mais importantes do processo globalizatório, qual seja, a concepção atual da empresa multinacional, codificada nos anos 90 de empresa transnacional, sua nova forma de atuação, em especial no que diz respeito à fragmentação da produção e à flexibilização dos direitos trabalhistas. A empresa transnacional é ao mesmo tempo causa e efeito do processo de globalização. Para que a produção se espalhe, fragmente-se e ganhe escala (processo que será explicado adiante), é indispensável uma redefinição econômica dos países periféricos, de liberalização econômica, abertura dos mercados e privatização maciça, razão pela qual a empresa transnacional é também fomentadora do processo globalizatório, associada às idéias de Washington. De toda forma, sofre também os efeitos da implementação desse discurso, adaptando-se às variações e realidades econômicas de cada país que a recebe. Por fim, caberá a pergunta nesse item, sobre o poder constituído por essas empresas, se ele é suficiente a rivalizar com o poder estatal. E quais os efeitos dessa eventual constatação em face do funcionamento natural do Estado, da perda de poder de ingerência, controle, regulação e indução da atividade econômica. Seria a derrocada da estatalidade?

O tópico seguinte tem o propósito de responder à indagação feita no parágrafo anterior. Compreender se houve ou não uma verdadeira redução do Estado do bem-estar social. Como o Estado pôde responder à in-

grências do processo globalizatório de liberalidade extrema, como funcionou e continua funcionando a rede de proteção social e de gastos sociais, e como isso se articula com o econômico.

Por fim, cumprirá sua finalidade este succincto estudo, em sua parte conclusiva, ao demonstrar que a opção atual dos Estados, alguns centrais e a base da economia periférica, é a alternativa do Estado atuante, ainda que de viés mais liberal e privatizado. É dizer, o processo de integração econômica é irreversível, pelo que se coloca na engrenagem dos mercados na atualidade, mas é indispensável uma postura ativa do Estado, em especial no exemplo do Estado brasileiro, tanto no que diz respeito à sua vocação social, de garantias sociais, ainda que redefinida por novos mecanismos, como também no aspecto de regulação da atividade econômica, no que importa às falhas do mercado. Nesse último ponto, um Estado ativo e condutor inteligente da estrutura econômica, sem ser “pesado”, “totalitário” ou “máximo”, pode conduzir o mercado, ao lado da sua vocação primeira, a obtenção de lucro (hoje, maximizada), a cumprir também a função social preconizada pela Constituição Federal. O enquadramento de toda a temática no âmbito teórico do Direito Econômico dar-se-á, portanto, no desenlace desse item.

2. O que se denominou chamar de globalização: a visão de Rubens RICUPERO (2001)

Tal como já exposto no tópico introdutório, o termo globalização vem carregado de profundo desgaste, com ranço ideológico e teor pejorativo, o que acaba promovendo uma idéia preconcebida do que seja o processo integratório.

Dessa forma, é salutar expor o pensamento original do ex-ministro da Fazenda e atual secretário da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), Rubens RICUPERO, sobre o

que se pode compreender do fenômeno globalizatório.

Sustenta RICUPERO que o processo de integração econômica, hoje traduzido pela globalização, tem início em período muito anterior, e não é processo recente, da segunda metade do século XX, tal como dispôs a definição do dicionário Aurélio (nota 2). É claro que a terminologia era diversa, e o processo integratório tinha outra velocidade e escopo, mas assevera RICUPERO que a integração econômica pode ser visualizada já com as grandes navegações, deslocando o entendimento do fenômeno para o final do século XV e começo do século XVI.

Nesse sentido, pode-se ver que a “descoberta” de novos “mundos” fazia já parte de uma estrutura econômica de integração, em que a anexação de novas terras e dos produtos e das riquezas que dali se podiam extrair resultava no acréscimo econômico dos países centrais ou, em expressão histórica, das metrópoles. Era o processo integratório marcado pelas idéias econômicas do mercantilismo.

É interessante notar, na interpretação de RICUPERO (p. 13), quanto a esse processo remoto de integração, não se pode falar propriamente em uma escolha dos países de inserção ou não no processo, entre os quais Brasil, Argentina, México (países hoje emergentes) e também Estados Unidos e Austrália (países centrais do capitalismo). Era um processo inexorável de integração, parte da ordem mercantilista e do sistema de monopólio de comércio e navegação. A pergunta que se deve fazer, inclusive para diferenciá-los, é como se deu a integração econômica desses países e as opções de integração atual.

Fica nítido que, na primeira parte da pergunta, a resposta passa pelos modelos de integração, questão de longe já abordada pela historiografia, nos nomes de Caio Prado Júnior e Fernando Novais, de forma a constatar o estágio de desenvolvimento dos países citados hoje em dia. Assim, no primeiro grupo (Brasil e México), a integração ocorreu basicamente como implantação das

“colônias de exploração”, enquanto, no segundo grupo (norte do Estados Unidos, Canadá, Austrália), a integração baseou-se em “colônias de povoamento”. Esse processo de inserção, sem que aqui se adentre nas formas de organização econômica das colônias, como o *plantation system*, questão que ultrapassa o âmbito deste estudo, resultou em países de pleno desenvolvimento ou em vias de desenvolvimento, como se sabe.

Ademais, ainda segundo RICUPERO (p. 19), baseando-se nos processos integracionistas desde a navegação, as variedades de inserção virtuosas são superiores na capacidade de produzir desenvolvimento econômico sustentado. Ou seja, quando se compara as nações que objetaram a se integrar – as que tinham essa escolha – com as que se inseriram, mas com a organização econômica voltada para o povoamento, é significativo o desenvolvimento econômico mais pleno do segundo grupo, inclusive no que diz respeito às liberdades políticas, com sociedades mais igualitárias e coesas, com menor índice de disparidades, aspecto muito estudado por Amartya SEN (2000), que será aludido em tópico posterior.

Assim RICUPERO (p. 20) estabelece um contraste entre um modelo e outro de inserção:

“Como se baseiam na incorporação constante de tecnologia, estiveram necessariamente associadas a esforço de aprimoramento da educação e de promoção da cultura. Em tais modelos, os componentes de eficiência econômica, distribuição dos benefícios da prosperidade, elevação do nível da educação e da cultura, participação na vida democrática, formam as peças interdependentes de um sistema em que cada um desses aspectos tende a reforçar os outros.

Em contraste, a inserção perversa, além de perpetuar o atraso econômico, destila toda uma coleção de venenos sociais: concentração de riqueza e da renda, exclusão e marginalida-

de, instabilidade política, retardamento educacional, frustração das possibilidades de desenvolvimento cultural. A maneira pela qual se efetivará a inserção é, por conseguinte, o fator decisivo na determinação não apenas do êxito econômico, mas de muitos atributos que farão de qualquer formação social uma experiência mais ou menos satisfatória de construção humana”.

Realizando um brutal corte cronológico, de forma a atender os objetivos deste estudo, ver-se-á que o processo de globalização pelo qual se debate extensivamente nos dias atuais repete idéias integracionistas antigas, já exemplificadas no texto, mas com novos caracteres, quais sejam, uma velocidade de integração sem precedentes e uma aproximação, uma redução substancial da distância entre os países também inédita na história.

Esses novos caracteres, naquilo que dá contornos originais ao processo de globalização, contam com dois aspectos de enorme contribuição: as novas tecnologias de comunicação e de processamento de dados, resultantes da transformação da microeletrônica. O processo de integração tem nova velocidade. Essa sim é a novidade do que se convencionou chamar de “globalização”.

A troca de informações, de dados é instantânea. O capital circula com maior velocidade, aportando em portos nos quais se promete maior rentabilidade. Daí o surgimento em escala gigantesca, nunca antes sentida na história, do capital puramente especulativo, que viaja rapidamente, de forma fluida e fugaz, vendendo ilusão de sustentabilidade econômica. Por outras razões, mas essencialmente pelo que se registrou acima, a década de 90 e o início do século XXI vivenciaram a crise mexicana de 94/95, a crise asiática de 97, a crise russa de 1998 e a crise Argentina, que começou entre 2000/2001, baseada na paridade insustentável do peso/dólar, e que até hoje não terminou.

De qualquer forma, o processo de integração, de velocidade mais aguda, tal como desenhado acima, não resulta tão-só em efeitos perversos. É significativo que uma inserção econômica bem conduzida, mesmo em tempos atuais, acarreta melhores produtos, maior qualidade, maior concorrência entre as empresas, maior eficácia produtiva e alocativa, saltos educacionais e, evidentemente, com boa regulação estatal, incremento da eficiência distributiva, é dizer, o crescimento econômico é mais bem distribuído, alargando a base de beneficiários.

O que se deve responder, e é o que se tentará fazer ao final do artigo, é qual é o modelo de Estado que melhor atende aos anseios de uma inserção global eficiente, que possa aproveitar as benesses do processo inédito de integração, almejando reduzir os riscos dos abalos econômicos que a globalização também acarreta.

Nesse aspecto, há inúmeros mitos do processo de globalização, alguns dos quais serão abordados nos itens posteriores, dos quais é preciso se desvencilhar. Antes, no que toca à parte conceitual do estudo, é indispensável estabelecer algumas observações sobre o modelo de Estado que surgiu paralelamente à face mais nefasta da globalização, de uma liberalidade irresponsável. É o tópico seguinte.

3. O “novo” modelo de Estado: as origens do discurso liberalizante

É significativo que a formação de um novo corpo ideológico, traduzido em parte no processo de globalização, redundava necessariamente em uma nova estrutura de Estado. É a origem do discurso liberalizante, enquadrado na idéia do *Estado mínimo*.

Segundo DUPAS (1999, p. 94), a formação desse novo Estado teve origem na década de 70, quando os choques do petróleo abalaram as estruturas do capitalismo e a ideologia predominante na época: o “keynesianismo democrático”. O keynesianismo predominava como idéia de atuação do Es-

tado, vale dizer, de intervenção direta do Estado no domínio econômico de forma a harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia, desde 1930, com o *crash* americano, e, em especial, desde os anos 40, com a recuperação européia após a segunda grande guerra.

Como a partir dos anos 70 as taxas de crescimento mundial decaíram assustadoramente, sinalizando uma interdependência econômica mundial, característica própria dos nossos dias, tornou-se freqüente o discurso de inoperância do Estado como principal ator econômico e gerente da economia. É o ressurgimento do mercado. No dizer de DUPAS (p. 95), “o mercado tendeu a ser reabilitado como instância reguladora por excelência das relações econômicas e sociais no capitalismo contemporâneo. A ele caberia determinar, inclusive, o tipo e a quantidade de investimento na economia, decisão privada com profundos impactos públicos”.

Essa é a idéia cristalizada nas iniciativas americana e inglesa a partir dos anos 80. Ou seja, a suposta irresponsabilidade do Estado no gasto do dinheiro público, sua incapacidade de investimento e administração da economia, a gerência ruínosa das políticas de *welfare*,⁴ segundo os mais críticos, impulsionaram decisivamente as idéias liberais.

No que diz respeito às políticas sociais, DUPAS (p. 96) traz as observações de um autor, DRUCKER, que destacava o grande fiasco de dois programas americanos pós-guerra: o programa de moradia para as pessoas de baixa renda e as políticas de *welfare*. Seguindo, nesse ponto, decididamente as idéias dos economistas de Chicago, com o seu “infalível” balanço econômico, os críticos do Estado atacavam veementemente as políticas públicas que encorajavam a dependência. O autor citado por Gilberto DUPAS afirmava que “os pobres na América, e especialmente os negros pobres, tornaram-se mais pobres, mais desamparados, mais des-

favorecidos, quanto mais recursos do *welfare* foram gastos para ajudá-los. O *welfare* americano encoraja a dependência. Paralisa mais do que energiza”.

Vale aqui adiantar uma das críticas ao discurso excessivamente liberalizante proposto pela Escola de Chicago. É salutar o redescobrimto do mercado, das iniciativas privadas e dos métodos propostos pela Escola para a análise da eficiência de uma estrutura econômica, almejando apartar dessa investigação qualquer caráter decididamente ideológico, embora ele certamente exista. A ênfase no balanço econômico (benefícios/prejuízos), nas técnicas econométricas e matemáticas, na eficiência alocativa e, sobretudo, produtiva, na maximização de riqueza, são instrumentos e valores importantes para um retrato econômico específico. No entanto, tais valores não são absolutos. As políticas públicas não podem nem devem ser tratadas como simples operações matemáticas. O instrumental pode ser útil para incrementar a eficiência do gasto público, por exemplo. Mas certamente há outros valores a sopesar, de eficiência distributiva e justiça social, que a Escola de Chicago não leva em conta, e que são significativos e participam da orientação das políticas públicas. É assunto a ser retomado quando se chegar ao debate do suposto fim do *Welfare State* (item 5). Voltemos agora às idéias mestras deste tópico.

Pois bem, fundado nas críticas salientadas acima, e também, não se pode esquecer, no fracasso da utopia socialista, até pelo caráter simbólico que isso representa, forjou-se o discurso liberal, pegando carona no processo globalizante. A associação do ideal liberal levado ao seu extremo com a globalização recheada de choques econômicos desencadeou efeitos perversos e desastrosos.

O que não se pode confundir, só para deixar esta observação, é que o que se fez dos ideais liberais, em especial na década de 90, distancia-se muito da doutrina liberal clássica e moderna, tão bem representada por José Guilherme MERQUIOR (1991)

em sua obra *O Liberalismo: antigo e moderno*. O verdadeiro liberal, termo também sensivelmente distorcido, em âmbito filosófico, embora se oriente para a prevalência das individualidades em face do coletivo, da autonomia privada em face dos controles estatais e, em especial, em âmbito econômico, se oriente pela opção do mercado em face da gerência estatal, certamente combateria o uso pervertido e “desregulado” dos supostos ideais liberais, sem uma eventual condução estatal do processo econômico. Adam SMITH, o liberal mais tradicional e clássico, citado por MERQUIOR, numa interpretação autêntica e imparcial que se faça de seus escritos hoje, certamente estaria longe de aprovar a mecânica econômica contemporânea que se convencionou chamar “neoliberalismo”.

E o que se propugnou para o Estado decorrente das idéias “liberais” associadas com a globalização? O consenso “liberal” foi aquele estabelecido e convencionado como “Consenso de Washington”, baseado em três pilares: extremo rigor fiscal (responsabilidade fiscal), maciça privatização e acelerada abertura econômica. Isso, no dizer negativo de Joseph STIGLITZ (2002), ex-chefe do Conselho de Consultores Econômicos do governo do Presidente Bill Clinton, ex-economista-chefe do Banco Mundial e ganhador do prêmio Nobel de economia de 2001, sem qualquer gradação e sem qualquer adaptação às condições e variáveis dos países coadjuvantes do processo econômico global.

Uma das razões para a desastrosa combinação “neoliberalismo”/globalização, justificando em parte as cunhagens pejorativas que os termos carregam, é o papel decisivo desempenhado pela nova forma de atuação das empresas transnacionais, cujas características serão abordadas no item seguinte. Ora, dado o maior apelo da internacionalização econômica e da transnacionalização das empresas, era indispensável aos grupos empresariais que fomentassem as idéias de abertura econômica agressiva e

de crescente privatização, estabelecendo porto seguro para o enclave e o crescimento econômico.

O que se viu e o que se vê, no entanto, não é um crescimento econômico gradual e sustentável, mas sim surtos de crescimento econômico, rápidos e fugazes, insuficientes para a formação de uma estrutura econômica confiável nos países periféricos. E quando o surto se estabelece de forma um pouco mais durável, o capital especulativo e “virtual”, a ganância dos grupos empresariais, a “desregulação” econômica da abertura desenfreada, as recomendações intransigentes do FMI e os erros de política econômica dos próprios países emergentes redundam em crises planetárias.

Cumpre-se, assim, antes de se adentrar na parte mais crítica do estudo (itens 5 e 6), dando-se ênfase, por exemplo, à investigação de como se operou um dos pilares liberais no âmbito do Estado brasileiro, é dizer, o programa de privatização, apresentar alguns aspectos de como a atuação das empresas transnacionais foi desencadeadora do discurso liberalizante, além de responder sucintamente a pergunta: constituem as empresas transnacionais um contraponto ao poder estatal?

4. A forma de atuação das empresas transnacionais: poder paralelo ao Estado?

Qual é a resposta para o engajamento acentuado das empresas transnacionais no projeto global e liberal? A questão começa a ser respondida numa definição mais exata da terminologia “empresas transnacionais”, de forma a diferenciá-la das “empresas multinacionais”.

Sustenta Gilberto DUPAS (1999, p. 82) que a forma de organização das empresas modificou-se substancialmente dos anos 60 e 70 para os anos 90, dando origem ao termo transnacionalidade em contraponto à multinacionalidade. Enquanto na esfera das empresas multinacionais ocorria um verda-

deiro transplante da estrutura administrativa e produtiva da empresa-sede para o país de recepção, com a repetição do modelo de gerenciamento da origem, ápice da concepção *fordista* de produção, nas empresas transnacionais houve, por completo, uma desvinculação do centro gerencial da empresa, presente ainda no país de origem, para o centro produtivo, totalmente espalhado pelo globo, dando origem ao que se convencionou chamar de *toyotismo* ou *pós-fordismo* (uma significativa mudança nos modelos de produção).

Cristaliza-se, então, o que se pode chamar de fragmentação da produção, aproveitando-se as empresas daquilo que em economia se denomina vantagens comparativas⁵, aportando-se cada núcleo produtor em determinado país que melhor lhe garanta uma produção eficiente com menor custo. Daí o processo de fragmentação ou *desterritorialização* da estrutura produtiva⁶, aproveitando-se o que cada país tem de mais eficiente, com baixo custo (mão-de-obra barata, matéria-prima, conhecimento técnico, logística de produção, mercado consumidor, etc.) para descentralizar a produção, de maneira que a empresa torna-se transnacional e o produto também.

É significativo que, por exemplo, grandes corporações como a NIKE possuam o seu corpo diretivo, de *marketing* e de *design* sediados nos Estados Unidos, mas que representam tão-só 10% de seus funcionários, e o restante da mão-de-obra – que vem a ser a área de produção da empresa –, ou seja, 90% dos trabalhadores, esteja espalhado pelos países asiáticos, sobretudo a China.

Mas o que é ainda mais significativo, tradução de outra revolução das empresas transnacionais em face das empresas multinacionais, é a mutação nos contratos de trabalho. Os 90% da área produtiva da NIKE são trabalhadores quase todos subcontratados, é dizer, impera a regra da mão-de-obra mais barata, razão da emergência de subcontratos, da terceirização, da flexibilização das leis trabalhistas.

A prevalência da regra da mão-de-obra mais econômica dá-se em razão da maximização de lucros e da propalada eficiência produtiva. Nesse passo, grandes corporações, mesmo em artigos sofisticados e refinados, como é o setor da microeletrônica, desvendam novos países com técnicos capazes, com conhecimento especializado, mas de custo muito inferior ao do que se pagaria nos países centrais. Não satisfeitas, as empresas fragmentam ainda mais a produção. Se a placa de um microcomputador vem da Coreia ou de Taiwan, que é a parte mais elaborada do produto, o acabamento pode vir de Cingapura ou da Malásia. Tudo depende do custo e da vantagem comparativa de se levar para aquele país tal segmento da produção.

DUPAS (1999, p. 49) dá o nome dessa nova configuração da produção e da distribuição global, que não é nem muito harmônico nem muito definido, de empresas-rede ou *networks* globais. Vê-se quão diferente é o processo atual em contraste com a estrutura de produção das empresas multinacionais. E daí, em continuação à resposta formulada na abertura deste item, para que as empresas transnacionais implementassem com sucesso esse novo esquadro produtivo, era indispensável, e ainda o é, uma aceleração do processo de abertura econômica, de privatização, do mínimo de estabilidade econômica para efetivação de planejamentos de médio e longo prazos, abrindo as portas e tornando eficaz a idéia das vantagens comparativas e da produção global.

O que, em um primeiro momento, poderia se descortinar benéfico para os países periféricos, não cumpriu em toda a sua amplitude a promessa de proveitos globais. É até significativo que a recepção das empresas transnacionais pelos países periféricos em maior estágio de desenvolvimento como Brasil, México e os tigres asiáticos tenha efeitos salutares na economia interna (investimentos diretos, melhora da produção em quantidade, maior competição, mais emprego). Todavia, o projeto das empresas trans-

nacionais, quando associado à forma mais agressiva da globalização, tem contabilizado um resultado desastroso e perverso.

Assim, naquilo que se refere à atual transformação das relações trabalhistas, permita-me uma divagação: é significativo que o trabalho essencialmente terceirizado, invariavelmente flexível é, na verdade, um “subtrabalho”, com evidente perda de direitos e garantias. Avaliar-se, eventualmente, uma forma de redefinição das garantias trabalhistas, sem aqui cair numa retórica lingüística, pode até ser viável como forma de fortalecimento e alargamento do nível de emprego (diminuição do mercado informal). No entanto, uma “flexibilização” extremada, nos moldes do que pregam as empresas transnacionais, é de todo nefasta para a economia interna dos países periféricos e a realidade brasileira, em especial, desconstituindo a rede de proteção social. Seria aqui leviano pensar tão-só em um suposto balanço econômico, de caráter estritamente matemático, que uma flexibilização agressiva das relações trabalhistas leve automaticamente à manutenção dos empregos atuais e a uma diminuição do mercado informal. Pergunta-se: que preço teríamos que pagar para tal mudança? Parece-me muito alto. É mais significativo, mesmo ante a fragilidade atual do movimento sindical, assunto que extrapola os limites deste estudo, que as modificações trabalhistas sejam pontuais e inteligentes, até como uma redefinição, no caso brasileiro, da consolidação trabalhista, de forma a atualizá-la e agilizá-la, mas nunca um processo descontrolado de extirpação de direitos. O que é preciso é um mercado “formal” inteligente, ágil e em crescimento, garantindo-se o poder de compra dos trabalhadores e, portanto, a liberdade econômica e a inclusão social.

Nesse aspecto, do papel nefasto do projeto das empresas transnacionais no que diz respeito às relações trabalhistas, é ilustrativo citar o exemplo chinês. O mercado emergente asiático sofreu, segundo Gilberto

DUPAS (1999), uma transformação da seguinte ordem: o primeiro país a se associar a um programa econômico de interdependência internacional foi o Japão, em projeto que se iniciou após a segunda guerra (reconstrução do país). À medida que os custos locais encareciam, com a extrema qualificação da mão-de-obra, outros países periféricos (em desenvolvimento) foram incorporados ao processo produtivo global, cada vez mais transnacional. Daí o surgimento dos tigres asiáticos, com Coréia, Malásia, Taiwan e Hong Kong. Depois foram incorporados Indonésia, Tailândia. E agora é a vez da China. Ocorre que esse processo de mudança dos locais de produção, tendo em vista as vantagens comparativas, pode e deve se esgotar, tal o limite em se encontrar novos portos seguros de mão-de-obra barata. Por isso a China é a vedete atual, na concentração de investimentos externos. Mas a que custo? Embora os jornais e revistas especializados salientem o acelerado crescimento chinês, os mais críticos e incisivos observadores, como Robert KURZ (2003), sociólogo e ensaísta alemão, em artigo para a *Folha de S. Paulo*, destacam que o crescimento chinês só é assombroso porque parte de quase nada, ou seja, quando se parte da estaca zero, qualquer crescimento tem uma representação matemática importante. Além disso, tal propalado desempenho associa-se sem qualquer retoque ao projeto transnacional, de custos baixos, com mão-de-obra pouco qualificada e sem garantias sociais, além da convivência com um Estado totalitário, de regime arcaico, sem qualquer liberdade política, projeto combatido enfaticamente por Amartya SEN (2000), em seu original trabalho. Esse não pode ser o modelo de Estado perseguido por este estudo.

Ao par dessa discussão mais elaborada das relações trabalhistas, é visível que o projeto das empresas transnacionais, com o globalismo “neoliberal”, resulta em outros efeitos perversos, especialmente quando não há regulação: remessa descontrolada “legal” ou ilegal de lucros para as empresas-mãe;

desastres ecológicos de grande magnitude, quando o grupo transnacional se escamoteia na empresa local terceirizada; ruptura abrupta de investimentos, associada aqui ao capital especulativo, com desorganização econômica interna. Isso sem dizer do globalismo de fachada, com as injustas barreiras alfandegárias e de ordem sanitária, dos perversos subsídios agrícolas⁷, além das implícitas imposições tributárias e administrativas, que levam a pensar na qualidade do investimento externo⁸.

Vale registrar esta passagem de Floriano MARQUES NETO (2002, p. 112), dado o poder de síntese do autor, em referência ao que se vem tratando neste ponto:

“Este arcabouço nos traz para a ‘expansão de um Direito paralelo ao dos Estado, de natureza mercatória’. Tal *lex mercatória* tem lugar não só no âmbito dos organismos internacionais, mas na própria relação entre as corporações empresariais privadas. Nesse contexto perde força o padrão normativo ditado pela imperatividade e impositividade típicas do Direito Positivo e seus mecanismos de controle coercitivos, os quais dão lugar a mecanismos de *soft law*, a vinculação de natureza obrigacional, a legislações produzidas no âmbito de organismos multilaterais e vinculantes dos atores econômicos, muito mais pela sua adequação ao jogo internacionalizado de mercado do que pelo receio das eventuais sanções advindas do seu descumprimento”.

Respondendo, assim, ao segundo questionamento do tópico, é afirmativa a existência de um poder paralelo das empresas transnacionais, de retumbante força. É abalada a idéia de estatalidade arraigada? Certamente. A concepção de Estado Nacional soberano realmente está a se dismantlar em seus pressupostos teóricos (perda de soberania estatal, fragmentação extrema do poder decisório e amplitude das reivindicações econômico-sociais e dos seus atores.

Quase a insurgência de um novo “pacto” ou contrato social). De qualquer forma, e é o que se propõe a defender neste estudo, algum nível mínimo de estatalidade ou de reformada estatalidade deve permanecer. É indispensável que isso aconteça. Daí que o confronto é sofisticado, delicado e sensível. No entanto, repita-se, é imprescindível que se encontre alternativas de reserva de força estatal, ainda que de forma redefinida, vez que os efeitos perversos da internacionalização econômica, tal como ela se processa atualmente, são abundantes.

Vê-se quão grande é o questionamento que deve ser feito para a adequada inserção econômica de determinado país no processo global, almejando reduzir os “custos de transação”, para usar uma expressão econômica. Aqui começa a ser redescoberto um modelo de “Estado” mais atuante. Nesse ponto, é indispensável passar-se ao item seguinte, para uma abordagem das consequências desse panorama econômico que aqui vem se retratando para a concepção do Estado do bem-estar social.

5. *É o fim do Welfare State?*

Muito embora possa parecer inexorável o desmantelamento do Estado do bem-estar social, tendo em vista as inegáveis forças militantes da extrema liberalidade e do Estado mínimo, também no que toca à rede de proteção social, e não só quanto à privatização do Estado empresário e à infra-estrutura de serviços públicos, Gilberto DUPAS (1999, p. 89) nos mostra, por meio de estudo publicado no *The Economist* (1997), que os gastos públicos dos governos, em especial dos Estados centrais na Europa, têm crescido desde 1970 até dados de 1995, e não diminuído como era de se esperar.

Por exemplo, a Alemanha aumentou suas despesas com a rede de proteção social de 21,50% do PIB em 1970 para 27,30% do PIB em 1992. O Reino Unido em igual proporção: de 14,30% em 1970 para 27,20% em 1992. E isso se reproduz com todos os

países da União Européia. Mesmo com Portugal, um dos mais pobres, o gasto social aumentou de 9,10% em 1970 para 17,60% em 1992. Em Portugal, inclusive, tal incremento em gastos públicos é resultado da tentativa de harmonização de suas políticas públicas com a dos demais Estados europeus centrais, de forma a garantir seu ingresso na União Européia (1986). Mesmo nos Estados Unidos e no Japão, países em que os gastos sociais são mais elevados em relação proporcional ao PIB (33% para os Estados Unidos e 36% para o Japão), observaram-se taxas crescentes entre 1960 e 1996.

Formam-se, na verdade, com o discurso liberal, mitos sobre o processo de globalização. E o fim do *welfare state* é um deles, de tal forma a abalar as estruturas da estatalidade tradicional. É óbvio que houve um redimensionamento do gasto social e uma aplicação mais inteligente dos dinheiros públicos, mas a rede de proteção social continuou e continua ativa, sendo a base para um modelo de Estado mais consistente e menos vulnerável às ingerências externas.

O cientista político Sérgio ABRANCHES (2003), em artigo publicado na revista *Veja*, tece a seguinte análise, abordando sobretudo a problemática questão da previdência:

“Há muito mito sobre as reformas na Europa pós-Maastricht e pós-globalização. Diz-se que houve drástica redução do gasto social, com prejuízo para bem-estar. Não foi assim. Houve muita mudança, mas o gasto social continuou crescendo. Na maioria dos países, a questão não foi gastar mais ou menos, mas criar uma nova rede de proteção social, mais adaptada aos novos tempos. Houve mudança em graus muito diferentes, em larga medida por causa da distância dinâmica da competição partidária e da correlação de forças entre governo e oposição. O teor da mudança teve muito a ver também com a estrutura de previdência existente. Os sistemas mais problemáticos, que produziram crises

mais graves e necessitam de reformas mais amplas, foram aqueles inspirados no modelo da Alemanha de Bismarck e que têm como centro uma previdência financiada por contribuições, associada a categorias funcionais, de benefício definido e que incentivam a aposentadoria precoce. Requer mais mudanças, porque gera mais distorções. O modelo brasileiro é uma versão agravada dele”.

Demais estudos e relatórios do Banco Mundial (1997) e da OIT, citados por DUPAS (1999, p. 90-91), evidenciam ainda uma relação positiva entre o nível de abertura econômica e os *welfare transfers*. Ou seja, a rede de proteção social aumentou em casos significativos como forma de proteção à abertura externa e ao novo estágio da competição. Citando o relatório: “Com crescentes competição e insegurança no trabalho, os trabalhadores irão depender mais de recursos estáveis para seguro-desemprego, educação e treinamento nos próximos anos. Na ausência destas políticas e de programas governamentais, o suporte político para a globalização seria erodido” (Internacional Labor Organization, 1997-1998).

É sintomática a relação positiva descrita acima. Quanto mais aberta ficou a economia de países centrais, tais como a Bélgica, Holanda e Canadá, mais esses países gastaram com investimentos sociais. É a forma de proteção social como escape.

A resposta conclusiva a este tópico é que o Estado do bem-estar social não se desmantelou. Houve, inegavelmente, uma reconfiguração de investimentos sociais, tal a necessidade imperiosa de reforma da previdência nos países centrais, por exemplo, processo que nos aflige atualmente, e em muitos outros destinos sociais do dinheiro público. Houve o elenco de novas prioridades na atuação estatal. Mas a rede de proteção social permanece, sendo inclusive ampliada em muitos casos.

É notório que o poder paralelo das empresas transnacionais e a cartilha econômi-

ca do FMI, baseada em choques de austeridade e liberalidade, sem adaptações necessárias às condições econômicas particulares de cada país periférico, são nefastos e se contrapõem às iniciativas estatais, tornando-se um enorme complicador. Mas é inegável que um novo modelo de Estado, que se quer atuante, presente e eficiente regulador, tem que aceitar tal desafio. É o último tópico.

6. Conclusão: a opção por um Estado forte: Estado indutor, normativo e regulador – uma nova estatalidade (Republicação do Estado)

De pronto, é convidativo registrar dois trechos de Joseph STIGLITZ (2002, p. 13-15), com atenção para o destaque:

“A economia pode parecer uma disciplina estéril e inaudita, mas, na realidade, *boas políticas econômicas* têm o poder de mudar a vida dos menos privilegiados. Acredito que os governos precisam – e podem – *adotar políticas que ajudem os países a crescer, mas que também assegurem que esse crescimento seja compartilhado de maneira mais equitativa pela população*”.

[...]

Eu havia estudado os fracassos dos mercados e dos governos, e não era tão ingênuo a ponto de imaginar que o governo pudesse corrigir todos os fracassos dos mercados. Tampouco era tão tolo a ponto de acreditar *que os mercados por si só eram capazes de solucionar todos os problemas sociais*. A desigualdade, o desemprego, a poluição: *o governo precisava desempenhar um papel importante diante de todas essas questões*. Eu havia trabalhado na iniciativa de ‘reinventar o governo norte-americano’ – tornando-o mais eficiente e mais responsivo; tinha percebido em quais áreas o governo não era nem uma coisa nem outra; tinha observado como a reforma é difícil, mas tam-

bém tinha percebido que melhorias, por mais modestas que fossem, eram possíveis”.

Ora, o próprio prêmio Nobel de economia de 2001, em seu trabalho de pesquisa, constata a necessidade da participação estatal, ou de alguma esfera de poder decisório, redefinida nesses termos a estatalidade, tal como a concepção definida na nota 1 deste trabalho, a fim de exercer algum controle e regulação sobre o mercado e a atividade privada local, almejando adotar e promover boas políticas econômicas.

No entanto, ainda que no fim do estudo, impõe-se colocar duas questões conceituais que devem nortear nosso debate.

A primeira vincula-se a um dado inerente ao processo de globalização, não enfatizado anteriormente por não ter sido o objetivo central do debate proposto, qual seja, a formação dos blocos econômicos e das Comunidades de Estados, como é a União Européia. Ora, é inegável que a mundialização econômica e também sócio-cultural carrega o aspecto de alimentar o processo de integração dos Estados. Há verdadeiramente um fenômeno de influência recíproca. Aqui mais uma razão, de raiz econômica, mas também cultural e social, que faz repensar o conceito de Estado tradicional. É fonte de instabilidade, mas pode ser também, e é o que se espera e acredita, fonte de um novo paradigma de poder decisório, inclusive de ampliação de direitos e garantias. Poder-se-ia até pensar numa ampliação da soberania, e não de perda dela, refletida então de forma positiva. Nesse âmbito, é imperioso pensar em um novo modelo de “Estado” forte, de forma ampliada, comunitária. Mesmo porque a maior parte das questões “externas”, do poder paralelo transnacional e corporativo, e tudo que o acompanha, só pode ser enfrentada coletivamente ou, melhor, de forma comunitária.

A segunda questão conceitual, que se liga ao raciocínio da primeira, é a de que não se faz essa proposta de Estado forte, de forma a ser uma síntese para todo o fenôme-

no, qual uma síntese hegeliana. Nem é também uma idéia de retornar ao Estado intervencionista. O papel normativo e regulatório aqui tem nova esfera, no termo cunhado com felicidade por Floriano MARQUES NETO (2002) de “Republicização do Estado”.

Antes desta abordagem final, do que vem a ser a “Republicização do Estado”, e seus caracteres de indução, normatividade e regulação, buscando validade nos institutos do Direito Econômico, é indispensável uma pequena palavra sobre o processo de privatização brasileiro, tal a proximidade de idéias que daí decorrem para o deslinde final do trabalho.

O programa de privatização brasileiro autoriza a seguinte discussão: pode ter tido ele origem e finalidade dirigidas para as questões efetivamente estruturais do Estado, quais sejam, as dificuldades de investimento da máquina estatal, a inoperância e ineficiência de sua própria gerência, eventuais questões comportamentais (combate aos altos níveis de corrupção) e diminuição do déficit público. Ou, noutro âmbito de idéias, pode vir concebido de extensa carga ideológica, das concepções de “Estado Mínimo” – já tratadas no artigo – e de viés ultraliberal.

Pois bem, a privatização brasileira, no que decorre inclusive de dados e textos oficiais do BNDES (BRASIL, 2003), numa avaliação histórica sem distanciamento (o que dificulta a imparcialidade), teve orientação dúbia, ou seja, justificou-se em inúmeras oportunidades pela concepção econômica, centrada nos dados estatísticos, mas por vezes esteve sensivelmente orientada pelo que de mais perverso trouxe o espectro ideológico ultraliberal.

Assim, fruto dessa dubiedade, a privatização resultou, associando-se a uma nova concepção de Estado, em alguns êxitos, até o ponto em que se pode avaliar, como em parte foi desestatização do sistema financeiro público estadual (de endêmica corrupção), e alguns recuos infelizes, como notoriamente foi a privatização da Vale do Rio

Doce, como empresa saudável, de ótima gerência, que cumpria suas finalidades privadas e públicas.

Daí o que se deve trazer para o debate desse estudo é menos o caráter ideológico da privatização, do ideário ultraliberal, mas significativamente o lado mais pragmático da discussão, é dizer, não importa se capital é público ou privado, se o controle das empresas é público ou privado, mas sim a eficiência das empresas, a qualidade do serviço estrutural ofertado à população, e se aquela atividade cumpre com sua função social (por exemplo, preço “razoável”, atendimento das metas de ampliação e cobertura do serviço, etc.). Isso porque, na interpretação do Floriano MARQUES NETO (2002), que direciona a estrutura deste item, é notória a superação da dicotomia público/privado, o que acarreta a superação entre Estado/sociedade e também o afastamento da idéia de que “público” corresponderia exclusivamente a estatal.

O processo de privatização, nesse sentido, amolda-se a essa nova idéia de estatalidade numa concepção mais pragmática, é dizer, não se trata de um embate contra o próprio processo, mas como o Estado que dele restou, remodelado, pode efetivamente regular e normatizar cada setor privatizado.

Ora, daí a idéia de “Estado Republicano”. É o Estado, numa nova concepção de *contrato social* ou *pacto*, ultrapassando os caracteres de formação do “Estado Moderno”, de limitação do poder absoluto e do império da lei, que é resultado do declínio da idéia de soberania, do fim da dicotomia público/privado, e da inviabilidade da noção de interesse público como absoluto, universal, singular. O Estado contemporâneo deve ser agora o receptáculo e o gerenciador de inúmeros interesses públicos.

Assim, não deve ser mais o Estado autoritário, de imposição legal, do poder distanciado dos “súditos”, mas de aproximação efetiva com os governados, com a redefinição dos canais de comunicação e reivindicação, impulsionando novas formas de par-

ticipação (co-gestão, o público e o privado em total simbiose) e de efetivação da democracia.

No que se insere no prisma econômico, emerge o Estado forte, com caracteres de indução, normatização e regulação da economia. Mais do que a estrutura administrativa das novas agências regulatórias, de inspiração americana, o que deve ser ressaltado e observado com atenção é o aparato regulatório que daí decorre. Um corpo técnico capacitado, a proteção das agências contra o fantasma da captura (talvez a principal dificuldade do novo enfoque regulatório), uma estrutura ágil e a adoção decorrente de uma regulação inteligente e eficiente serão capazes de conjugar, com o pragmatismo já enunciado, o dinamismo privado (com lucro) e escopo social paralelo.

É essa a conclusão de Floriano MARQUES NETO (p. 184), aduzindo ainda os outros caracteres do Estado *republicano*:

“Em suma, parece-nos que a *republicanização* do Estado deve implicar o direcionamento dos seus recursos e de sua capacidade decisória para um intenso *intervencionismo indireto* (caracterizado pelo exercício da função de ordenar, regular e mediar as relações econômicas). De outro lado, excepcional deve ser a investidura deste Estado (ressalvados casos extremos) nas funções de produtor de bens ou executor direto de atividades econômicas ou de serviços públicos. Esta calibração de *intervencionismo* permite fugir, assim, à conclusão entre regulador (poder normativo, fiscalizador e arbitral) e regulado (o produtor e explorador de *public utilities*).”

No âmbito da inserção global, da redefinição do papel do Estado frente ao movimento transnacional de enfoque particularizado no estudo, é indispensável voltar-se ao que prega Rubens RICUPERO (2001, p. 85-86), em especial para o exemplo brasileiro. Ressalta RICUPERO, depois de demonstrar os resultados favoráveis da China, dos

demais tigres asiáticos, da Irlanda, da Índia, em análise bastante pragmática, de cunho estritamente econômico, os aspectos fundamentais que formam o espírito de unidade da globalização benéfica dos países periféricos:

“1. um Estado eficaz e competente, dotado de quadros capazes de formular e executar um projeto nacional de desenvolvimento;

2. um projeto de longo prazo, isto é, de caráter estratégico, que não se resume à correta política macroeconômica, mas abrange componente social e estratégia de competitividade tecnológica e exportadora;

3. preocupação constante e efetiva com o combate à pobreza, o esforço de diminuir a desigualdade e promover melhor a distribuição da riqueza e da renda;

4. prioridade central à educação e à formação de recursos humanos, à promoção da cultura, ciência e tecnologia, como chave para ser bem-sucedido num desenvolvimento que se torna, cada vez mais, intensivo em conhecimento”.

Segundo RICUPERO, é plenamente possível, numa redefinição do papel do Estado, tal como aqui se começa a enunciar, uma inserção favorável no processo global, começando com a formulação de boas políticas econômicas.⁹ É pequeno o campo de manobra do Estado, em face da assimetria de poder entre os países centrais e os países periféricos e as ingerências externas, mas existe sim abertura para um desempenho renovado e eficiente de um novo Estado. Esse é o ponto de partida. Sem qualquer revolução ou corte abrupto na economia, mas com firmeza na definição e na aplicação das políticas públicas. Como nos diz RICUPERO (2001, p. 112-113), “qual é, acaso, a potência estrangeira que nos proíbe de reformar a legislação tributária? Ou qual o obstáculo externo ao controle da União, dos desmandos espantosos dos governos estaduais no

leilão de favores irracionais para atrair investidores? Ou quem nos impede de coibir a corrupção e modernizar os procedimentos aduaneiros?”.

Para finalizar, cumpre dizer que toda a dinâmica refletida sobre uma nova estatalidade e o braço econômico do novo poder decisório, tal qual as agências reguladoras, só se incrementa por meio de políticas micro e macroeconômicas, traduzidas por normas jurídico-econômicas, pelo processo de juridicização do substrato econômico, tal como articulado com inteligência pela Prof^a. Isabel VAZ (1992). Vê-se como o Direito Econômico deve participar ativamente dessa mudança, com a modificação de seus próprios institutos, de forma a atender às novas demandas de atuação estatal. Visualiza-se, assim, dados os contornos genéricos da nova estatalidade, a imperiosa necessidade de desenvolvimento de estudos sobre as particularidades econômicas de regulação de cada setor. É o estudo para outros trabalhos.

Notas

¹ O conceito de Estado é sabido um conceito plurívoco, com inúmeras acepções utilizadas pelos cientistas políticos. Daí que normalmente venha acompanhado de um substantivo ou um adjetivo qualificativo, como Estado do bem-estar social, Estado-Providência, Estado absoluto, Estado representativo, Estado democrático... Em inúmeras acepções ou idéias poder-se-ia demonstrar a instabilidade do modelo de Estado tradicional (Estado Nacional). A concepção utilizada neste estudo tem naturalmente um viés econômico, daí se aceitar, ainda, mesmo que em grau reduzido, diferentes orientações econômicas para a atuação estatal (razão de se falar em modelos de Estado). Vincula-se obrigatoriamente, nos limites do Direito Econômico, com a noção de Estado enquanto formulador e executor de políticas públicas além, naturalmente, da concepção de aparelho decisório, é dizer, o Estado como detentor de um poder vinculante dos indivíduos.

² Na definição do Dicionário Aurélio, IDEOLOGIA: “Filos. Conjunto articulado de idéias, valores, opiniões, crenças, etc., que expressam e reforçam as relações que conferem unidade a determinado grupo social (classe, partido político, seita religiosa, etc.) seja qual for o grau de consciência que

disso tenham seus portadores.” “Polít. Sistema de idéias dogmaticamente organizado como um instrumento de luta política” (19--?).

³ Também na definição do Dicionário Aurélio, GLOBALIZAÇÃO: “Processo típico da segunda metade do séc. XX que conduz a crescente integração das economias e das sociedades de vários países, especialmente no que toca à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações” (19--?). É interessante ver como o verbete, de origem inglesa (*globalization*), já recebeu uma definição bem contemporânea.

⁴ É significativo este trecho de Gilberto DUPAS (1999, p. 99): “Ao lado da sensação de que os Estados nacionais têm encontrado óbvios limites a sua atuação – fato lamentado por alguns e louvado por outros –, é clara a percepção de que o capitalismo está entrando em uma nova e revolucionária fase. Nesse novo capitalismo ‘desenfreado’, reina uma espécie de “lei da selva”: só sobrevivem os mais fortes. Dentro desse contexto surgiu, cada vez mais intenso, o discurso que atribui à estrutura do *welfare state* o condão de entrar a competitividade das economias. Para muitos, o Estado-protetor estabelecerá uma espécie de ‘piso’ no nível de vida dos cidadãos, tornando menos comprimível o custo do fator mão-de-obra justamente no momento em que grandes estoques de reserva de pobreza reduziram de tal modo os salários que reintroduziriam este fator como forte dado de competição em certas cadeias globais”.

⁵ Exemplo da vantagem comparativa em plena associação com o processo global de interdependência econômica, segundo DUPAS (1999, p. 47): “Em tese, o fornecedor de alfaca ou de copos de papel das lojas do MacDonal’d’s em São Paulo, por exemplo, tanto pode ser uma média empresa brasileira, um pequeno fornecedor do cinturão verde da Grande São Paulo ou um produtor americano que embarca seus produtos por avião. Tudo depende dos preços relativos e da qualidade”.

⁶ Assinala Jürgen HABERMAS (1995): “com a internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. Estas escapam mais e mais às políticas intervencionistas dos governos”.

⁷ Como sintetiza RICUPERO (2001, p. 28-29): “Nem sempre os conselhos propiciados aos países em desenvolvimento coincidem com o extremo liberalismo econômico do ideário neoliberal. Uma exceção notável nesse sentido são os seguidores da globalização prescritiva – favoráveis à mais ampla

eliminação de barreiras ao livre fluxo dos financiamentos, dos capitais para investimento e das mercadorias e serviços – raramente concordarem, na prática, com a extensão de igual liberdade à movimentação do fato trabalho. Até no que se refere à liberalização comercial, a abordagem costuma ser seletiva, excluindo a agricultura, os têxteis e as confecções, os chamados produtos ‘sensíveis’, coincidentemente os de maior potencial exportador para as economias em desenvolvimento”.

⁸ Bem ilustra a parte final desse parágrafo, naquilo que importa às ingerências externas, não só dos organismos internacionais, FMI, OMC, etc., mas também das empresas transnacionais e seus almeçados investimentos, esta passagem de Claus OFFE, que parece se encaixar perfeitamente à idéia de desenvolvimento e atuação estatal dos países periféricos nos dias de hoje: “Um Estado (...) muito dependente de investimentos privados começa a fazer o que as empresas quiserem para não perder força econômica. Vira uma relação desigual, em que o mercado tem todas as fichas na mão. Em última instância, isso acaba afetando a confiança na Democracia (...). Na Austrália [país central], por exemplo, uma empresa ganhou uma concessão para fazer uma rodovia na região de Melbourne (...). Só que ela recebeu, além disso, a garantia de que nos próximos 30 anos não será construído um ‘metrô’ na região”.

⁹ Boaventura de Souza SANTOS (2003, p. A3), professor catedrático de economia da Universidade de Coimbra, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, expõe os seguintes caracteres indispensáveis à benéfica inserção global do Brasil: “... reside em o Brasil deixar de se ver como demasiado grande e passar a ver-se como demasiado pequeno, pelo menos na sua capacidade para resistir à globalização neoliberal. Essa miniaturização criará a energia para duas globalizações regionais alternativas. A primeira é continental: o Mercosul. É sabido que a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) transformará o Brasil numa imensa maquiladora, como acontece no México (e sem ter o benefício da emigração à mão). A Alca inviabiliza a idéia do novo contrato social proposta pelo presidente Lula. Não será fácil resistir à imposição da Alca – será impossível sem uma alternativa consistente. O Mercosul é a instância que confere credibilidade à idéia da aproximação ao capitalismo social-democrático da Europa, ou seja, à combinação de elevada competitividade com elevada proteção social mediante regulação pública ativa. A desglobalização só faz sentido enquanto proposta de reglobalização alternativa. O êxito dessa globalização regional dependerá em parte da própria União Européia e de sua capacidade para abandonar a hipocrisia de querer ser uma alternativa global aos EUA, sem,

contudo, confrontá-los fora da Europa. A outra forma de globalização regional alternativa é transcontinental e diz respeito à articulação política com outros países em desenvolvimento intermediário, como a Índia, China e a África do Sul. Só assim será possível confrontar o super-Estado paralelo constituído pelos imperativos transnacionais do neoliberalismo. A articulação entre o Brasil e a Índia na Organização Mundial do Comércio, no que se refere à luta pela supressão dos direitos de propriedade intelectual em casos de emergência de saúde pública (como o caos da Aids), é um bom exemplo do muito que pode ser feito”.

Bibliografia

- ABRANCHES, Sérgio. Lula e previdência. *Veja*, São Paulo, p. 62, 15 jan. 2003.
- BRASIL. A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Disponível em: <www.bndes.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2003.
- DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 241 p.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FONSECA, Eduardo Gianetti da. *Vícios privados: benefícios públicos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. 243 p.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 382 p.
- FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- _____. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 101 p.
- GLOBALIZAÇÃO. In: DICIONÁRIO Aurélio. [S. l.: s. n., 19--?].
- HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *Novos Estudos CEPRAP*, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.
- IANNI, Octávio. *A Era da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- IDEOLOGIA. In: DICIONÁRIO Aurélio. [S. l.: s. n., 19--?].
- KURZ, Robert. A China não é o país das maravilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jan. 2003. Caderno Mais, p. 12-13.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. 237p.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 260 p.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- RICUPERO, Rubens. *O Brasil e o dilema da globalização*. São Paulo: Senac, 2001. 127 p.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Lula: a utopia realista. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 3 fev. 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. 409 p.
- STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Futura, 2002. 327 p.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- VILLA-VERDE FILHO, Erasto. *A função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988*. Monografia (Especialização em Direito Econômico e das Empresas) – Fundação Getúlio Vargas, Brasília. 2000.

Palestina – Parte I

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. a) Os primeiros habitantes e Canaã. b) Os Filisteus. c) O Reino de Israel. 3. Invasões Assíria e Babilônica. 4. Alexandre Magno: conquistas, morte e herança política. 5. a) Os Macabeus. b) A dinastia herodiana. 6. a) Situação da Palestina no tempo de Cristo. b) Os judeus: seus erros, suas lutas. c) Os romanos. 7. Apreciações finais. 8. Conclusão.

1. Introdução

Nesta Parte I do título “Palestina”, faremos uma descrição panorâmica de personagens e episódios atinentes à matéria, antes de Cristo e ainda durante a sua vida. Além disso, apresentaremos, nos resumos finais, uma crítica necessária sobre distorções da arte e da ciência internacionais a esse respeito, difundidas pelos meios de comunicação, especialmente o cinema e a televisão, fato que vem ocorrendo com frequência cada vez maior ultimamente.

Apesar do que já escrevemos em números anteriores desta Revista sobre a Palestina, as indagações que nos fazem sobre a tumultuada área são inúmeras, mas podem ser resumidas nas duas seguintes: a) quais eram realmente os seus autênticos habitantes? e b) quais os verdadeiros invasores?

2. a) *Os primeiros habitantes e Canaã*

O nome Cananeus vem de Canaã. Esse povo constituiu o elemento étnico de ligação entre a narrativa bíblica e a histórica.

Hugo Hortêncio de Aguiar é coronel do exército reformado, especialista em línguas, cultura e história do Oriente Médio.

Inicialmente com o discutido “Dilúvio”, e a seguir com a sobrevivência de Noé e sua família, a história bíblica chega a Sem, Cam e Jafet, filhos daquele cuja árvore genealógica povoou a terra, pelo menos naquela parte afetada. Os filhos de Cam foram Cush, Mitsraim, Put e Canaã. Até aqui o enfoque bíblico. Como transição para a História, diríamos que os herdeiros de Canaã, que se espalharam desde a Ásia Menor, para o sul e para o leste, formaram as sete famílias básicas canaaníticas: Amorreus¹, Cananeus², Ferezeus, Girgazeus, Heveus, Heteus e Jebuzeus. Todos os outros grupamentos humanos, como cineus, arqueus, guezureus, etc., são tribos ou derivações das nações básicas citadas. Não temos recurso de pesquisa para sabermos se já havia, antes dos cananeus, algum povo habitando a área. Nem acreditamos que alguém tenha. Grupos populacionais dos períodos natufenses, tahunenses e gassulenses, cujas origens são discutíveis, não tinham expressividade para a denominação de povo ou nação.³

Em respeito ao profundo sentimento patriarcal dos cananeus, vamos chamar a região de “Terra de Canaã”, transformada para os “hebreus”⁴ em “Terra Prometida”, segundo a inspiração monoteísta de Abraão.

A incursão feita por esse patriarca e seus familiares para a Terra Prometida partiu de Harran, pequena cidade da Turquia (atualmente, e naquele tempo, Aram, Síria, onde se falava o aramaico). A viagem de Ur, na Caldéia, para o norte, fora o primeiro lance, em busca de melhores terras.

Nesse período anterior da vida na Terra de Canaã, os únicos habitantes da região eram os cananeus, como nação. A comitiva de Abraão não era uma nação. Muito menos os descendentes de Ismael⁵, que se encaminharam para a península Arábica, ou os herdeiros das concubinas de Abraão e de Esaú, formadores da Iduméia, com mulheres egípcias, cananéias e árabes.

Sem dissertarmos sobre as andanças dos hebreus e a retirada do Egito, por ser assunto bíblico, vamos abordar a primeira inva-

ção da Terra de Canaã, cerca de 1250-1200 a.C., pelas tribos de Israel,⁶ numa confederação sob a inspiração monoteísta de Javé.⁷

Já estamos no enfoque histórico. Temos, assim, que aceitar “historicamente” o povo conquistado, o Cananeu, organizado em nações, algumas citadas repetidamente pelos historiadores, como os Amorreus, outras com itinerários ainda discutíveis, como os Heteus (ou Hititas), mas já dissecadas arqueologicamente. Uma delas, porém, teve continuidade nos nossos conhecidos “Fenícios”, habitando o litoral do atual Líbano e suas proximidades. Os fenícios, habitando a mesma terra, falando a mesma língua, cultuando as mesmas divindades e, para completarmos, tendo inventado o alfabeto “cananeu”⁸, eram, de fato e de direito, cananeus.

Sobre a conquista de Canaã pelos “israelitas”, há inúmeras provas documentais, arqueológicas. Toda a área é um imenso museu, facilitando o acompanhamento das civilizações que a ocuparam.

Assim, por volta de 1200 a.C., seriam dois os povos habitantes, os cananeus e os israelitas, se não houvesse mais dois povos em formação a leste do rio Jordão, os quais, juntamente com os cananeus não assimilados, procuraram impedir a marcha dos israelitas para o norte, vindos do deserto do Sinai: os moabitas e os amonitas. Não vamos descer a pormenores sobre a formação desses dois povos, pois é assunto puramente bíblico. Contudo, devemos informar que a palavra “moab” (em hebraico “me av”) significa “tirado do pai” e “Amon”, também hebraico, “origem na tribo”⁹.

Nessa fase, quatro eram os povos que habitavam Canaã: os cananeus, os israelitas, os moabitas e os amonitas. Como invasores, somente os israelitas. Mas não por muito tempo.

Antes mesmo da conquista terminada, há cerca de 1175 a.C., os israelitas já tinham outros companheiros invasores, que se contentaram inicialmente com a faixa litorânea, aventurando-se, depois, pelo interior: os Filisteus.

b) Os Filisteus

Os descendentes de Mitsrain, filho de Cam e neto de Noé, estabeleceram-se inicialmente no Egito (Mitsráin, em hebraico), posteriormente ocuparam algumas ilhas do Mar Egeu, até que, finalmente, aportaram na região costeira de Canaã. Isso, lá pelos 1150 a.C. A partir de então, a região passou a ser ocupada por cinco nações. Grupos humanos, de pequena população, sem expressão guerreira e reunidos apenas para a sobrevivência, não foram levados em conta, como os Idumeus. No fim do II milênio antes de Cristo, desses cinco povos dois eram invasores: os israelitas e os filisteus.

Apesar de não serem muito numerosos, os filisteus chegaram, anos depois, a dominar quase toda a área da atual Judéia. A grande região de Canaã que ocupavam foi batizada pelos gregos de “Philistia”, ou “Philistéia” (ou no hebraico “Pêlestin” ou “Palestina”)¹⁰.

Essa palavra será a adotada neste estudo a partir deste ponto, para efeito de uniformidade.

Os israelitas, após períodos que oscilavam entre vitórias e derrotas sobre os filisteus, conseguiram, finalmente, neutralizar aquela expansão com a unificação do Reino de Israel, inicialmente governado por Saul, e logo depois, por David, da Tribo de Judá. A partir dessa época, cerca de 1020 a 1010 a.C., é contada para os israelitas a data da fundação de Israel, com capital em Jerusalém, pronta para receber a Arca da Aliança, no grande Templo que seria construído em breve.

c) O Reino de Israel

O Reino de Israel, sob o mando de David, limitou as pretensões dos filisteus à orla costeira, embora não os tenha expulsado definitivamente, bem como abalou a capacidade dos moabitas e amonitas e outros reinados de cananeus que ainda guerreavam pelo Oriente do rio Jordão. Todavia não durou muito essa superioridade israelita.

Após a Era Dourada, com a morte de Salomão, o Reino dividiu-se em dois: Israel, ao norte, capital em Sebaste (Samaria), integrado pelas Dez Tribos, e, ao sul, capital em Jerusalém, as tribos de Judá e Benjamin, cujos integrantes se chamaram “judeus”.

3. Invasões Assíria e Babilônica

No ano 722 a.C., os assírios invadiram a Samaria e levaram cativos muitos habitantes das dez Tribos, ao mesmo tempo em que deixaram muitos do seu país nessa parte da Palestina. Dessa época de mistura étnica e de cultos, surgiram os “samaritanos”, que, como os galileus, sofreram muita influência mística dos fenícios. Já a invasão dos babilônios (Caldeus), no ano 586 a.C., não deixou muitos representantes na Judéia, forçando, por outro lado, muitos judeus ao exílio, a começar com a cativo da Babilônia, bem assim a emigração para a Galiléia, o Egito, províncias greco-romanas e Iêmen, considerados, em conjunto, a primeira grande diáspora¹¹.

Os babilônios não demonstraram muito interesse pela Judéia, restringindo suas ações mais à cidade de Jerusalém, cujo Templo destruíram, cujo tesouro saquearam e cujas muralhas arrasaram. Ressarcidos em parte pela magnanimidade de Ciro, rei da Pérsia, os judeus marcaram esse período de retorno da Babilônia com um grande esforço de reconstrução de Jerusalém, e houve uma retomada dos padrões éticos e morais, orientada pelo profeta Nehemias.

4. Alexandre Magno: conquistas, morte e herança política

Com as conquistas militares de Alexandre Magno, o Oriente Médio sofreu uma transformação cultural muito grande, apesar de seu tempo de domínio ter sido muito curto, pouco mais de dez anos.

O “helenismo” preponderou com muita facilidade devido a dois consideráveis fatores: o gênio político e militar de Alexandre e a magnitude da língua e da cultura grega.

Na Palestina, a cultura grega teve uma influência muito abrangente, marcada a sua presença em arquitetura, monumentos, obras de arte e atividades comerciais, tudo testemunhado por inúmeras inscrições em grego, espalhadas por toda parte. O número de pequenos contingentes infiltrados na Palestina era expressivo, fazendo com que até editais e avisos públicos fossem transcritos em língua grega, o que deu a muitos historiadores a impressão de ser esse idioma o falado pelo povo palestino. É uma idéia falsa, pois, como sabemos, o aramaico dominava, não somente na Palestina, mas em grande área do Oriente Médio, com as variações dialetais locais.

Alexandre Magno viveu pouco. Antes de morrer, aos 33 anos, deixou seu vasto Império dividido entre seus generais de confiança, que eram grupados em “Ptolomeus” e “Selêucidas”, ficando os primeiros, egípcios, com a Palestina e os segundos, Sírios, com as províncias do norte. Prevaleram os Selêucidas, da Síria, que dominaram o Egito e a Palestina a partir dos quais vieram “Antíocos” e “Seleucos”, de mandatos desastrosos, até dar-se a revolta dos Macabeus, em 167 a.C., quando se estabeleceu a dinastia “Hasmonea”.

5. a) *Os Macabeus*

Com a dinastia Hasmonea, ou dos Macabeus, que foi uma revolta tipicamente dos judeus contra a profanação do II Templo por Antíoco, rei Selêucida, todas as etnias híbridas de pequenos reinados e até mesmo nações como os filisteus, moabitas e amonitas perderam a sua expressão guerreira. De modo que, quando os romanos chegaram à região, em 63 a.C., levando somente administradores e a tropa militar, apenas os israelitas, como nação, habitavam a Palestina. A essa altura, os cananeus já assimilados, os galileus na condição de uma província atrasada e quase pagã, os samaritanos como um povo hostil ao lado, os israelitas estavam então unidos por um novo símbolo, “o

povo judeu”, das Tribos de Judá, que, na realidade, assumia a personalidade de toda a área. Quando os romanos invadiram a Palestina, seu objetivo político era controlar a Judéia, uma preocupação para Roma, deixando as províncias secundárias para o controle da dinastia herodiana.

b) *A dinastia herodiana*

Iniciada ainda no período dos Macabeus, com Antíoco Epifanes, mais tarde com seu filho Antipatris, essa dinastia foi caracterizada por dirigentes cruéis e devassos, tendo sua projeção máxima em 37 a.C. com Herodes, o Grande (ou o Velho), que conseguiu ser nomeado rei da Palestina, mas numa posição secundária, de submissão, a Roma, pois isso aconteceu após a invasão dos romanos. Era idumeu, nascido em Askelon. Sua crueldade no assassinato de familiares era tão notória que a matança dos inocentes, em Belém, a ele atribuída, não deveria causar tanta celeuma entre os historiadores, uma vez que estava perfeitamente de acordo com seu caráter desumano.

Teve inúmeros filhos e filhas, de várias esposas e concubinas. Pelo número significativo e pelos nomes repetidos, sua descendência cria confusão para os pesquisadores na tentativa de montagem de um diagrama de família.

Vamos citar apenas dois filhos, em atenção ao nosso objetivo neste artigo: Arquelaú, que sucedera a Herodes, o Grande, no ano 4 a.C., e Herodes Antipas. O primeiro só permaneceu no cargo até 6 d.C., quando foi destituído pelos romanos, e veio a morrer um pouco depois. Temido também pela crueldade, tanto que José, com Maria e Jesus, de regresso do Egito, rumaram diretamente para Nazaré, na Galiléia, por medo de residir na região de Jerusalém, onde a família tinha parentes bem situados na vida.

Nazaré era uma pequena cidade, fora da jurisdição de Arquelaú (Judéia e Samaria) e um refúgio natural para judeus emigrados, que também evitavam os samaritanos. Os

romanos, com a morte de Arquelau, não mais nomearam governantes da dinastia herodiana para o conjunto Judéia-Samaria. Teve, então, início a era dos procuradores romanos.

O Segundo, o outro filho de Herodes, o Grande, Herodes Antipas, nosso velho conhecido do Novo Testamento, teve dos romanos a incumbência da jurisdição da Galiléia, de secundária importância política, e da Peréia, província a leste do rio Jordão, na ocasião já livre de problemas com moabitas e amonitas.

Vejam os leitores, para avaliação da dinastia herodiana, que esse Herodes Antipas, por cuja ordem foi degolado João Batista¹² e de atitude dúbia e pusilânime no processo de Jesus, era considerado menos cruel e até mais benevolente ante os demais governantes da família.

6. a) Situação da Palestina no tempo de Cristo

No princípio do século I da Era Cristã, a Palestina era habitada pelos seguintes povos: a) os judeus, habitantes da Judéia e de pequenos núcleos em toda a área palestina, principalmente na Galiléia; b) os samaritanos, uma nova etnia constituída de descendentes das Dez Tribos e dos invasores assírios; c) os galileus, também constituídos de elementos descendentes das Dez Tribos mais ao norte, e de povos fronteiriços: sírios, arameus, fenícios e outros grupos menores. O termo Galiléia vem do hebraico “galil”, correspondente a “território”, “província”, com intrínseca idéia de região cercada por todos os lados. A antiga Galiléia era muito menos extensa que a atual, e a infiltração de elementos de nações limítrofes era inevitável; d) os idumeus, habitantes da Iduméia, mais ao sul. Eram uma mistura étnica complexa, sem expressão política, sem ser nação, citada apenas porque deu ao povo palestino uma carga pesadíssima: a dinastia dos Herodes. Os demais povos, como cananeus, moabitas ou amonitas, ou foram assimilados ou perderam a expressão. Os

filisteus foram expulsos. Os assírios deixaram uma quota, miscigenando e formando os samaritanos. Os egípcios, sírios e gregos deixaram pequenos contingentes, esses últimos os mais numerosos, e os babilônios não deixaram muitos representantes.

Como “invasores”, no início do século I, só permaneceram os israelitas e os romanos. Não podemos esquecer que a invasão dos israelitas, já então desdobrados em galileus, samaritanos e judeus, teve conotação mística, conceito que não pode ser ignorado na apreciação histórica e política. Quanto aos romanos, sua conquista da Palestina nada teve de sobrenatural.

b) Os judeus: seus erros, suas lutas

O povo judeu é uma síntese histórica, sofrida e provada, das Doze Tribos de Israel, o que vale dizer, dos israelitas. Herdeiro predestinado da Tribo de Judá, sua história sempre esteve ligada à Palestina. Há quase quatro mil anos esse povo anseia e luta por uma Terra Prometida, ou procura a ela retornar, quando expulso. Nesse último caso, sempre permaneceram na terra conquistada núcleos judaicos, e os exilados sempre mantiveram uma visão messiânica de retorno à pátria de adoção. Essa ligação carismática com a Palestina tem dado ao povo judeu, através dos séculos, um forte espírito de luta pela sobrevivência, que vem sendo pago há tempos, e por um alto preço.

Realmente, começou no deserto do Sinai, durante o Êxodus. O anseio por uma pátria fixa superava, às vezes, a obediência aos preceitos transmitidos por Moisés e, aos primeiros sinais de infortúnio, a rebeldia civil era violenta e também violentamente reprimida. Mais tarde, no período dos Reis, incluído Salomão, descabros dos governantes, como idolatrias, devassidão, assassinatos, taxaço escorchante de impostos, levaram à divisão do Reino de Israel, tendo os judeus, povo de que se originou o nome “Judéia”, tomado uma atitude heróica de autonomia com relação ao conjunto das Tribos.

Finalmente, na dinastia Hasmonea, dos Macabeus, fruto de uma extraordinária revolta judaica contra a profanação do Templo, a proliferação de elementos corruptos era tão grande que, segundo A. Powell Davies (1956, p. 73)¹³, “é quase incrível que tantos inconscientes canalhas tivessem ocupado posições de mando em tão curto período”.

Essa conduta discrepante, que não condizia absolutamente com os ditames da Lei Mosaica e os ensinamentos dos Profetas, foi talvez uma das causas que motivaram, embora sem justificativa, o surgimento de uma atitude “farisaica” (hipócrita) por parte de uma fatia expressiva de dirigentes religiosos fariseus, que, juntamente com os saduceus e os essênios, foram as três seitas surgidas naquele período de autonomia judaica.

O desejo eterno de libertação e a mística de seus símbolos tradicionais deram ao povo judeu, juntando-se a outros traços culturais, um perfil significativamente conservador, motivado por uma Lei maior de preceitos austeros, recomendados pelos Profetas, cujo reflexo era a observância de rituais cronometrados e costumes morigerados, caracterizados pela sobriedade em todas as atividades habituais da vida.

Além disso, a filosofia de “Povo de Deus” e de uma “Terra Prometida” gerou a tendência a um certo isolacionismo nacional, a evitar, quase que como tradição, a miscigenação com outras etnias. Por isso, o povo judeu conserva, apesar das diásporas, alguns traços característicos do seu tronco étnico, que não podem ser ignorados.

Por essa razão, as imagens difundidas sobre pessoas e episódios judaicos, especialmente os bíblicos, têm que ser muito fiéis, pois do contrário as distorções podem chegar ao ponto de se tornarem ridículas.

c) Os romanos

Há um paralelismo curioso entre a conduta dos dirigentes judeus e a dos procuradores romanos, na filosofia do controle popular.

Uma parcela expressiva dos chamados “doutores da Lei”, como já fora dito, praticava um culto aparente, para impressionar a massa popular, na ânsia de sustentação de sua posição de mando, com especial atenção para as funções ligadas ao Templo, símbolo vivo do monoteísmo judaico e do sentimento nacional. Punia-se com rigor a blasfêmia, agressão oral pública ao tradicional sistema, impregnado na consciência desde tempos remotos e garantia da sobrevivência do povo judeu. Quanto a problemas de rebeliões, fraudes nos tributos e protestos populares, “os romanos que se desgastassem com eles”, naturalmente quando não estavam em jogo os seus (dos judeus) próprios privilégios.

As autoridades romanas, por sua parte, eram politeístas e, está claro, não acreditavam no Deus de Israel. Todavia, não acreditavam muito nos seus próprios deuses. Em Roma era exigido o culto a esses deuses pagãos¹⁴, mas para efeito no público e manutenção da personalidade mística do César, que os representava, e, conseqüentemente, da unidade do Império. Porém, nas províncias conquistadas, prevalecia a idéia do equilíbrio político, com plena liberdade de culto às divindades locais.

Intolerável aos romanos era a rebelião, ou mesmo a ameaça, contra o poder central de Roma. Questões religiosas, rituais no Templo e nas sinagogas, que às vezes afetavam sobremaneira o tradicionalismo dos mais antigos ou atingiam o bolso dos mais pobres, causando protestos, como o dizimo, “os judeus que se preocupassem em solucionar”.

Havia, sem dúvida, uma dupla gestão, porque, mesmo nos assuntos seculares, os judeus gozavam de uma certa autonomia, a não ser naqueles que os romanos discriminavam.

Daí a necessidade de um formalismo exagerado na execução da lei romana, para evitar interpretações diversas das duas partes, particularmente da parte da casa (de Israel).

Contudo, apesar da padronização rigorosa dos preceitos legais romanos, os atri-

tos entre as duas administrações eram constantes, com mais de um fator de desequilíbrio: Herodes Antipas, sem jurisdição na Judéia, porém com residência lá, entre os dois poderes, o romano e o judaico, queria agradar ao primeiro e conquistar a simpatia do segundo, num jogo político do qual era mestre. Caráter fraco, corrupto e supersticioso, desempenhou papel dúbio e temeroso no processo de Jesus, pois depois da morte de João Batista, que lhe rendeu onerosíssimo desgaste popular, nada mais queria com profetas.

A tendência era aumentar os atritos, até chegarem ao auge com Pôncio Pilatos, 5º Procurador romano, de 26 a 36 d.C., o qual, além de vários traços negativos de personalidade, possuía uma característica desagradável para os da terra e para os maiores de Roma: desprezava os judeus e odiava os seus dirigentes.

Quando Jesus de Nazaré apareceu, com uma pregação abertamente contrária à hipocrisia farisaica, Pilatos, que ainda não conhecia pessoalmente o novo profeta, sentiu o surgimento de um revolucionário ideal: desmoralizava a oligarquia doméstica sem ameaçar de modo algum o poder romano. Essa impressão deu lugar a uma futura conduta, aparentemente conciliatória, no processo de Jesus, o que levou historiadores e analistas a amenizarem a responsabilidade do procurador, o que é uma notória tendência atual.

Porém esse conceito não resiste a uma análise cuidadosa.

Com pouco tempo de mando, Pilatos já realizara sangrentos massacres de judeus e devassa no Templo, o que aumentou cada vez mais a distância entre ele e o povo, com grave repercussão em Roma, preocupada também com outras províncias. Ele conduzia-se mal aos olhos do Imperador Tibério, e essa componente foi decisiva na condenação de Jesus à morte.

Pôncio Pilatos não era um tribuno de alto nível. Fora designado para a Judéia por sua atuação decidida, para não dizermos violenta, em outras missões anteriores. A Ju-

déia era uma província rebelde, problemática e considerada um castigo aos procuradores para ela designados. Cruel, vaidoso e obcecado pelo poder, Pilatos, que queria a sobrevivência de Jesus não por simpatia à sua causa, mas como instrumento útil contra os interesses judaicos, perdeu para a astúcia dos fariseus.

Condenou um inocente à morte e, como grande culpado, entrou na história para sempre. O seu nome é pronunciado diariamente e em várias partes do mundo, no contexto de uma das mais completas e expressivas orações da fé humana: o Credo.

Foi contra esses três elementos adversos que Jesus de Nazaré realizou o seu ministério público: a falsidade dos fariseus, representados por Caifaz e seus comparsas, a arrogância do poder romano, representado por Pôncio Pilatos e seus algozes, e a corrupção da dinastia herodiana, representada por Herodes Antipas e seus lacaios. Entre os habitantes de sua terra, Jesus lidou com: 1 – os judeus, expressão máxima religiosa, política e cultural das etnias que ocupavam a Palestina, e que aguardavam, desesperados, um Messias libertador; 2 – os galileus, atrasados e descontentes, ao norte; 3 – os samaritanos, retraídos e hostis, ao centro; os idumeus, inexpressivos e alienados, ao sul; e, como invasores, os romanos.

7. *Apreciações finais*

Costumamos utilizar os espaços disponíveis no final dos artigos, não somente para os resumos usuais, como também para projetá-los sobre fatos da atualidade, o que parece de interesse dos leitores. Dados os frequentes e cada vez mais insistentes enfoques dos meios de comunicação, principalmente o cinema e a televisão, sobre personagens e episódios bíblicos, vamos aproveitar os nossos relatos para uma crítica construtiva, e, esperamos, salutar, sobre a matéria.

O filme “Maria, mãe de Jesus”, documentário do Canal 51, Discovery, Net, TV por assinatura, apresenta Maria com cator-

ze anos¹⁵, pobre, de vida difícil, com os seguintes traços físicos: baixa, morena, cabelos pretos, nariz largo, e, para efeito maior, precariamente vestida, barriga à mostra, em adiantado estado de gravidez.

A idade de Maria é discutível. Em narrativas bíblicas, Maria morava em Nazaré, em casa de parentes (seus ou de José), já prometida em casamento, quando teria acontecido o milagre da anunciação do anjo, a concepção sobrenatural, e, logo em seguida, a viagem de visita à sua prima Izabel.

A viagem deve ter durado uns quatro dias, pois a distância de Nazaré a Ain Kerem (perto de Jerusalém) era de aproximadamente 160 km, pela margem do rio Jordão e em subida de Jericó a Jerusalém. Era, mesmo para quem fora criada nas alturas (Jerusalém está a 800m de altitude), uma viagem estafante e arriscada para uma jovem naquela idade, e já naturalmente sob os primeiros sinais de seu estado especial.

Embora as publicações religiosas façam referência, sem compromisso, ao dia 31 de maio como data dessa visita, a nossa opinião é que o fato aconteceu um pouco antes, talvez em abril, por ser a casa de Izabel de veraneio, a estação do frio terminar em março e o nascimento de João Batista ter ocorrido em junho ou julho, três meses depois.

Tal casa ficava ao norte de Jerusalém. Se foi utilizada a estrada pelo centro, melhor que a outra, então o percurso era de 140 km e a ameaça de salteadores menor, mas em compensação enfrentava a hostilidade dos samaritanos, pois passava pela atual Nablus, naquela época Sicar, depois Siquém, do Novo Testamento.

Em qualquer das hipóteses, Maria deve ter viajado bem acompanhada, eis que havia assaltos até a caravanas, quanto mais a uma viajante isolada. O animal de carga e também de montaria era o jumento, porquanto o camelo era mais utilizado ao sul, no deserto, ou então em caravanas comerciais que passassem por essas áreas.

Os cavalos eram comprados ou requisitados somente para a tropa montada, ou

como animal de tração para coches de grandes autoridades. Por esses motivos, o jumento era utilizado também por gente abastada, sem significar, portanto, um sinal de pobreza para o seu usuário. Além do mais, devemos lembrar que o jumento é o melhor transporte animal para infiltração em caminhos difíceis, com cascos adequados para terreno pedregoso e de alimentação fácil em grandes caminhadas.

Maria era semita, judia por parte de pai e de mãe (Joaquim e Ana). Seu pai era sacerdote no Templo, sua casa ficava cerca de 250m a nordeste da Fortaleza Antônia, portanto fora das muralhas da Cidade Velha à época, todavia com entrada direta para o Templo pelo "Portão Tadi". Ele era conhecido por sua generosidade nas oferendas que fazia. Ademais, os primos Zacarias e Izabel era abastados, pois, como já assinalamos, a casa de Ain Kerem (Fonte do Vinhedo) era de veraneio, e Zacarias alto sacerdote do Templo, função desempenhada por varões, no mínimo independentes financeiramente.

Pelo conceito atual, Maria era uma moça de classe média. Casou-se com um carpinteiro, à época profissão mais próspera do que nos dias de hoje, porque, à falta de utilização industrial da madeira, o seu artesanato supria tudo de utilitário.

Como semita, pertencia ao tronco étnico "caucassóide", com algumas alterações por fatores ambientais, poucos, porém, por miscigenação: altura mediana, crânio dolicocefalo, cabelos e olhos castanho claros; pele clara e nariz infalivelmente fino e adunco, traço marcante dos semitas.

Quanto à conduta social, refletia conservadorismo em todos os padrões de atividade: respeito religioso, até hoje revestido de formalismo exagerado, e moderação no vestir (as vestes da época eram como as das muçulmanas de hoje, exceto no uso do véu do rosto, pois não era usado). Comunicação comedida entre familiares e mais ainda em público. A mulher somente saía de casa para sinagogas, aos sábados; apanhar água no poço, diariamente; tarefas artesanais próxi-

mas de casa, colheita nas plantações, espon-sais de amigas, visitas a parentes doentes, enterros e celebrações diversas. Viagens, só de mudança ou a Jerusalém, na Páscoa.

Comparem os leitores com a imagem do filme “Maria, mãe de Jesus” e tirarão as conclusões por si mesmos. Compreendemos que o produtor do documentário tenha procurado transmitir uma imagem popular de Maria, contudo agrediu os padrões lógicos e trouxe, desse modo, uma calamidade informativa.

Com relação ao seriado “As Escrituras”, do mesmo canal 51 – Discovery, chama a atenção um questionamento sobre a atitude de Judas Iscariotes, a sugerir uma alternativa de “entrega” e não de “traição”.

A argumentação dos apresentadores do documentário é que as transcrições do Evangelho em grego empregam verbos interpretativos de significados similares como “entregar”, “entregar por traição”, “atraiçoar” e outros. Isso é verdade. Como também o é em hebraico. Argumento, ainda, que, na expectativa de Judas, Jesus seria castigado e solto. Com o desfecho contrário, suicidou-se.

Contrariamente às traduções literais, a frase de Jesus, complementar a essa expressão, é “...mas ai daquele por quem o Filho do Homem for (entregue ou traído), melhor seria que não tivesse nascido”. Mostra uma agravante significativa para a ação, e essa frase é a mesma em todos os idiomas no Novo Testamento. Além disso, todos os apóstolos sabiam das intenções dos dirigentes fariseus e insistiam muito para que Jesus não fosse a Jerusalém, pois seriam obrigados “a morrer com ele também”. Com muito maior razão depois da ressurreição de Lázaro, cujo efeito em Jerusalém foi arrasador nas hostes farisaicas e equivaliu a uma homologação da sentença de morte de Jesus. Querer amenizar o crime de Judas, recusar a evidência dos fatos, distorcer as narrativas, é pura fantasia.

Muito mais coerentes a esse respeito foram os judeus, quando deram ao local do suicídio o nome de “Campo de Sangue”, em correspondência ao grau do crime.

Outro ponto que chama a atenção, no mesmo documentário “As Escrituras”, é a imagem de Jesus de Nazaré: de estatura mediana-baixa, magro, cabelos pretos, moreno, imagem hoje pejorativamente associada à de terrorista, e com uma expressão insegura e assombrada.

Judeu da tribo de Judá, descendente de David, filho de mãe judia, com toda a ascendência semita, pertencia ao bloco étnico caucásico, consensualmente aceito como de cor branca, embora alterado por condições ambientais e miscigenado (um pouco). Nascido em Belém (quase 800 m de altitude) e criado, depois, em Nazaré (400 m de altitude), onde percorria a pé, repetidamente, terreno montanhoso¹⁶, Jesus de Nazaré necessariamente deveria enquadrar-se no seguinte quadro físico: entre 1m75cm e 1m80cm de altura, ombros largos, cabelos e olhos castanho claros, crânio dolicocefalo, nariz fino e adunco e pele clara.

Em todas as manifestações públicas, Jesus sempre mostrou segurança e destemor, ao mesmo tempo em que condenava a violência e pregava o amor ao próximo. Enfrentou a sua destinação sobrenatural com resignação e altruísmo. Essas atitudes e esses atributos contrabatem a imagem do filme citado, uma deformação, sem dúvida alguma.

Um exemplo bastante lógico, e apoiado por pesquisa cuidadosa, da figura de Jesus de Nazaré foi o projetado no programa diário da TV – Rede Vida, entre 17h45min e 18h, denominado “Terço Bizantino” (no início e no fim do segmento), de 1 a 18 de fevereiro de 2004 (não sabemos se continuou em outro período). Embora o filme seja assistido, naturalmente, por público católico, estamos na época da globalização, ou seja, a informação atinge áreas nunca dantes imaginadas.

Ainda com relação ao documentário “As Escrituras”, do Discovery Channel, assistimos ao episódio ocorrido na estrada de Damasco, com Paulo de Tarso. A matéria é interessante, porque procura explicar a transformação sofrida pelo Apóstolo dos Genti-

os como uma “explosão dos neurônios”, motivada por um fenômeno geofísico, como terremoto, faísca elétrica (raio) ou similar. Como nada sucedeu do gênero naquele dia e naquele local, pesquisou-se nas proximidades e somente foi localizado um “inocente” tremor em Antioquia, cidade cerca de 400 km ao norte de Damasco. Como estamos na época dos neurônios, encaixou-se na visão do futuro Apóstolo um choque cerebral, naturalmente com o nome médico-científico apropriado, teoria hoje em dia muito em voga. Como o fenômeno geofísico fez somente uma vítima, muito específica, o brioso e compenetrado Saulo (depois Paulo) – pois nenhum dos acompanhantes da comitiva montada percebeu qualquer coisa –, o produtor do filme utilizou artifícios de todo tipo para justificar as atitudes do Apóstolo, em pregação pela Grécia. Nesse aspecto, até que o filme foi coerente, sem deixar de ser hilariante.

Já o filme “A última tentação de Cristo”, do produtor norte-americano Martin Scorsese, conquanto seja bastante proclamado, é desordenado, incoerente, filosoficamente tumultuado e não merece consideração crítica mais prolongada.

Queremos assinalar, por fim, um outro meio de comunicação visual, a edição de gravuras, desenhos ou fotos de Jesus, apresentado com fisionomia de adolescente, olhos azuis, face rosada ou muito clara e cabelos louros. Em que pese a intenção de algumas editoras cristãs de representarem o Mestre de Nazaré de uma forma juvenil, essas imagens não correspondem a análise bíblico-histórica, trata-se de um engano. Como as imagens difundidas de Jesus normalmente se referem aos episódios de sua pregação pública ou de sua Paixão, vamos lembrar que ele nasceu no ano – 6, seis anos antes de sua própria Era, a Era Cristã. Iniciou essa pregação no ano 27 d.C. (27 anos de sua Era) com cerca de 33 anos de idade. Foi crucificado no ano 30 d.C., por conseguinte com 36 anos (no mínimo). Esses dados cronológicos são hoje universalmente aceitos, com a tolerância de um ano a mais

ou a menos. Assim, Jesus, quando morreu, era um adulto. Nesse último exemplo, contudo, o saldo é positivo. A intenção, temos a certeza, tem sido a melhor possível. Quanto ao mês da crucifixão, não houve erro de calendário, e todos os estudiosos apontam para o mês de abril. Como foi na véspera da Páscoa judaica, o dia 7 pode ser arriscado como bem apropriado, para sua morte, e o dia 9, para sua ressurreição, isto é, três dias depois, no 3º dia, conforme as Escrituras, pois a contagem hebraica era ordinal e não cardinal.

8. Conclusão

Neste artigo, conforme previsto na Introdução, verificamos que as primeiras nações historicamente confirmadas como habitantes da Palestina foram as cananaicas ou dos cananeus. Também foi ressaltado serem as demais nações os israelitas, os filisteus, os moabitas e os amonitas.

Os israelitas, que assimilaram os cananeus e foram por eles também assimilados em parte, deram origem aos judeus, aos samaritanos (ex-israelitas assírios), aos galileus (ex-israelitas limítrofes) e aos idumeus (ex-hebreus dispersos da área).

Com o desaparecimento dos filisteus, dos moabitas, dos amonitas e a assimilação total dos cananeus, restaram como habitantes, do norte para o sul, os galileus, os samaritanos, os judeus e os idumeus.

Todos esses povos giravam em torno de uma etnia central – os judeus, expressão maior dessas nacionalidades. Os judeus sempre foram habitantes da Palestina a partir da conquista de Canaã e, mesmo invadidos e expulsos, nunca deixaram de marcar a sua presença com pequenos núcleos isolados.

Quanto a invasores, o panorama é outro. Excetuados os cananeus, todos foram “invasores”: os israelitas, os filisteus, os assírios, os babilônios, os gregos, os egípcios, os sírios e os romanos. No limiar do I milênio da Era Cristã, o povo que tinha expressão política, religiosa e étnica eram os judeus, presentes em toda a Palestina, cujo

trio religioso marcante eram os fariseus, os saduceus e os essênios.

Os idumeus, embora inexpressivos, são citados porque deram ao mundo uma dinastia de triste lembrança: os Herodes.

Nessa época, início da Era Cristã, de invasores só restaram os romanos. Esses três elementos – os judeus (representados pelos fariseus), a dinastia herodiana e os governantes romanos – foram os três segmentos do poder mais analisados, porquanto possibilitaram a configuração do perfil das personalidades, com a conseqüente facilitação da crítica das imagens projetadas pelos meios de comunicação.

Numa visão de conjunto, as distorções lidas no item 7: Apreciações Finais revelam uma fragilidade, já quase tradicional, da inteligência ocidental, particularmente a norte-americana, no aspecto analítico, seja conjuntural seja mesmo específico, quanto à interpretação de personalidades e de episódios particulares. Como costumamos aproveitar os fatos atuais, citaríamos os desastrosos desacertos que a “inteligência”, como instrumento oficial, vem cometendo nos E.E.U.U., embora não saibamos até onde foi a culpa dos responsáveis diretos. No entanto, todos sabemos dos fantásticos meios disponíveis para a busca e a coleta dos dados necessários para os relatórios. O problema surge na análise e confrontação dos elementos e, mais do que isso, na hierarquização dos valores para a seleção do que é preponderante ou decisivo.

Entretanto essa falha de retrospectão e prospecção analíticas não é prerrogativa dos órgãos oficiais. Nos meios de comunicação, notadamente no cinema e na televisão, as distorções de personalidades e episódios bíblicos, por exemplo, já sobejamente comprovados, atestam a extensão desse débito intelectual a outros segmentos daquele poderoso contingente social.

No caso dos meios de comunicação, estávamos propensos a crer que isso acontecesse por inadvertência, falta de assessoramento qualificado e não de plena consciên-

cia. Mas a nossa opinião mudou após o documentário “As Escrituras”, do Canal 51 – Discovery, Net, televisão por assinatura, no dia 23 de fevereiro de 2004, em Brasília.

Após o relato, de um modo geral bem apresentado, dos episódios que configuram a Paixão de Cristo, o referido documentário termina com uma discussão sobre os responsáveis por sua condenação: Caifaz, Pôncio Pilatos e o maior deles, o próprio Jesus¹⁷, pelas provocações pessoalmente assumidas, o que acelerou a sua morte.

É uma ótica absolutamente divergente da do Novo Testamento. É a exclusão total do valor sobrenatural da Paixão de Cristo, que teve como base mística o símbolo que São Paulo levou aos gentios: Jesus – Cristo – Deus – Filho – Salvador¹⁸. Qualquer conceito diferente desse está fora da doutrina cristã.

O Cristianismo, como as outras filosofias monoteístas, tem sofrido agressão ao longo dos tempos, baseada, com mais intensidade, nas teorias científicas mais em voga. Já houve teoria evolucionista, cósmica, genética, etc. Agora estão na moda os “neurônios”. Tudo o que é sobrenatural é conseqüência de excitação dos neurônios. Daqui a pouco essa onda passa e entramos noutra. Tudo indica vamos penetrar nos mistérios de Marte.

O que querem os beneficiários dessa campanha sutil e sistemática contra o Cristianismo é, no final das contas, o ajustamento dos preceitos religiosos ao seu *statu quo* filosófico e social, para tranqüilidade pessoal de espírito e trânsito fácil e rendoso nas comunidades de seu interesse. Cada vez mais escravos da tecnologia e, por isso mesmo, cada vez mais angustiados, esses magnatas da comunicação social tornam-se, eles próprios, refratários à mensagem evangélica e marginais do idealismo cristão. No fim da caminhada, já desiludidos e ansiosos por uma transformação interior, desejarão parar o coche da salvação, na esperança vã de uma solução de última hora, que os acolha e leve a um final tranqüilo, eternos comodistas que são.

Mas, para esses incrédulos, como para os céticos habitantes de Nazaré, não haverá paradas nem milagres.

Como o hesitante apóstolo Pedro, nos arredores de Roma, eles apenas poderão gritar para o cocheiro: “Quo Vadis Domine?” (Aonde vais, Senhor?)

E Jesus de Nazaré, amargurado, sem parar o veículo, dessa vez com um destino mais abrangente, lhes responderá, com certeza: “A Jerusalém, para ser crucificado de novo”¹⁹.

Notas

¹ Terminados em “eus” ou “itas”.

² Os filhos de Sidon (primogênitos de Canaã) e seus descendentes mantiveram o nome do patriarca, origem da nação. Mas também são citados como “sidonitas”.

³ O sítio mais antigo da Palestina é em Jericó. É anterior aos de Messin, Hacilar e Catal Huyuk, na Ásia Menor, e aos de Jarmo-Hassuna, na Mesopotâmia. Era um estabelecimento estável, muito populoso, cercado de muralhas, parecendo uma evolução do nomadismo para a fase agrícola. Era uma reunião de nômades para um novo tipo de economia. Mas não era uma “nação”.

⁴ Já citamos, em artigo passado, que a palavra “hebreu” tem origem na raiz semita “ever”, que indica travessia. Outra origem é sugerida por Burns (1968, p. 112), qual seja “khabiru” ou “habiru”, significando “estrangeiro”. De qualquer modo, a palavra sugere “vindo de fora”.

⁵ Aceito por uma grande corrente de historiadores como precursor da etnia árabe.

⁶ “Tribos de Jacob”, mas; com a mudança do patriarca para “Israel”, passaram a “Tribos de Israel”.

⁷ JAVÉ ou IEHAVÉ (som forte do “H”). Em hebraico “aquele que é”. O termo JEOVÁ, também muito encontrado em traduções de línguas latinas, é uma palavra obtida pela permuta de vogais de ADONAI (Meu Senhor), de fácil compreensão para os judeus, mas desaconselhável para emprego por ocidentais.

⁸ Há uma parcela expressiva de historiadores que atribuem aos egípcios a invenção do alfabeto. Somos de opinião que foram os fenícios. Esse povo deixou as bases do alfabeto cananeu. Posteriormente, por volta de 900 a.C., os gregos dele se apropriaram e usaram seus sinais e princípios para construir o grego escrito.

⁹ “AM” em hebraico é “tribo”, “nação”. Segundo a narrativa bíblica, Moab e Amon foram conce-

bidos incestuosamente da união de Lot (sobrinho de Abrahão), embriagado, com suas duas filhas. Resultaram os moabitas e amonitas, que habitaram a leste do rio Jordão e do mar Morto, deixando muitos vestígios arqueológicos. Quem visitar Aman, capital de Jordânia, estará pisando na antiga Rabat Amon (capital de Amon).

¹⁰ O nome Palestina, já analisado em artigo publicado por Aguiar (2002, p. 277-286).

¹¹ Do grego “diáspora”. Dispersão.

¹² João Batista morreu na fortaleza de Maqueronte (Machaerus, Mjkawir), 8 km a leste do Mar Morto, na antiga Peréia, então sob a jurisdição de Herodes Antipas, que ali costumava fugir ao frio de Jerusalém.

¹³ “O significado dos Manuscritos do Mar Morto”. A tradução do texto transcrito é nossa.

¹⁴ De religiões e crenças que não adotavam o batismo.

¹⁵ Fontes cristãs adotam o ano 20 a. C. para o nascimento de Maria. Preferimos o ano 21 a.C., isto é, quando Jesus nasceu, ela teria quinze anos. Mas deixamos a questão em aberto.

¹⁶ Jesus as pirava o “ar das montanhas puro como vinho”. Texto extraído da canção “Jerusalém”.

¹⁷ O verdadeiro cristão não pode pôr esse tema em discussão. Os responsáveis pela morte de Jesus são Caifaz e seus seguidores, Pilatos e seus comandados e também nós todos, por nossos pecados. Pelo menos é isso que São Paulo quer dizer na nota a seguir.

¹⁸ As iniciais de “Jesus – Cristo – Deus – Filho – Salvador”, “IKHTUS”, em grego, formam a palavra “peixe” e constituem o símbolo místico maior do Cristianismo. O desenho de um peixe no chão é fácil de fazer com o pé, e era um código que o Apóstolo levou para Roma, a fim de que os cristãos pudessem se comunicar, sem serem percebidos pela repressão romana. Outra explicação é a da profissão da maioria dos apóstolos: “pescadores”. A mensagem de São Paulo, sintetizada no símbolo, indica que Jesus de Nazaré é o Ungido, o Escolhido (Cristo), Filho de Deus, o Cordeiro imolado para a remissão dos pecados da humanidade e sua conseqüente salvação (Salvador). De modo que procurar culpa em Jesus de Nazaré por sua crucifixão é, no mínimo, um contra-senso.

¹⁹ Em Palestina – Parte II será feita uma projeção dos atuais habitantes da Palestina e seus problemas, de grande interesse dos leitores.

Bibliografia

AGUIAR, Hugo Hortêncio de. Israel: estado e religião. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, nº 153, p. 277-286, jan./mar. 2002.

BURNS, Edward Mc Nall. *História da civilização ocidental*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1968. v. 1.

DAVIES, A. Powell. *The dead sea scrolls*. New York: New American Library, 1956.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

A diplomacia congressual

Análise comparativa do papel dos Legislativos brasileiro e norte-americano na formulação da política exterior

Clarita Costa Maia
Susan Elizabeth Martins Cesar

Sumário

1. Diplomacia parlamentar: definição original e modernas concepções. 2. As competências constitucionais dos Parlamentos americano e brasileiro em termos de política externa. 3. Instrumentos regimentais de participação dos Parlamentares em questões de política externa. 3.1. Indicação. 3.2. Requerimento. 3.3. A formação dos grupos parlamentares. 4. As comissões temáticas. 5. Mecanismos políticos de influência parlamentar em política externa. 6. Estudo de caso: o Parlamento brasileiro e a análise do Tratado de Não-Proliferação Nuclear e do Acordo da Base de Alcântara. 7. As falácias acerca da participação do Parlamento em política externa, os vícios e as virtudes dessa aproximação.

1. Diplomacia parlamentar: definição original e modernas concepções

O termo “Diplomacia Parlamentar”, tributário da semelhança entre as negociações internacionais que se pretendia alcinhar e o processo legislativo interno dos países, surgiu para designar a nova modalidade de diálogo multilateral inaugurado com o nascimento, no século XIX, das primeiras organizações internacionais intergovernamentais (SOARES, 2001, p. 122). Tratava-se, pois, da diplomacia avançada dentro de organismos internacionais de caráter permanente, em processo previamente acordado e cujos “parlamentares” – delegados e funcionários governamentais, em regra, chefiados pelo Ministro das Relações Exteriores – deviam ser previamente legitimados por seus Governos.

Clarita Costa Maia é Consultora Legislativa do Senado na Área de Relações Internacionais e Especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília, em convênio com a Universidade de Bohun, Alemanha.

Susan Elizabeth Martins Cesar é Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

Popularmente, tem-se atribuído ao termo novas conotações, a maior parte delas referentes à atividade dos parlamentos nacionais na definição da política externa de seus países, entendida como os objetivos e metas externas de um país e os meios que o governo adota para persegui-los (PURVIS; BAKER, 1986). Para apartar a confusão conceitual, valer-nos-emos do termo para significar toda e qualquer atividade do Parlamento, legislativa *stricto sensu* ou política, que influencie a formulação da política externa de seu país.

A competência do Parlamento para dispor sobre aspectos das relações exteriores está prevista, em regra, nas constituições dos países republicanos. A influência congressual no desígnio da política exterior, porém, pode não se restringir ao mero exercício de suas prerrogativas constitucionais, conforme veremos ao longo do artigo.

A decisão pela perspectiva comparada deve-se à percepção, vigente entre os analistas das relações internacionais e sugerida pela literatura, de que, em regra, o Parlamento norte-americano tem exercido maior influência na configuração da política externa que o seu congênere brasileiro. A razão mais óbvia é a de que a inequívoca condição de potência exige dos Poderes norte-americanos maior envolvimento em questões de política externa. Todavia, a comparação não será inócua, pois, não obstante naturais e evidentes diferenças, os processos decisórios em política externa em ambos os países guardam surpreendentes semelhanças, o que poderá apontar possível subaproveitamento da parte brasileira dos seus canais de influência na matéria.

2. As competências constitucionais dos Parlamentos americano e brasileiro em termos de política externa

A oscilação entre a anomia e o ativismo do Congresso Americano em política externa deveu-se, historicamente, à incerteza das prerrogativas parlamentares na matéria, re-

sultado das interpretações divergentes acerca da disciplina da Carta Norte-Americana. Além disso, durante períodos prolongados da história dos Estados Unidos, nos quais julgava-se estar a Nação diante de ameaças internacionais, mormente durante a Guerra Fria, prevaleceu a opinião de que a sobrevivência do País dependia de que a política externa fosse avançada de maneira centralizada pelo Presidente, do que decorria o esmorecimento e a deferência do Legislativo em relação às decisões do Executivo.

No plano legal, a dissensão já se revelava nos *Federalist Papers*, artigos escritos para jornais pelos mentores da Carta sobre a minuta de seu texto, usados ainda hoje para a análise hermenêutica do texto legal. Alexander Hamilton acreditava que o Executivo tinha papel principal na negociação da política externa e que o Congresso detinha poderes excepcionais. James Madison, por sua vez, acreditava que o Congresso detinha amplos poderes para exercer sua influência nas relações internacionais.

A incerteza perdurou com a ultimação do texto. A Carta elenca mais prerrogativas para o Parlamento do que para o Presidente, o que ensejou desde interpretações de que deve exercer o Parlamento poderes mais extensos que o Presidente na matéria até leituras de que os poderes constitucionais do Parlamento encontram-se dispostos em *numerus clausus*, enquanto a competência do Executivo no assunto é tratada em forma de *apertus clausus*. O único entendimento pacífico sobre a questão é o de que o Presidente possui o poder precípua de negociar as relações exteriores dos Estados Unidos com autoridades estrangeiras.

A Constituição Norte-Americana facultava ao Congresso os poderes de prover a defesa comum, regular o comércio com os países estrangeiros, definir e punir atos de pirataria e crimes cometidos em alto mar, declarar guerra, convocar e sustentar o exército, prover e manter a marinha, emitir normas sobre a regulamentação das forças terrestres e navais. Ao Senado incumbe deci-

dir sobre os tratados internacionais e sobre as indicações de embaixadores. Em contraste, a Carta Americana determina tão-somente que o Presidente é o comandante-em-chefe do exército e da marinha dos Estados Unidos e que possui o poder de negociar os tratados, indicar os embaixadores norte-americanos para postos no exterior e de receber embaixadores e outras autoridades estrangeiras.

Portanto, grande parte do *war power* e do poder de disciplinar, legal e politicamente, o comércio internacional dos Estados Unidos está em mãos do Parlamento. No Brasil, no que concerne à guerra, os poderes do Parlamento são mais restritos. Cabe ao Congresso, segundo o artigo 49, incisos II e IV, da Constituição Federal, respectivamente, “autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente” e “aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas”. Ainda no caso brasileiro, pela letra do artigo 48, inciso III, da Constituição, cumpre ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas, entendida essa como a junção da marinha, do exército e da aeronáutica. No caso brasileiro, a declaração de guerra passa a ter feições de ato complexo, dependente da convergência de vontades do Presidente e do Congresso para se realizar no plano da existência.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Congresso Americano tornou-se relutante em exercer seus poderes de guerra, o que fez com que os presidentes advogassem atribuições mais amplas nessa seara. A decisão unilateral do Presidente Truman de enviar tropas para repelir a invasão na Coréia do Sul não encontrou contestação de peso no Senado. Ao contrário, os tribunos mais influentes da época manifestaram-se a favor da medida e contra eventual prestação de

contas junto ao Congresso, entendida como fator de ruptura da unidade da Nação em torno do, assim considerado, importante problema do combate ao comunismo.

Em 1951, Truman tornou a enviar tropas ao exterior sem prévio consentimento do Congresso. A Administração, já desgastada politicamente pelo colapso do Governo Nacionalista Chinês, sofreu duras críticas dos parlamentares. Gestou-se, então, o chamado Grande Debate, momento de reflexão congressual do qual se esperava a pacificação do entendimento sobre as competências dos Poderes em questões militares. O Grande Debate foi malfadado e não gerou resultado prático. A Resolução Coudert, aprovada no Legislativo, reafirmava a incapacidade do Presidente de enviar tropas ao exterior sem prévia anuência do Congresso. A Resolução, todavia, não é legalmente vinculante para o Presidente.

Com a massiva sensibilização da opinião pública americana acerca da Guerra do Vietnã e o subseqüente e profundo envolvimento do Congresso naquela questão de política externa, considerada sem precedentes na história da instituição, reacendeu-se a idéia da necessidade de se limitar os poderes de guerra do Presidente. Como consequência, foi aprovada a Resolução sobre os Poderes de Guerra, a qual, após diversas mudanças que lhe tiraram a força original, restringe a duração do envolvimento dos Estados Unidos em hostilidades ou situações belicosas que não tenham motivado prévia declaração de guerra. Pela Resolução, o Presidente deverá submeter relatório ao Congresso em até 48 horas depois do deslanche da ação militar e fazer cessar o envolvimento norte-americano nas hostilidades em até 60 dias após a submissão do relatório. Demais, o Presidente deverá consultar e prestar informações ao Congresso durante todo o conflito.

Trataremos em separado, na seção 6, do envolvimento do Congresso brasileiro em questões de Defesa, por constituir-se matéria sobre a qual o Parlamento tem manifes-

tado crescente interesse. Estudaremos alguns casos de tramitação de atos internacionais relativos ao assunto para melhor entender a processualística parlamentar e os meandros da apreciação legislativa.

Quanto ao comércio internacional, um dos mais importantes instrumentos de política externa, encontra-se o assunto, nos Estados Unidos, mormente em mãos do Congresso, que poderá, ao seu talento, facultar ao Presidente a assinatura de acordos na matéria sem a necessidade de aprovação legislativa, por meio do *trade promotion authority (TPA, antigo fast track)*, o qual consigna os termos e as condições da autorização e limita a ação presidencial nas negociações.

No Brasil, o artigo 48, *caput*, da Constituição abre a possibilidade de, resguardadas as prerrogativas presidenciais na matéria, abrir debate conducente à síntese de concepções de política exterior temperadas com os anseios da sociedade, traduzidos na vontade parlamentar. O artigo 48 confere ao Congresso Nacional o poder de dispor sobre todas as matérias de competência da União, entre as quais as questões de direito comercial e comércio exterior. Ainda que a contingência do veto Presidencial mitigue ou elimine a hipótese de aprovação de lei encampada pelo Congresso e antagônica às convicções ou aos desejos do Executivo na matéria, o próprio debate abre a possibilidade de construção de novo patamar de entendimento sobre a matéria.

Todavia, a atitude do Congresso brasileiro nas matérias comerciais tem sido, segundo opinião de Maria Regina Soares de Lima e Fabiano Santos, expressa no pioneiro estudo intitulado *Brazilian Congress and Foreign Trade Policy* (1998), não delegar poderes ao Executivo para assuntos de política de comércio exterior, mas simplesmente abdicar de sua autoridade na matéria.

Lima e Santos (1998) defendem que política externa e, principalmente, a política de comércio exterior são objetos de delegação natural dos parlamentos, por três razões principais: a) porque se trata de um assunto

muito suscetível a pressões distributivas, já que setores diversos possuem interesses conflitantes; b) devido à sua complexidade, envolvendo conhecimentos especializados que nem sempre os parlamentares dominam (relativos a câmbio, balança comercial, taxas de juros, etc); c) porque garante a estabilidade das decisões, uma vez que o Congresso, por ser uma entidade cujos membros representam interesses divergentes, tem maior probabilidade de procurar modificar ou anular decisões de política externa que podem prejudicar interesses de determinadas bases eleitorais.

Os autores destacam o fato de que, historicamente, o Executivo tem se fortalecido como tomador de decisão unitário com respeito a questões de comércio exterior. Argumentam que o Legislativo passou de uma posição em que constitucionalmente delegava poderes ao Executivo para assuntos de política externa – como na época em que vigorava a política de substituição de importações – a uma posição em que abdica de tomar qualquer tipo de decisão. Os autores argumentam que as decisões que promoveram a liberalização da economia brasileira nos anos noventa foram elaboradas e levadas a cabo sem a consulta prévia do Poder Legislativo.

Segundo o modelo desenvolvido por Maria Regina e Fabiano Santos (1998), a abdicação de autoridade do Congresso em favor do Executivo em questões de política externa produz três efeitos importantes: a) promoção de política distante do que seria o ponto ideal para o legislador médio; b) instabilidade das decisões, devido a pressões intraburocráticas; c) favorecimento de grupos e setores específicos à revelia de qualquer controle da sociedade.

A reforma do processo decisório de política de comércio exterior no Brasil, de acordo com os autores, seria extremamente benéfica, pois desenharia uma forma mais eficiente de delegação de poderes do Legislativo para o Executivo. Afinal, argumentam, as decisões governamentais que possuem o

apoio do Legislativo têm maior credibilidade de que aquelas produzidas sem a consulta às instituições representativas. Pode-se ainda supor que, na hipótese, serão essas políticas desenhadas com maior atenção às demandas plurais, porquanto destacada, legal e politicamente, a fonte originária do poder de legislar.

Os parlamentares há algum tempo vêm tomando iniciativas com o objetivo de alterar esse quadro de simples abdicação na tomada de decisões de política externa. A Proposta de Emenda à Constituição de número 52, apresentada em 29 de novembro de 2001 pelo então Senador Roberto Requião (PMDB-PR)¹ e que hoje se encontra em tramitação no Senado, constitui-se em um avanço muito significativo na reforma do processo decisório de política de comércio exterior brasileiro. Caso essa PEC seja aprovada pelo Legislativo, dará poderes constitucionais ao Congresso para acompanhar todo o processo de negociação de acordos internacionais que tratem de comércio internacional.

Essa PEC, como pode ser observado em sua justificativa, é inequivocamente inspirada na legislação norte-americana, pela qual o Executivo dos EUA fica obrigado a consultar o Congresso antes de iniciar qualquer tipo de acordo comercial com outros países. Essa lei determina também que a Presidência dos EUA submeta relatórios permanentes sobre o andamento das negociações, desde seu princípio, e confere ao Legislativo a faculdade de requerer ao Executivo que ele leve a cabo estudos sobre os possíveis impactos que possam resultar desses acordos comerciais sobre os diversos setores da economia do país.

A proposta de emenda à Constituição de nº 345/2001, apresentada pelo então Deputado Aloízio Mercadante (PT-SP)², possui objetivos muito similares à proposta do Senador Roberto Requião: alterar o processo decisório de política externa, em especial no que diz respeito a acordos comerciais, propiciando ao Legislativo papel mais ativo e maior capacidade de influência.

Finalmente, esbarramo-nos com a mais tradicional e reconhecida competência do Legislativo nas relações internacionais, qual seja, o poder de definir sobre tratados internacionais, ou *treaty-making power*. No Brasil, nada obstante a controvérsia doutrinária sobre, *inter alia*, o pretensão *status* constitucional dos atos internacionais de direitos humanos³ e a necessidade de se classificar os tratados, com vistas a resgatar a disciplina de trâmite diferenciado e acelerar o processo legislativo, contemplada em constituições pretéritas, a prática e a jurisprudência oficializam a envergadura legal dos tratados internacionais e a necessidade de análise congressual de todos os acordos, onerosos ou não. A doutrina brasileira divide-se, ainda, com relação à validade dos acordos de forma simplificada, ou acordos-executivos, à maneira americana. Alguns pensadores acreditam que esses acordos deveriam ser validados quando tratam de competência privativa do Poder Executivo, quando concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência específica, quando versem sobre questões de interesse local ou de importância restrita, quando consignam apenas a interpretação de cláusulas de tratados já existentes, quando complementam tratados já existentes, sem exorbitar-lhe a função e o objeto ou quando são tratados de *modus vivendi* (MELLO, 2001, p. 224).

Nos Estados Unidos, é corriqueira a prática dos tratados executivos, atos internacionais que dispensam apreciação legislativa, em regra, por versarem sobre matéria de competência exclusiva do Presidente. Nas décadas de 30 e 40, uma série de julgados da Suprema Corte Norte-Americana elevaram os acordos executivos ao mesmo nível constitucional dos tratados, ou seja, consagraram-nos como autênticos e idôneos substitutos dos atos internacionais ordinários assinados pelo Presidente e, portanto, necessariamente sujeitos ao crivo do Senado. No esteio do movimento conservador em política externa, que já se desenhava no Congresso americano e que, entre outros te-

mas, sugere a redefinição do relacionamento da Potência com a Organização das Nações Unidas, o Projeto de Emenda Constitucional Bricker, ou *Bricker Amendment*, apresentado em 1953, objetivava conceder ao Legislativo o poder de anular os tratados executivos. A Emenda foi derrotada, o que inaugurou período de cerca de 15 anos de anomia parlamentar em relações exteriores (LINDSAY, 1986).

A capacidade legislativa do Parlamento em matéria de relações exteriores não se resume ao *treaty-making power*, ou ao poder de participar da feitura de tratados internacionais, no caso brasileiro, pela via da apreciação dos Projetos de Decreto Legislativo que os pretendam aprovar. Conforme o estabelecido no artigo 59 da Constituição, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

No Senado, tramitam cinco Propostas de Emenda à Constituição concernentes às relações exteriores: PEC 52/2001, que modifica as competências privativas do Congresso Nacional e da Presidência da República relativas aos atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional; PEC 23/2002, que explicita a competência do Congresso Nacional no exame dos tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; PEC 18/2003, que autoriza o Presidente da República a negociar acordos internacionais que impliquem redução de barreiras alfandegárias e não alfandegárias a bens e serviços, modificações no regime jurídico dos investimentos externos ou alterações no marco legal referente à propriedade intelectual; PEC 20/2003, que dispõe sobre a aprovação dos negociadores de atos internacionais multilaterais que impliquem redução de barreiras alfandegárias e não alfandegárias a bens e serviços, modificações no regime jurídico dos investimentos externos ou

alterações no marco legal referente à propriedade intelectual; e PEC 34/2003, que impõe o dever do Executivo de dar conhecimento ao Congresso Nacional, de maneira prévia, dos tratados, convenções e atos internacionais em negociação pelo Presidente da República.

Na Câmara dos Deputados, tramitam sete PECs: PEC 402/2001, que inclui na competência exclusiva do Congresso Nacional os poderes de emendar, suprimir, acrescentar, aceitar, modificar ou substituir ato internacional que acarrete encargo ou compromisso gravado ao patrimônio nacional, firmado pelo Presidente da República ou por autoridade por ele delegada; PEC 347/2002, exigindo autorização prévia do Legislativo para negociação dos acordos internacionais relativos à redução de barreiras alfandegárias, alteração de regime jurídico dos investimentos externos e no marco legal referente à propriedade intelectual; PEC 25/2003, que estabelece a competência dos Juizes Federais para processar e julgar casos representados em instâncias internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos; PEC 42/2003, que procura, nos termos de sua Justificação, restringir a possibilidade de declaração de guerra à hipótese de resposta à invasão ou a ato de guerra praticado contra o território nacional e participação e o apoio das forças armadas nacionais em conflitos internacionais à condição de que integre em forças de paz, regularmente aprovada em organismo internacional de que o Brasil seja membro integrante; PEC 70/2003, que visa estabelecer autorização prévia do Congresso Nacional para negociação de tratados, acordos e atos internacionais; PEC 165/2003, que visa estabelecer critérios para eleição de candidatos para mandato eletivo em organização supranacional, cujos parlamentares terão competência para celebrar tratado e aprovar leis supranacionais; PEC 223/2003, que inclui como competência exclusiva do Congresso Nacional a autorização para operações financeiras garantidas pela União, tirando a

tarefa do rol de competências privativas do Senado Federal, pelo art. 52 da Constituição.

Em comparação com os projetos de lei referentes à política doméstica, os projetos de lei relativos a assuntos de política externa são poucos, sendo a maioria deles referente à condição jurídica do estrangeiro no país. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Informações do Senado, entre 1985 a 2003, os senadores apreciaram cerca de 599 acordos internacionais e apresentaram cerca de 44 projetos de lei relativos às relações internacionais, considerados os projetos atinentes à tipificação e ao combate de crimes de natureza transnacional, número próximo do encontrado na Câmara, onde os deputados propuseram apenas 34 projetos de lei referentes a esse tema em período aproximado. Tem-se, portanto, média aproximada a dois projetos por ano. Entre os projetos de lei apresentados pelos senadores na seara internacional, tem-se o PLS 189/2003, que visa, de forma extravagante às competências legais, definir os objetivos, métodos e modalidades da participação do governo brasileiro em negociações comerciais multilaterais ou bilaterais; o PLS 280/2003, que altera a Lei nº 9613, de 3 de março de 1998, a “Lei de Lavagem de Dinheiro”, para também incluir como elemento do crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens a movimentação de capitais provenientes do tráfico internacional de mulheres e crianças, em consonância com o disposto na Convenção de Palermo sobre a Criminalidade Organizada Transnacionais e seus protocolos adicionais; o PLS 281/2003, que pioneiramente impõe a obrigação do ensino do Direito Internacional dos Conflitos Armados, como disciplina autônoma e obrigatória, nas escolas e academias do Exército, Marinha e Aeronáutica, pretendendo fazer com que a ênfase necessária e desejada à matéria seja dada, em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil em face da Convenção de Genebra I para a Melhoria da Situação dos Feridos e Doentes das For-

ças Armadas em Campanha (art. 47); na Convenção de Genebra II para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar (art. 48); na Convenção de Genebra III Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (art. 127); na Convenção de Genebra IV Relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra (art. 144); e no Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (arts. 83 e 87); o PLS 291/2003, no mesmo espírito do PLS 280/2003; e o PLS 451/2003, sobre o exercício de profissões de saúde por estrangeiros em áreas carentes desses profissionais.

Ainda no ano de 2003, foram aprovadas as seguintes leis, relativas, direta ou indiretamente, às relações internacionais: a Lei 10.744, de 9 de outubro de 2003, fruto da aprovação de medida provisória, a qual “dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”; a Lei 10.701, de 9 de julho de 2003, que altera a Lei 9.613, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, para, em conformidade com a Resolução 1373 (2001) das Nações Unidas, de 28 de setembro de 2001 (MAIA, 2003), incluir na tipificação desses crimes a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime de terrorismo ou de seu financiamento. Essa modificação conflui com a Lei Complementar 105, de 2001, que estabelece a possibilidade de quebra de sigilo bancário em decorrência de diversos crimes de natureza transnacional, incluso o de financiamento ao terrorismo; a Lei 10.668, de 14 de maio de 2003, que autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Ex-

portações do Brasil – Apex-Brasil; e a Lei 10.643, de 14 de março de 2003, que autoriza o Poder Executivo a doar à República do Paraguai vacinas e equipamentos indispensáveis ao combate à febre aftosa.

Os decretos legislativos sobre assuntos de política externa são naturalmente mais numerosos, porquanto os acordos internacionais devem ser aprovados por meio desse instrumento. Por fim, quanto aos projetos de resolução, são escassos os que se referem a assuntos de política exterior ou relações internacionais, sendo o exemplo mais típico os projetos de resolução que criam os Grupos Parlamentares, assunto a ser tratado adiante.

Outras prerrogativas constitucionais conferidas ao Parlamento, passíveis de serem utilizadas para influenciar a política externa, encontram-se referenciadas no artigo 50 da Carta Magna. Seu *caput* trata da possibilidade da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de qualquer uma de suas comissões de, na forma de audiência pública, “convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada”. O parágrafo 2º do mesmo artigo adita que “as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas”.

Ambos os procedimentos encontram similar no Congresso americano, bem como em outros parlamentos, porquanto reflexos da moderna acepção do termo “processo legislativo”, a abarcar tanto o *iter legis* (procedimento legislativo ou processo legislativo *stricto sensu*) quanto a dialética que promove o surgimento das peças legislativas.

Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1995, p. 996), a prática das audiências, sejam para o comparecimento de Ministros de Estado ou titulares de órgãos diretamente ligados à Presidência, sejam para o conhecimento da opinião da sociedade a respeito de determinado tema, é considerada legítima pela Suprema Corte Americana desde o Caso *Watkins vs. Estados Unidos*, de 1957, e tem ganhado importância nos diversos parlamentos no mundo que baseiam “seu poder no consenso nos governados”.

Finalmente, cumpre tratar do que Lindsay denominou o mais popular instrumento congressional de influência substantiva na política externa norte-americana: o poder de deliberar sobre o orçamento (LINDSAY, 1986, p. 86). Uma vez mais, a condição particular de Potência confere maior relevo ao tema. Afinal, os Estados Unidos contam com várias e substanciosas linhas orçamentárias de ajuda externa, utilizadas como incentivos positivos para o alinhamento dos demais países às posturas norte-americanas. O Congresso americano pode determinar como essas linhas orçamentárias deverão ser alocadas e gastas. O maior ou menor caráter militar da política externa americano também é em muito forjado pelo Congresso, no marco das decisões orçamentárias.

Malfadas as vias regulares, o Congresso americano busca no poder de controle orçamentário expediente para tornar efetiva sua vontade em matéria de política exterior. Assim ocorreu em diversas ocasiões nas décadas de 60 e 70, quando da relutância do Presidente em ouvir o Parlamento acerca do envio de tropas ao exterior. Ainda segundo Lindsay (1986, p. 87), com esse recurso, o Congresso obrigou a interrupção das atividades armadas americanas no Laos e no Camboja, obistou a ajuda às operações militares e paramilitares em Angola e impôs limitações à ajuda aos “Contras” da Nicarágua. Esse artifício também é utilizado para forçar o Presidente a obedecer os termos de aprovação congressional aos atos internacio-

nais ou de interpretação desses instrumentos. O Congresso restringiu orçamentariamente o plano nacional de desenvolvimento da tecnologia de mísseis antibalísticos, com vistas a preservar o viés defensivo constante na interpretação original do Tratado sobre Mísseis Antibalísticos. Coibiu, portanto, a ambição do então Presidente Ronald Reagan de permitir testes ilimitados dessa tecnologia.

Também o Brasil dispõe sobre a possibilidade de supervisionar o orçamento do Executivo e de influir na determinação dos gastos do Executivo com os programas avançados da área internacional: o artigo 48, inciso II, da Constituição Federal determina caber ao Congresso Nacional dispor sobre o “plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, orçamento anual, as operações de crédito”.

O regime orçamentário brasileiro é estruturado por três leis: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Pelo artigo 165, § 1º, a lei que institui o plano plurianual deve estabelecer, “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes para as relativas aos programas de duração continuada”. O § 2º do mesmo artigo declara que “[a] lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. A Lei Orçamentária Anual, § 5º, inciso I, por sua vez, compreende “o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público”.

O poder de emenda ao projeto de lei do orçamento anual é regulado no artigo 166, §

3º, da Constituição. Em resumo, as emendas de despesa serão aceitas somente se compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, se indicados os recursos que as tornam viáveis, considerado que apenas a anulação de dotações da proposta é que proporciona os recursos que viabilizam as emendas e que não poderão ser anuladas dotações que envolvem gastos com pessoal e encargos, serviços da dívida e transferências tributárias intergovernamentais (GIACOMONI, 2003, p. 240). As emendas também poderão referir-se à correção de erros ou omissões ou a dispositivos do texto do projeto.

As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias somente serão aprovadas se compatíveis com o plano plurianual. Finalmente, as emendas ao projeto de lei do plano plurianual, quando forem relativas aos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, não poderão implicar aumento de despesas.

Ora, o artigo 61, § 1º, reza que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

“I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

(...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;”

Logo, fica apartada a possibilidade de o Parlamento vir a decidir pelo aumento de despesas na estrutura funcional ou institucional do Ministério das Relações Exteriores, ou mesmo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, com vistas a

fortalecê-los. O insucesso dessa hipótese é em muito tributário da própria escassez de recursos no País. A lei do orçamento anual versa sobre assuntos como pagamento de pessoal, serviços da dívida e outras despesas correntes e de capital. Salvo as despesas correntes, as demais rubricas são de difícil alteração, tornando restrito o campo para a manobra orçamentária, permitindo, tão-somente, as esperadas e naturais gestões paroquiais, afastando, portanto, as questões de política externa. Além disso, as leis orçamentárias são de caráter autorizativo, podendo o Governo não executar as despesas previstas ou mesmo diminuir, ao seu alvitre, gastos em determinados programas ou setores com o objetivo de realocar os recursos poupados. Essa manobra é possível desde que se não ultrapasse o orçamento geral previsto.

Nos Estados Unidos, ao contrário, o poder do Congresso de apreciação orçamentária é extenso, jamais tendo a Suprema Corte manifestado que o *appropriations power* tenha sido exercido em contradição com a Constituição e a autoridade executiva (LINDSAY, 1986, p. 88). Os únicos limites admitidos ao *appropriations power* residem na proibição de que o Congresso puna servidores do Executivo com a suspensão de seus salários, de que anule os poderes presidenciais enumerados na Carta Constitucional Americana e de que negue ao Executivo os fundos necessários para receber embaixadores estrangeiros e para negociar tratados internacionais. Em comparação com o ordenamento jurídico brasileiro, são exceções surpreendentemente restritas. Nos Estados Unidos, não há disputas sobre o amplo poder do Legislativo na matéria, o que não afasta a existência de críticas acerca dos desacertos de algumas decisões tomadas pelo Poder com base nessa competência.

Além disso, o Congresso Americano tem o poder de criar novos cargos e instâncias no âmbito do Poder Executivo. Como exemplo, citamos a Agência de Controle de Armas e Desarmamento, criada em 1961, o

Escritório de Direitos Humanos e Assuntos Humanitários, criado em 1977, e o Comando de Operações Especiais e o posto de Subsecretário de Defesa, ambos criados na década de 80 (LINDSAY, 1986, p. 102). No ato de criação desses cargos e instâncias, o Congresso costuma especificar em detalhe qual deverá ser a relação entre eles e o Parlamento.

Até a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a organização e o funcionamento da Administração Federal brasileira somente poderiam ser regidos por lei, cujo projeto deveria ser apresentado pelo Presidente da República. A partir dela, o Presidente passou a poder dispor, por decreto, sobre as mesmas matérias, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e quando visar a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Nos demais casos, portanto, ainda é cabível a forma de lei, cujo projeto, por força do art. 84, inciso XI, deverá passar pelo crivo do Congresso Nacional.

Como a lei a ser analisada pelo Congresso trata da criação e extinção de Ministérios e de órgãos, entendidos como unidades de primeiro escalão, não caberia ao Congresso Nacional influir em questões minudentes como a criação de unidades ministeriais. Tampouco nos parece pertinente a apresentação de emendas que visem a criação de outros ministérios ou órgãos, não previstos no texto original do projeto de lei encaminhado pela Presidência, devido à necessidade de que a emenda guarde relação temática com a proposição emendada, conforme reza jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, formalmente, seria possível a apresentação de emendas que visem o remanejamento de competências entre os Ministérios ou órgãos objeto do projeto de lei em questão, embora a idéia possa gerar reações conservadoras por parte daqueles que preconizam leitura purista da integridade da autonomia do Executivo. Em tese, porém, poderia o Congresso sugerir a alocação da competência de negociação das relações econômicas e comerciais internaci-

onais aos Ministérios da Fazenda (MF) e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), com o fundamento de que as matérias exigem maior nível de conhecimento técnico, proposta revolucionária, porém, por vezes aventada quando da reflexão sobre a condução da política exterior.

3. Instrumentos regimentais de participação dos Parlamentares em questões de política externa

Há instrumentos da ação legislativa que têm nascedouro nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que não gestam projetos legislativos, ou, ainda, que não têm explícita previsão constitucional. Pode-se afirmar que esses instrumentos regem a atividade legislativa *lato sensu*, ou seja, servem como mecanismos de canalização das opiniões políticas dos parlamentares, com vistas a influenciar a tomada de decisão. Em geral, são utilizadas quando não são cabíveis proposições legislativas *stricto sensu* ou quando o Congresso, e os parlamentares, não tem competência de iniciativa para o deslanche de procedimento legislativo sobre a matéria. Por essa classificação, teríamos as indicações, os requerimentos de homenagem, de voto de aplauso, de pesar ou de censura e as resoluções de criação de Grupos Parlamentares.

3.1. Indicação

Segundo o artigo 113 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indicação é a proposição por meio da qual o deputado:

“I – sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre a matéria de sua iniciativa exclusiva;

II – sugere a manifestação de uma ou mais Comissões acerca de determinado assunto, visando a elaboração de projeto sobre matéria de iniciativa da Câmara” (p. 98).

No Senado, por sua vez, as indicações não podem ser endereçadas a outro Poder. Servem, apenas, para encaminhar sugestão de uma comissão ou de um senador para que o órgão competente da Casa efetue estudo ou tome devida providência com respeito ao assunto em pauta (art. 224, Regimento Interno do Senado). O Projeto de Resolução do Senado 65/99 visa a alteração do art. 224 para incluir como objeto de proposição a sugestão de Senador ou Comissão a outro Poder para a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou a apresentação de projeto sobre assunto de sua iniciativa exclusiva.

As indicações não são instrumentos aos quais os parlamentares recorrem com muita frequência para assuntos de relações internacionais. De 1985 a 2002, por exemplo, as indicações do Senado pertinentes a temas de política externa foram somente seis, o que corresponde a menos de uma indicação a cada dois anos. A maioria das indicações sugere que determinada comissão do Congresso realize estudos sobre tema de interesse parlamentar.

3.2. Requerimento

Tanto o Regimento Interno da Câmara quanto o do Senado prevêm diversos tipos de requerimentos. Em geral, são utilizados para solucionar questões práticas de plenário ou de votação. Entretanto, são três os tipos de requerimento que nos interessam:

a) Requerimentos de Informação a Ministro de Estado, que, segundo art. 115 do Regimento Interno da Câmara, “deverão ser escritos e despachados no prazo de cinco sessões, pelo Presidente, ouvida a Mesa, e publicados com a respectiva decisão no Diário da Câmara dos Deputados”

b) Convocação de Ministro de Estado perante o Plenário (art. 116);

c) Voto de regozijo ou louvor ou voto de censura.

Os dois primeiros já foram tratados no tópico anterior.

Os requerimentos de louvor ou os votos de censura são importantes instrumentos, pois sinalizam o apreço ou repúdio parlamentar a determinado acontecimento internacional. Durante os anos de 1985 a 2002, os senadores apresentaram cerca de 27 votos de aplauso ou congratulações e por volta de 14 votos de repúdio. Normalmente, esses votos de louvor ou censura dizem respeito a posições adotadas por certos países, e ao comportamento internacional de alguns governos, quando de encontro ou harmônicos com os ideais ou interesses dos parlamentares.

Nos anos de 2002 e 2003, foram apresentados apenas 7 requerimentos de voto de repúdio, ou desagravo, a atos internacionais, versando sobre assuntos diversos. Em 2003, o julgamento sumário, sem garantias de devido processo, de jornalistas cubanos e o subsequente assassinato desses indivíduos pelo regime de Castro foi tema que suscitou um dos mais veementes debates entre os senadores. O fato ganhou maior relevância devido à circunstância de que, à época, se aproximava reunião da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, ocasião na qual se esperava debater censura ao Governo Cubano devido às reiteradas violações aos direitos humanos. O Brasil, que historicamente se nega a endossar essa censura, por entendê-la como crítica velada ao regime de Castro e desrespeito ao princípio da autodeterminação, decidiu manter o padrão de voto na Comissão. A peculiaridade do fato de que o evento ocorreu próximo à ascensão ao poder no Brasil, por vias democráticas e pacíficas, de governo de matiz esquerdista suscitou críticas entre historiadores e analistas a propósito da opinião então encampada pelo novo governo. Sobre ele, depositou-se a expectativa de que serviria de inspiração para todos os movimentos de esquerda da América Latina para que também optassem pela via democrática. A polêmica reverberou na Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal. O caso foi objeto de requerimento de voto de censura no Senado Federal.

3.3. A formação dos grupos parlamentares

Prática moderna nos parlamentos do mundo é a instituição de grupos binacionais. O Senado espanhol conta com o Grupo de Amizade do Senado da Espanha e do Senado da Itália, com o Grupo de Amizade Espanha-França, com o Grupo de Amizade Espanha-Marrocos e com o Grupo de Amizade Espanha-Chile. No âmbito da Assembleia Nacional Francesa, tem-se, entre outros, o Grupo de Amizade França-México. O Congresso peruano possui 25 Ligas Parlamentares, com mandatos para o período de 2001 a 2006, que visam a cooperação com países de todos os quadrantes do globo. É sabido, ainda, que a Câmara dos Deputados mexicana possui grupos de amizade com a Alemanha, França e Espanha e que sua homóloga norte-americana conta com um *Brazilian Caucus* (Grupo Brasileiro, conforme jargão da Embaixada dos Estados Unidos no Brasil).

O objetivo desses grupos parlamentares, também denominados grupos de amizade binacionais e ligas parlamentares, é o de, à luz da harmonia entre os Poderes constituídos, trazer a debate as relações bilaterais e a política externa avançadas, de ordinário e precipuamente, pelos Poderes Executivos. Dessa dialética entre os Poderes espera-se síntese de política externa de maior legitimidade, porquanto mais adequada às necessidades e expectativas esboçadas, e mais eficaz, porque enriquecida com a experiência dos parlamentares.

No Brasil, essa prática também se encontra bastante difundida. Cerca de 51 grupos parlamentares foram criados por resolução da Câmara dos Deputados e outros 6 por resolução do Senado Federal⁴.

A salutar existência de grupos parlamentares, todavia, ressentem-se, no Brasil, da falta de disciplina unificada acerca da criação e do funcionamento dessas entidades, o que se reflete, entre outras coisas, na inexistência de acompanhamento detido dos trabalhos dos referidos grupos e, destarte, em

memória institucional falha sobre os resultados de suas reuniões e sobre a forma como contribuem para o estreitamento das relações bilaterais. Essa dispersão certamente pode comprometer a capacidade dessas comissões em fornecer subsídios ao processo decisório nas relações exteriores.

Os grupos parlamentares são constituídos por intermédio de resolução de uma das Casas. Pode constar das resoluções ou dos estatutos dos grupos parlamentares sua forma de composição (se apenas de senadores, se apenas de deputados ou se de senadores e deputados que a eles aderirem). Como inexiste entendimento unificado por ambas as Casas sobre a forma de composição dos grupos parlamentares, comum é que existam, em ambas, grupos com o mesmo objeto temático e que permitam a adesão de parlamentares da outra Casa. Tem-se, dessa forma, a duplicidade dos trabalhos do Legislativo sobre assunto único, o que compromete a qualificação do debate e pode gerar confusão em nossos parceiros internacionais acerca do funcionamento do Legislativo e de seu pensamento sobre as relações bilaterais.

Até o fechamento deste artigo, tramitavam no Senado seis projetos de resolução para a criação de grupos parlamentares, entre os quais os grupos Brasil-Ucrânia, Brasil-Irã e Brasil-China. É de notar-se que já existem, na Câmara dos Deputados, grupos parlamentares de idêntico teor, cujas resoluções constitutivas facultam a adesão de senadores, tornando o esforço do Senado, em nosso entendimento, inócuo.

Para conferir unicidade aos esforços legislativos na constituição dessas comissões parlamentares, necessário seria a previsão ou a prática de criação dessas comissões por intermédio de Resolução do Congresso Nacional. Outrossim, a criação de Regimento Unificado possa vir a sanar os problemas relatados, bem como definir a intensidade dos trabalhos do grupo, as relações entre os grupos e as Comissões de Relações Exteriores e daqueles com o Ministério das Rela-

ções Exteriores, tornando seus trabalhos mais eficientes, porque pragmaticamente direcionados.

4. As comissões temáticas

A interdisciplinaridade dos temas internacionais e a porosidade da linha fronteiriça que divide os âmbitos doméstico e internacional fazem com que assuntos que tenham interface com as relações exteriores sejam tratados em diversas comissões.

Nos Estados Unidos, quatro são as comissões permanentes, em cada Casa Legislativa, que tratam das questões atinentes às relações exteriores: as tradicionais Comissões de Relações Exteriores, as Comissões de Assuntos Externos, as Comissões sobre Forças Armadas, as Comissões de Inteligência e as Comissões de Orçamento (*Appropriations Committees*) (tradução livre).

As Comissões de Relações Exteriores e de Assuntos Externos, historicamente, ocuparam papel central no processo decisório congressual sobre política externa. Todavia, o engajamento legislativo no debate sobre a Guerra do Vietnã é considerado o último marco do reinado incontestado dessas comissões. Depois do episódio, ambas perderam prestígio, tendo sido preteridas em algumas ocasiões em favor do estabelecimento de painéis temáticos *ad hoc*, como quando da eclosão do escândalo “Irã-Contras”. A literatura atribui à polarização ideológica no âmbito dessas Comissões a responsabilidade pela paralização de suas atividades e, destarte, pela perda de importância por ambas sofrida. Somam-se a isso os fatos de que os tratados exercem hoje papel menor na política externa norte-americana e de que os recursos externos também diminuíram de maneira acelerada na década de 80. Por último, em face das Comissões de Orçamento, conforme visto, ambas possuem poderes diminutos para tornar efetivas suas opiniões em política externa, o que reduziu o interesse dos parlamentares por suas atividades (LINDSAY, 1986, p. 55).

No Brasil, existe uma Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional em cada uma das Casas. Segundo o Regimento Interno do Senado Federal do Brasil, em seu artigo 103, compete à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) emitir parecer sobre:

“I – Proposições referentes aos atos e relações internacionais (Const., art. 49, I) e ao Ministério das Relações Exteriores;

II – comércio exterior;

III – indicação de nome para chefe de missão diplomática de caráter permanente junto a governos estrangeiros e das organizações internacionais de que o Brasil faça parte (Const., art. 52, IV);

IV – requerimentos de voto de censura, de aplauso ou semelhante, quando se refiram a acontecimentos ou atos públicos internacionais;

V – forças armadas de terra, mar e ar, requisições militares, passagem de forças estrangeiras e sua permanência no território nacional, questões de fronteiras e limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo, declaração de guerra e celebração de paz (Const., art. 49, II);

VI – assuntos referentes à Organização das Nações Unidas e entidades internacionais de qualquer natureza;

VII – autorização para o Presidente ou o Vice-Presidente da República se ausentarem do território nacional (Const., art. 49, III);

VIII – outros assuntos correlatos. (...)

Como prevê o Regimento Interno da Câmara dos Deputados do Brasil (art. 32, XI), é responsabilidade da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional zelar pelos seguintes temas (além dos temas que dizem respeito à defesa nacional):

“a) relações diplomáticas e consulares, econômicas e comerciais, culturais e científicas com outros países;

relações com entidades internacionais multilaterais e regionais;

b) política externa brasileira; serviço exterior brasileiro;

c) tratados, atos, acordos e convênios internacionais e demais instrumentos de política externa;

d) direito internacional público; ordem jurídica internacional; nacionalidade; cidadania e naturalização; regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;

e) autorização para o Presidente ou Vice-Presidente da República se ausentar do território nacional; (...)

j) litígios internacionais; declaração de guerra; condições de armistício ou de paz; requisições civis e militares em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;” (além de outros temas relacionados a forças armadas e política de defesa nacional).

Há, portanto, forte similaridade entre as competências das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional de ambas as Casas do Congresso brasileiro. O Senado possui, porém, atribuições um pouco maiores, pois é encarregado da sabatina dos indicados aos postos de embaixadores, da autorização do Presidente e do Vice-Presidente para deixar o território brasileiro e da autorização das operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. A apreciação, todavia, escapa ao domínio da CRE.

Quando as proposições legislativas guardam evidente interdisciplinaridade, e, obviamente, correlação com as relações exteriores, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados as distribuem para as Comissões de Relações Exteriores e demais comissões temáticas afins. Destarte, várias outras comissões podem vir a se tornar instâncias do processo decisório em relações exteriores.

A sabatina de indicações do Executivo para Embaixadores constitui-se em uma das

prerrogativas principais da Comissão do Senado. A absoluta maioria das indicações tem sido aprovada sem grandes discussões, com as memoráveis exceções das indicações de Paulo Nogueira Batista para embaixador junto à ONU, em julho de 1987, de Fernando Antônio de Oliveira Santos Fontoura para embaixador na República Dominicana, em 1996, e de Itamar Franco para embaixador em Portugal, em 2003.

Paulo Nogueira Batista teve sua indicação rejeitada em uma primeira votação em sessão secreta no Senado por 20 votos contra, 15 a favor e duas abstenções. A acusação dos senadores contra Paulo Nogueira Batista, que na época era o Embaixador do Brasil junto ao GATT, em Genebra, foi ressaltada por Aluizio Bezerra (PMDB-AC), que o acusou de não ter defendido os interesses nacionais durante a negociação do acordo nuclear Brasil-Alemanha e de ter, como presidente da Nuclebrás, permitido a evasão de cientistas brasileiros para o exterior.

No caso de Fernando Antônio de Oliveira Santos Fontoura, segundo reportagem do jornal *O Globo*, de 6 de dezembro de 1996, seu nome foi contestado pelo então Senador José Serra (PSDB-SP), que fez pronunciamento acusando-o de ter sido agente da repressão durante o regime militar, em 1971, quando trabalhava na Embaixada do Brasil em Santiago do Chile.

Após essa denúncia, a votação foi suspensa e o então Presidente da Comissão de Relações exteriores, Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA), retirou o assunto da pauta do Senado. Com isso, para que houvesse nova votação, o Presidente Fernando Henrique teria que reapresentar a indicação. A indicação de Fernando Antonio Oliveira Fontoura foi posteriormente aceita.

O Senador Jéferson Perez manifestou, à época do impasse da indicação de Fernando Santos Fontoura, a opinião de que o Senado deveria apenas referendar somente as indicações políticas de embaixadores, não havendo sentido na sabatina de diplomatas de carreira. O Senador chamou atenção para

o fato de que atualmente é muito pequena a frequência de indicações políticas de embaixadores, tendo a sabatina se tornado nada além de mero procedimento chancelador.

Nos Estados Unidos, também é usual obstar a aprovação das indicações para a titularidade das embaixadas. Os motivos são os mais diversos: desaprovação das qualificações do indicado para o cargo em questão, mero revanchismo político ou, ainda, pessoal.

Outra comissão no Congresso Nacional a tratar de assuntos de política externa é a Seção Brasileira da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, que é uma comissão mista permanente. Foi estabelecida por meio da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1996, sendo integrada por dezesseis membros titulares e igual número de suplentes, com representação paritária da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Comissão possui as seguintes atribuições:

I – apresentar relatório sobre todas as matérias de interesse do Mercosul que venham a ser submetidas ao Congresso Nacional;

II – emitir relatório circunstanciado sobre as informações encaminhadas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo retratando a evolução do Mercado Comum, conforme o disposto no artigo 24 do Tratado de Assunção;

III – apresentar, à deliberação da Comissão Parlamentar do Mercosul, proposições que devam, nos termos do disposto no artigo 26 do Protocolo de Ouro Preto, constituir recomendações ao Conselho do Mercado Comum.

(...)

Art. 3º Além do disposto nos artigos anteriores, e para providências que se fizerem necessárias junto à autoridade competente, a Representação Brasileira na Comissão Parlamentar do Mercosul deverá acompanhar junto aos órgãos do Poder Executivo, todas as providências por eles adota-

das e que possam, direta ou indiretamente ser de interesse do Mercosul”.

O protocolo de Ouro Preto, em sua Seção IV, dispõe sobre a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, prevendo: que a Comissão Parlamentar Conjunta deverá ser integrada por igual número de representantes dos Estados-Partes, que seus integrantes serão designados pelos parlamentos nacionais, segundo seus procedimentos internos, e que encaminhará recomendações ao Conselho do Mercado Comum. Ademais, determina que “[a] Comissão Parlamentar Conjunta procurará acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados-Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo. Da mesma forma, coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Quando necessário, o Conselho do Mercado Comum solicitará à Comissão o exame de temas prioritários”.

As matérias referentes a assuntos do Mercosul passíveis de apreciação do Congresso Nacional são encaminhadas preliminarmente à Representação antes de serem enviadas às Comissões competentes da Câmara ou do Senado. A Representação disporá de quinze dias para emitir seu relatório, que poderá ser utilizado por outras Comissões como um subsídio para seu estudo e formulação de seu parecer.

O papel da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul não é, portanto, de apreciação formal de tratados internacionais, como ocorre com as Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara e do Senado. Exerce, ao contrário, trabalho de acompanhamento da evolução do Mercosul, servindo como ponto de referência e informação para as outras Comissões e para os parlamentares no que diz respeito a temas atinentes ao Bloco regional. A Representação Brasileira também exerce a função de levar ao conhecimento dos outros parlamentos do Mercosul questões de

interesse brasileiro, por ocasião das reuniões da Comissão Parlamentar do Mercosul.

A Comissão Parlamentar do Mercosul, integrada por dezesseis parlamentares de cada país membro, exerce as atribuições seguintes: acompanhar o processo de integração e informar os Congressos Nacionais; emitir recomendações sobre a condução do processo de formação do Mercosul; acelerar os procedimentos internos para garantir a inclusão na legislação doméstica dos acordos subscritos no âmbito do Mercosul; relacionar-se com o parlamento de terceiros países; e desenvolver as ações necessárias para a futura instalação do Parlamento do Mercosul.

A Representação Brasileira exerce, por fim, papel importante no que se refere à inclusão na legislação brasileira das decisões tomadas no âmbito do Mercosul, procedimento que, embora fundamental e basilar para a evolução do Bloco regional, todavia enfrenta grandes dificuldades nos países-membros, o que gera preocupante quadro de atrasos na entrada em vigor de normativas de grande relevância. Ainda, reflete, no Parlamento, as pressões recebidas da sociedade com respeito à aprovação ou não de determinada legislação do Mercado Comum do Sul.

5. Mecanismos políticos de influência parlamentar em política externa

O maior ativismo dos Parlamentos em questões de política externa abriu e consolidou novos canais permanentes de reflexão e diálogo, entre os quais a atividade política parlamentar de negociação internacional. Obviamente, essa negociação não é oficial, não se dá em nome do Estado, cujos agentes capazes de firmar negócios jurídicos internacionais somente podem ser designados expressamente pelo Presidente da República, mercê de seu monopólio de negociação das relações exteriores.

A diplomacia parlamentar assim entendida serve como fator de persuasão incidente

sobre os agentes envolvidos, de direito, nas negociações internacionais. Pode revelar-se sob as formas de diplomacia pessoal, de participação de parlamentares na condição de membros de delegação em fóruns ou negociações internacionais e de contatos de rotina com governos estrangeiros.

A diplomacia pessoal é aquela individualmente entabulada por parlamentares, a título e por iniciativa pessoal, particularmente motivados ou envolvidos em assuntos internacionais. Nos Estados Unidos, essa atividade gerou polêmicas quando o Porta-Voz da Casa Civil Jim Wright lançou campanha pessoal de negociação com oficiais nicaraguenses para discutir questões de segurança na América Central. Wright chegou a encontrar-se com o Presidente Daniel Ortega. O Congresso propôs que Wright fosse julgado com base no Ato Logan, que proíbe que cidadão americano conduza negociações com potências estrangeiras sem a permissão do governo norte-americano (LINDSAY, 1986, p. 120). Os casos de diplomacia pessoal realizada por parlamentar são raros nos Estados Unidos. Não nos constam exemplos no Brasil do exercício dessa modalidade de diplomacia parlamentar.

O convite realizado a parlamentares para integrarem delegações nacionais em negociações internacionais são comuns em ambos os países, porém, menos freqüentes do que o desejado pelos parlamentares nos dois casos. Nos Estados Unidos, surgiu com negociações do tratado de paz com a Grã-Bretanha. A freqüência desses convites varia, porém, de acordo com as convicções dos diferentes Presidentes sobre a conveniência dessa participação e com os assuntos em pauta. Woodrow Wilson negou-se a convidar membros do Congresso para participarem da negociação da Conferência de Paz de Paris, o que ajudou no rechaço congressual do Tratado de Versailles (LINDSAY, 1986, p. 122). Com o chamado ressurgimento do ativismo congressual em matéria de política externa, os parlamentares têm de-

mandado maior participação em negociações internacionais.

Outra forma de influência do parlamento nas relações exteriores, mas que não se enquadra na categoria “diplomacia parlamentar”, por não se referir a contato direto entre os parlamentos e negociadores internacionais, é a consulta entre o Executivo e o Legislativo. Tal como no caso dos convites a parlamentares para a participação em delegações para negociações internacionais, as consultas do Executivo ao Legislativo não seguem padrão de freqüência. Como não há pressão marcante da opinião pública e parlamentar sobre o Presidente para que agregue os tribunos nas negociações internacionais, o convite depende, conforme visto, da vontade dos Presidentes, do entendimento subjetivo das vantagens dessa participação, da sensibilidade das matérias e do momento político. Truman, por exemplo, consultou o Parlamento nas negociações da Carta das Nações Unidas, do Plano Marshall e do Tratado da Organização do Tratado do Atlântico-Norte, mas não o fez no caso das crises no Azerbaijão, em Berlim e da Guerra da Coréia (LINDSAY, 1986, p. 127).

Cumprido, ainda, mencionar a última forma de influência do parlamento na política internacional, a forma por excelência de influência política em qualquer assunto: a mudança da opinião pública por meio de discursos, aparições públicas e outras manifestações midiáticas. Dentro e fora da tribuna, do Plenário e das Comissões, os parlamentares manifestam-se com freqüência acerca das bandeiras por eles encampadas nos inúmeros eventos para os quais são convidados a participar: desde congressos, seminários, palestras e simpósios, a inaugurações, comícios e reuniões partidárias.

As manifestações congressuais sobre a importante norma americana intitulada *Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002* (Lei para a Segurança da Saúde Pública e de Resposta e Preparação contra o Bioterrorismo), em vigor desde de 12 de junho de 2002,

e cujas regulamentações complementares entraram em vigor a partir do fim do ano de 2003, precederam as manifestações públicas do Executivo na matéria. A medida norte-americana se apóia no art. 2.2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, que faculta regulamentos técnicos mais restritivos quando ocorram imperativos de segurança nacional. Entre outras providências, a norma norte-americana prevê ações no sentido de assegurar a verificação da ameaça imposta pela adulteração intencional de alimentos. Na Seção 303 do Ato, são propostas ações relacionadas à detenção administrativa e retenção temporária em portos de entrada de alimentos que, durante inspeção, exame ou investigação por oficial qualificado, demonstrem “evidência digna de crédito” ou informação indicando que o referido produto representa ameaça séria à saúde ou de morte a seres humanos e animais. Além disso, impõe que as empresas estrangeiras deverão incluir no registro o nome do seu agente local nos Estados Unidos.

Essas medidas, além de possibilitarem a tomada de decisão com base em fundamentos cientificamente precários e facilitarem a restrição da entrada de produtos com base em fins meramente protecionistas, aumentam os custos dos exportadores para os Estados Unidos. Para o Brasil, cujas exportações já se ressentem de picos tarifários para os principais produtos agrícolas de sua pauta, os danos maiores serão causados às pequenas e médias exportadoras, em vista da majoração dos gastos com a exportação.

A colocação desse tema na agenda das relações internacionais brasileiras era, portanto, imprescindível e teve na figura do Parlamento um de seus grandes promotores.

6. Estudo de caso: o Parlamento brasileiro e a análise do Tratado de Não-Proliferação Nuclear e do Acordo da Base de Alcântara

Diferentemente do interesse parlamentar por questões comerciais, que só aflorou

recentemente, acordos internacionais que engajam o Brasil em temas relacionados à segurança e defesa nacional têm sido objeto de preocupação constante nas discussões do Congresso Nacional.

Tratados relacionados à defesa nacional têm trazido à tona a tendência do Congresso de não se contentar em aprovar os acordos na íntegra, colocando condições sob as quais os tratados serão aprovados. O Itamaraty, no entanto, tem resistido a aceitar esse tipo de interferência do Legislativo nos tratados assinados pelo Executivo. Esse, entretanto, poderia ser considerado como mais um avanço em direção à reforma do processo decisório em política externa brasileira.

Apresentaremos aqui dois casos importantes para ilustrar esse comportamento parlamentar: a aprovação do “Tratado de Não-Proliferação Nuclear” com ressalvas e a tramitação polêmica do “Acordo entre o Brasil e os Estados Unidos sobre salvaguardas tecnológicas relacionadas à participação dos Estados Unidos nos lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara”.

A negociação do TNP inseriu-se no contexto da Guerra Fria, em processo longo que se arrastou de 1965 a 1968 no âmbito do “Comitê de Desarmamento das Dezoito Nações” em Genebra. Objetivando conter a proliferação de armas nucleares em um mundo ideologicamente polarizado e marcado pela corrida armamentista entre as duas superpotências, o Tratado foi concluído em julho de 1968, passando a vigorar em 5 de março de 1970. Nessa data, contava com a participação de somente três das cinco potências nucleares: Estados Unidos, Grã-Bretanha e União Soviética. Somente em 1992 é que China e França aderiram ao tratado.

O TNP tornou-se polêmico por estabelecer duas categorias de Estados-Partes, com direitos e obrigações distintas. Os Estados nuclearmente armados (definidos como aqueles que fabricaram ou explodiram um

artefato nuclear antes de 1º de janeiro de 1967), que ficavam então obrigados a não transferir armas nucleares e outros explosivos nucleares nem ajudar na sua fabricação por nenhum Estado não nuclear (art. I). Os Estados não nuclearmente armados permaneceriam nessa condição, pois estariam obrigados a não receber, construir ou adquirir de nenhuma maneira armas nucleares ou outros explosivos nucleares, bem como não receber nenhum tipo de assistência para esse fim (art. II).

O Brasil, apesar de não ter assinado o TNP na época em que entrou em vigor, participou ativamente de sua negociação, como membro do “Comitê de Desarmamento das Dezoito Nações”. Antes disso, participou da elaboração dos princípios que deveriam orientar os negociadores, na Assembléia Geral das Nações Unidas, em novembro de 1965.

O Brasil escolheu manter-se fora do TNP por questões de princípio: “por considerá-lo um tratado discriminatório, ao instituir direitos e obrigações distintos para diferentes categorias de países e por ser tênue a obrigação das potências nucleares quanto ao desarmamento, enquanto os países não-nucleares aceitaram compromisso inequívoco e verificável de não-aquisição de armas nucleares” (LINDSAY, 1986).

A adesão brasileira ao TNP, em 1998, é entendida por alguns analistas como iniciativa pessoal do presidente Fernando Henrique Cardoso, visando recuperar algumas “hipotecas internacionais” ainda existentes.

O processo de ratificação do TNP iniciou-se, em 1997, por meio de “exposição de motivos” interministerial (nº 252), encaminhada ao Presidente da República em 20 de junho de 1997⁵. Tendo sido elaborada conjuntamente pelos Ministros de Estado da Justiça, Marinha, Exército, Relações Exteriores, Aeronáutica, Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, Chefe da Casa Civil da Presidência da República e Secretário de Assuntos Estratégicos da Presidência da Re-

pública, trata-se de um projeto de mensagem ao Congresso em que são expostas as razões oficiais que recomendam a assinatura do Tratado.

A Mensagem ao Congresso (Mensagem nº 716/97) assinada pelo Presidente da República, que encaminha o texto do Tratado para apreciação dos parlamentares, oferece explicações bastante convincentes sobre os motivos conducentes à adesão ao Tratado após tantos anos de relutância. Segundo esse documento, a manutenção da posição brasileira de tradicional oposição ao TNP estaria constituindo atualmente mais um ônus político do que um benefício. Isso porque o Tratado em 1997 era considerado o mais universal dos tratados internacionais, contando com 185 Estados-Partes. O Brasil estaria, portanto, em posição singular e paradoxal de isolamento, pois os outros únicos países com alguma atividade nuclear que não haviam aderido ao TNP eram Índia, Paquistão e Israel, os chamados “Estados no limiar”, além de Cuba. A ausência do Brasil no Tratado pode ter sido mal interpretada como solidariedade a esses países, o que prejudicaria o perfil que o Brasil gostaria, à época, de projetar internacionalmente.

Como todo acordo internacional, a tramitação iniciou-se na Câmara dos Deputados. A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional daquela Casa transformou a mensagem do Presidente da República encaminhando o Tratado em projeto de decreto legislativo.

Naquela Comissão, foi designado como Relator o então Deputado Werner Wanderer (PFL-PR), para oferecer parecer acerca do mérito do projeto de decreto legislativo. O parecer do relator é constituído de relatório (em que se contextualiza o projeto) e voto, que nesse caso foi favorável à aprovação do texto do Tratado de Não-Proliferação⁶. Constatou-se, entretanto, que os dados apresentados pelo relator pouco diferem ou acrescentam à mensagem interministerial, o que pode gerar uma série de interpretações: fal-

ta de interesse do Deputado pelo assunto, apoio ao governo, determinações partidárias, etc.

O tempo de tramitação do projeto naquela Comissão foi de aproximadamente quatro meses (20 de junho a 15 de outubro de 1997), tendo sido aprovado, apesar de ter recebido quatro votos contrários e um voto em separado, o da Deputada Joana D'Arc⁷, da oposição. O voto em separado da citada Deputada apresenta onze razões pelas quais o Brasil tradicionalmente vinha discordando do texto do TNP, entre as quais a de que aderir ao Tratado naquele momento significaria uma série de desdobramentos prejudiciais ao país. O mecanismo do voto em separado constitui legítimo meio de contestação do posicionamento internacional do governo brasileiro e em uma forma, mesmo que aparentemente tímida, de um parlamentar buscar influenciar a tomada de decisão em política externa, dando relevo à sua contestação.

O projeto foi então levado à Mesa da Câmara, e seguidamente despachado à Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, onde foi aprovado o parecer do relator, então Deputado Nilson Gibson, pela Constitucionalidade, Juridicidade e Técnica Legislativa, contra os votos de cinco deputados, em 14 de janeiro de 1998⁸.

Posteriormente, o projeto de decreto legislativo foi encaminhado ao Plenário, em 20 de janeiro de 1998, para discussão em turno único, entrando na ordem do dia em 28 de janeiro⁹. Nessa data, teve sua discussão adiada devido ao término da sessão, voltando à ordem do dia da sessão ordinária seguinte, em 3 de fevereiro, quando foi retirado da pauta o projeto por meio da aprovação do requerimento do então Deputado José Machado, Líder do Bloco PT/PDT/PC do B. O projeto só voltaria à pauta no dia 16 de junho, quando sua discussão foi adiada por falta de *quorum*.

Esses artifícios regimentais utilizados para se adiar a discussão de projeto demonstram um trabalho nos bastidores realizado

pela oposição, na tentativa de angariar votos contrários ao projeto do governo, mostrando um alto interesse dos deputados pela questão.

A efetiva discussão do projeto no plenário só se daria no dia 30 de junho, véspera do recesso parlamentar, havendo a apresentação de uma emenda de plenário pelo então Deputado Haroldo Lima, Líder do PC do B. Trata-se de emenda aditiva, visando acrescentar-se ao Projeto o seguinte artigo¹⁰:

“Art. 2. A adesão do Brasil ao presente Tratado está vinculada ao entendimento de que, nos termos do artigo VI, serão tomadas medidas efetivas visando à cessação em data próxima da corrida armamentista nuclear, com a completa eliminação de todas as armas atômicas”.

Essa emenda, apresentada pela oposição, objetiva condicionar a adesão do Brasil ao TNP ao contínuo cumprimento de compromissos históricos na área de não proliferação nuclear e ao empenho para que sejam tomadas medidas concretas e urgentes com vistas à eliminação de todos os arsenais atômicos, de acordo com os compromissos assumidos pelas potências nucleares relativos ao artigo VI do presente tratado. Novamente, a apresentação de uma emenda pode ser vista como mais um sinal de preocupação e interesse por parte dos deputados com respeito ao assunto em pauta, interferindo assim, ainda que de forma pequena, em projeto do Executivo.

Nota-se, entretanto, que a aprovação da emenda, assim como de todo o projeto, já estava informalmente acordada pelos parlamentares, pois que em uma só sessão foi proferido parecer sobre a emenda, pelos relatores em substituição à CCJR e à CREDN, assim como votado o projeto e aprovada sua redação final. É certo que o Itamaraty esteve agindo nos bastidores para garantir a aprovação do Tratado, usando todo tipo de artifício, como foi o caso de um almoço oferecido aos partidos de esquerda¹¹, que possuíam opinião contra a adesão ao TNP.

Como informou o então Deputado Haroldo Lima, o Congresso Nacional negou-se a aprovar o TNP por muito tempo, até que se firmou acordo com o Itamaraty. Os parlamentares, principalmente os da oposição, atrelavam a aprovação do acordo ao compromisso dos países possuidores de armas nucleares com o desarmamento. Dessa forma, após muitas discussões entre o Itamaraty e os Parlamentares, chegou-se a uma solução, que foi consubstanciada na emenda apresentada pelo Deputado. Segundo Haroldo Lima, a posição do Congresso era a de que ou se aprovava a emenda, comportamento não usual na apreciação dos tratados, ou os Parlamentares não aprovariam o tratado. Segundo o próprio Haroldo Lima, a emenda foi mostrada ao Itamaraty antes de ser votada no Congresso, tendo sido “aprovada” pelos diplomatas. Assim, para garantir que o tratado não fosse rejeitado, o Itamaraty concordou com a elaboração da emenda.

Cumprir lembrar, porém, que, não obstante a eventual designação de “emenda” atribuída à ressalva feita pelo Congresso a tratado internacional, em verdade, trata-se essa ressalva de “reserva”. O Poder Executivo é que, estando com seu poder de ratificação do tratado limitado às reservas feitas pelo Congresso, decidirá ou mesmo pela não-ratificação do tratado ou pela recolocação do texto do acordo na mesa de negociações para, então, lhe serem feitas emendas propriamente ditas. Seria contraditório defender o poder do Congresso de emendar tratado internacional, ou seja, intervir diretamente em seus termos, sem a prévia discussão com as demais Partes no Acordo, quando, constitucionalmente, não possui sequer poder de negociá-lo.

A doravante chamada reserva ao TNP, entretanto, foi inserida no projeto de decreto legislativo que aprova o tratado, não constituindo uma mudança no texto do tratado em si. Encerra-se, dessa forma, a tramitação do projeto na Câmara, sendo então despachado ao Senado Federal para sua apreciação.

Em virtude do regime de urgência aprovado para a tramitação do Projeto no Senado, o parecer do Relator José Agripino, do PFL, em substituição à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, é proferido em plenário, não lhe tendo sido oferecidas quaisquer emendas¹². O projeto não chega nem a ser discutido no plenário, sendo aprovado por meio do processo simbólico de votação (procedimento que é geralmente utilizado quando não se trata de tema polêmico e quando se tem a sua aprovação como certa). A aprovação da redação final ocorreu na mesma sessão, sem discussões. Assim, o Decreto Legislativo que aprova o texto do TNP foi promulgado pelo então Presidente do Senado Federal, Antonio Carlos Magalhães, em 2 de julho de 1998.

A assinatura da adesão brasileira ao TNP, pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 13 de julho de 1998, pode ser entendida como uma manobra política no contexto da campanha de reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O pedido de urgência que se fez à tramitação no Senado Federal foi para que a aprovação do Tratado coincidissem com a visita ao Brasil do Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan. Na mesma data, o Brasil ratificou o CTBT, Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares. Por meio dessas iniciativas, além do “resgate de hipotecas” do passado, o governo brasileiro estaria visando melhor posicionamento internacional para uma possível candidatura a um assento permanente no Conselho de Segurança. O momento internacional da adesão brasileira ao TNP também não poderia ser mais propício, já que Índia e Paquistão ameaçavam acionar o rearmamento nuclear da Ásia, devido aos testes nucleares realizados no início de junho de 1998 pelos dois países.

O “Acordo sobre Salvaguardas Tecnológicas relacionadas à participação dos Estados Unidos em lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara” foi assinado em Brasília, em 18 de abril de 2000. Por meio da Mensagem Presidencial de nº

296, foi enviado para apreciação do Congresso Nacional um ano mais tarde, em 2 de abril de 2001. De acordo com a exposição de motivos¹³ preparada conjuntamente pelo Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério da Defesa, esse acordo seria um passo bastante importante para viabilizar o uso comercial dos serviços de lançamento a partir do Centro de Lançamento de Alcântara.

O acordo visa ao estabelecimento de condições para que o Centro de Lançamento de Alcântara possa ser um centro de lançamento de satélites estrangeiros e cria mecanismos para proteger as informações e tecnologias de uso dual das empresas envolvidas nos lançamentos.

A aprovação desse Tratado tornou-se polêmica na Câmara dos Deputados na medida em que a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional achou que o Tratado era assimétrico, por criar obrigações quase exclusivamente para o Brasil; desnecessário e que não leva em consideração os compromissos internacionais anteriormente assumidos pelo Brasil; possui salvaguardas políticas que não têm qualquer relação com a proteção de tecnologia norte-americana; as salvaguardas tecnológicas propriamente ditas, embora sejam condizentes com o objetivo do acordo, são abusivas e implicam perigos para o País; e que o acordo seria incompatível com o direito espacial internacional.

Assim, após muitas discussões e realizações de audiências públicas para esclarecimento sobre o tema, a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional aprovou, por meio do decreto legislativo nº 1446, de 2001, o “Acordo entre o Brasil e os Estados Unidos sobre salvaguardas tecnológicas relacionadas à participação dos Estados Unidos nos lançamentos a partir do Centro de Lançamentos de Alcântara”, com cinco supressões ao texto, cinco modificações e uma adição.

A aprovação desse tratado com ressalvas e emendas pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional trouxe à baila

a questão sobre a possibilidade jurídica de o Poder Legislativo apresentar emendas e ressalvas aos textos de tratados internacionais bilaterais.

Segundo parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados¹⁴, parte da doutrina jurídica acredita que os atos internacionais bilaterais sujeitos à deliberação do Congresso Nacional só podem ser aprovados, ou rejeitados, *in totum*. Esse argumento baseia-se no fato de que, sempre que o Congresso Nacional modifica o texto do acordo bilateral, está sugerindo um novo texto, e conseqüentemente rejeitando o texto negociado. Por meio de reservas, o Congresso Nacional interfere no texto do acordo aprovado bilateralmente, gerando um resultado diferente daquele que havia sido acordado. Por conseguinte, os negociadores teriam que voltar a discutir o tratado, para chegar a um novo equilíbrio que respeite as ressalvas e emendas colocadas pelo Poder Legislativo.

A Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados acredita, entretanto, que a jurisprudência da Comissão aponta para o contrário, destacando-se dois exemplos favoráveis à aprovação parcial de tratados.

O primeiro caso apontado pela Comissão é o parecer proferido em 1961 por Haroldo Valadão, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores à época, a respeito da possibilidade de o Congresso Nacional elaborar emenda ao Acordo de Comércio e Pagamento entre o Brasil e a Tcheco-Eslováquia, que afirmava:

“Se ao Congresso compete, assim, deliberar, decidir, sobre aqueles atos internacionais, não há como limitar a sua deliberação, restringir sua decisão a pontos extremos, aprovação total ou rejeição total, pois a aprovação de emendas é, claramente, também, uma forma de resolver, decidir, deliberar”.

O segundo caso que segue essa mesma linha interpretativa é a Consulta nº 7 de 1993, em que a Presidência da Câmara dos

Deputados solicitava o pronunciamento da Comissão de Constituição, Justiça e Redação sobre a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar parcialmente os tratados internacionais celebrados pelo Executivo. Na ocasião, o relator da consulta, Deputado José Thomaz Nono, argumentou que:

“(…) se ao Congresso Nacional compete, por força do mandamento constitucional expresso no inciso I do artigo 49, ‘resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional’, ou seja, se ao Congresso é conferido o direito e o dever de aprovar ou rejeitar, *in totum*, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-los com restrições. *Qui potest maius, potest minus*”.

Assim, naquela ocasião, a Comissão de Constituição, Justiça e Redação aprovou por unanimidade o parecer do relator Deputado José Thomaz Nono, sobre a Consulta nº 7 de 1993. Dessa forma, a Comissão concluía unanimemente a favor da possibilidade de o Congresso Nacional referendar parcialmente os tratados celebrados pelo Presidente da República.

Com base nesses dois casos apontados acima, a Comissão mais uma vez concluiu, agora referindo-se ao tratado sobre a base de Alcântara, que “a posição desta Casa é a de que o Poder Legislativo pode, em definitivo, propor e aprovar emendas, ressalvas e cláusulas interpretativas a atos internacionais firmados pelo Poder Executivo”.

Com isso, o voto do relator da Comissão foi pela “constitucionalidade, juridicidade e pela boa técnica legislativa” do acordo acrescido das ressalvas e emendas aprovadas pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. O relator da CCJR ainda deixou claro que

“(…) o texto do presente acordo, aprovado com ressalvas e emendas, será

publicado com todas as modificações introduzidas em seu texto pelo Congresso Nacional, na ordem jurídica brasileira, dessa forma. Evidentemente, isto implicará a renegociação do Acordo antes da promulgação, pois haverá grandes diferenças entre o texto negociado pelo Poder Executivo com o governo norte-americano e o texto aprovado pelo Congresso Nacional. Mas tal só poderá acontecer caso os governos brasileiro e norte-americano concordem em renegociá-lo. Se essa renegociação não ocorrer, o Acordo, é evidente, não será promulgado e introduzido na ordem jurídica interna. Note-se, também, que, se o resultado da renegociação for um texto diverso da literalidade das emendas aprovadas no Congresso Nacional, o Acordo deve voltar a ser apreciado pelo Poder Legislativo. Somente será lícito promulgar um Acordo emendado pelo Parlamento se a outra parte contratante aprovar, integralmente, o texto consagrado pelo Decreto Legislativo, sem quaisquer objeções”.

O parecer do relator até 26 de junho de 2002 não havia sido apreciado pela CCJR, dependendo ainda da votação de seus membros a favor ou pela rejeição do parecer. Em paralelo, dois Projetos de Decreto Legislativo tramitam para sustar os atos normativos destinados a implementar o Acordo.

A tramitação desse Acordo no Congresso Nacional ainda possui longo caminho a percorrer. No entanto, deverá ser acompanhada com grande atenção, pois tem mobilizado o Parlamento, de forma sem precedentes, em torno de questão de política externa, seara pouco explorada pela atividade parlamentar até o momento.

7. As falácias acerca da participação do Parlamento em política externa, os vícios e as virtudes dessa aproximação

A atuação do Parlamento no esboço da política exterior tem sido criticada, nos Es-

tados Unidos e no Brasil, por sua timidez. Muitas explicações têm sido dadas ao fato. Elencamos algumas abaixo.

Em geral, diz-se que assuntos de política externa, por não terem apelo junto à opinião pública, costumam não interessar aos parlamentares, já que, por supostamente estarem em “eterna campanha”, procuram abordar temas de maior popularidade. Embora não haja como negar a importância que o parlamentar confere à reeleição ou à condução a novo posto político, condição da manutenção de sua atividade, muitos senadores encampam bandeiras de política externa com as quais mais sentem empatia. Além disso, o interesse em política externa não exclui a autopromoção, objetivo político absolutamente legítimo quando eticamente guiado. Nos Estados Unidos, os parlamentares aspirantes a altos cargos no Capitólio costumam interessar-se por assuntos de política externa como forma de sinalizar ao eleitorado que tem familiaridade e interesse nos mais elevados assuntos de Estado.

Até mesmo a crítica sobre o desinteresse da população na política externa pode ser relativizada. Se é fato que o assunto não envolve a opinião pública da forma como o fazem os assuntos domésticos, a depender do grau de interdependência global do país, vez por outra assuntos internacionais impactam até mesmo a sociedade mais fechada com extrema intensidade. Além disso, embora o eleitorado tenha vaga noção sobre os grandes tópicos da agenda internacional, tende a entendê-los como de alta relevância para o país e para o mundo, considerando os políticos que tratam desses assuntos como intelectuais, mais universalistas, ou menos paroquialistas, que seus pares (LINDSAY, 1986). Parte da opinião pública é formada pelo público especialista em questões internacionais, o qual, geralmente, é formador de opinião. Esse público está atento aos deslizos e méritos das abordagens dos parlamentares às relações exteriores e à política externa. Esse público pode servir de cabo eleitoral, mesmo que involun-

tariamente, àquele parlamentar que melhor traduza suas convicções na matéria, pela mera menção de posicionamentos.

Muitos analistas acreditam que o afastamento do Congresso nas questões de política externa deve-se à suposta incapacidade de prática de julgar o trabalho do Ministério das Relações Exteriores. Para os que esposam essas críticas, as audiências públicas nada mais seriam do que espetáculos, sem efeitos práticos. Entendemos que essa visão desmerece o trabalho legislativo. Por ela, poder-se-ia chegar à absurda conclusão de que o Congresso não deveria opinar em nenhum assunto, seja de âmbito doméstico ou internacional. É evidente que a capacidade do Legislativo de supervisionar a política externa esbarra com dificuldades, principalmente para o acesso contínuo de dados relevantes e decisivos, pois muitos deles são sigilosos, como aqueles relativos a assuntos em negociação ou eventuais questões sensíveis da seara internacional. Todavia, o sistema de audiências públicas, os requerimentos de informação, a diplomacia parlamentar e o acompanhamento da mídia em muito auxiliam os tribunais a supervisionarem e influírem no desenvolvimento da política externa.

Finalmente, alguns estudiosos alegam que o Parlamento tem receio de confrontar o Executivo na matéria de política externa, motivo pelo qual opta por abster-se, no mais das vezes. Essa opinião não é verdadeira. Pode haver parlamentares com esse receio, fundado na falta de convicção a respeito do papel mais assertivo que o Parlamento deve desempenhar no desígnio da política externa. No entanto, nos Estados Unidos e no Brasil, diversos são os casos de divergências entre os Poderes sobre pontos fulcrais da política externa, conforme exemplificamos acima.

A maior vantagem do aumento da participação do Parlamento em questões de política externa é também a mais óbvia: a democratização do debate e a maior legitimação da política exterior.

Obviamente, nada garante que o incremento da participação congressional na matéria resultará em políticas externas mais acertadas. Todavia, não se pode eximir os que têm legitimidade do debate. Seria o mesmo que defender o fim da democracia em razão de suas eventuais conseqüências políticas espúrias e de suas limitações. Certo é que a participação do Congresso e da sociedade no processo decisório nas relações internacionais alcançará seu pleno amadurecimento com o próprio exercício do diálogo, motivo pelo qual julgamos míopes as eventuais críticas e posicionamentos conservadores relativos a esse processo.

Notas

¹ Essa proposta de emenda à constituição foi publicada no Diário do Senado Federal em 30/11/01.

² Publicada no Diário da Câmara dos Deputados em 05/05/01, pág. 18498.

³ Cf. GALINDO (2002).

⁴ Estão em funcionamento 50 Grupos Parlamentares aprovados por Resolução da Câmara dos Deputados (GRP): GRP Brasil-África do Sul (Resolução nº 27/93), GRP Brasil-Angola (Resolução nº 08/89), GRP Brasil-Argentina-Uruguai-Paraguai (Resolução nº 11/96), GRP Brasil-Armênia (Resolução nº 31/02), GRP Brasil-Austrália (Resolução nº 74/94), GRP Brasil-Bélgica (Resolução nº 31/98), GRP Brasil-Bolívia (Resolução nº 28/93), GRP Brasil-Cabo Verde (Resolução nº 02/99), GRP Brasil-Canadá (Resolução nº 31/93), GRP Brasil-Chile (Resolução nº 18/91), GRP Brasil-China (Resolução nº 47/93), GRP Brasil-Coreia do Norte (Resolução nº 72/94), GRP Brasil-Coveite (Kuwait) (Resolução nº 34/93), GRP Brasil-Cuba (Resolução nº 15/89), GRP Brasil-Estados Unidos (Resolução nº 29/90), GRP Brasil-Egito (Resolução nº 19/97), GRP Brasil-Espanha (Resolução nº 25/98), GRP Brasil-França (Resolução nº 27/90), GRP Brasil-Guiana (Resolução nº 14/91), GRP Brasil-Hungria (Resolução nº 12/96), GRP Brasil-Índia (Resolução nº 12/96), GRP Brasil-Indonésia (Resolução nº 20/87), GRP Brasil-Irã (Resolução nº 39/93), GRP Brasil-Israel (Resolução nº 16/89), GRP Brasil-Itália (Resolução nº 55/79), GRP Brasil-Japão (Resolução nº 71/94), GRP Brasil-Líbano (Resolução nº 30/74), GRP Brasil-Líbia (Resolução nº 17/00), GRP Brasil-Marrocos (Resolução nº 36/93), GRP Brasil-México (Resolução nº 09/91), GRP Brasil-Nova Zelândia (Resolução nº 02/03), GRP Brasil-Peru (Resolução

nº 23/01), GRP Brasil-Polônia (Resolução nº 59/94), GRP Brasil-Portugal (Resolução nº 020/95), GRP Brasil-Tailândia (Resolução nº 02/95), GRP Brasil-Reino dos Países Baixos (Resolução nº 07/96), GRP Brasil-Reino Unido (Resolução nº 03/95), GRP Brasil-Filipinas (Resolução nº 13/96), GRP Brasil-República Eslovaca (Resolução nº 79/95), GRP Brasil-República Tcheca (Resolução nº 73/94 e Resolução nº 32/98), GRP Brasil-Romênia (Resolução nº 67/94), GRP Brasil-Rússia (Resolução nº 10/96), GRP Brasil-Senegal (Resolução nº 44/93), GRP Brasil-Timor Leste (Resolução nº 13/00), GRP Brasil-Tunísia (Resolução nº 12/00), GRP Brasil-Ucrânia (Resolução nº 04/96), GRP Brasil-Venezuela (Resolução nº 08/91), GRP Brasil-Vietnã (Resolução nº 04/99), Grupo Franco-Brasileiro (Resolução nº 34/67) e Grupo Parlamentar dos Países de Língua Francesa (Resolução nº 18/76, substituída pela Resolução nº 03/81).

Quinze foram os grupos parlamentares criados por resolução do Senado Federal: o GRP Brasil-Espanha (Resolução nº 14/98), GRP sobre a Cooperação Interparlamentar de Língua Francesa (Resolução nº 16/79), GRP o Grupo Brasileiro filiado à Associação Parlamentar Mundial (Resolução nº 32/63), GRP Brasil-Canadá (Resolução nº 05/01), GRP Brasil-China (Resolução nº 37/03), GRP Brasil-Taiwan (Resolução nº 46/03), GRP Brasil-Malásia (Resolução nº 47/03), GRP Brasil-África do Sul (Resolução nº 48/03), GRP Brasil-Líbia (Resolução nº 49/03), GRP Brasil-Ucrânia (Resolução nº 50/03), GRP Brasil-Grécia (Resolução nº 51/03), GRP Brasil-Irã (Resolução nº 52/03), o Grupo Parlamentar Internacional do Café (Resolução nº 21/03), GRP Brasil-Polônia (Resolução nº 64/03) e GRP Brasil-Suíça (Resolução nº 63/03).

⁵ Ver avulso do Projeto de Decreto Legislativo nº 575-A, de 1997, Mensagem nº 716/97, Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação.

⁶ Ver avulso do Projeto de Decreto Legislativo nº 575-A, de 1997, Mensagem nº 716/97, Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, pág. 15-17.

⁷ Ver avulso do Projeto de Decreto Legislativo nº 575-A, de 1997, Mensagem nº 716/97, Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, pág. 20-25.

⁸ Ver avulso do Projeto de Decreto Legislativo nº 575-A, de 1997, Mensagem nº 716/97, Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, pág. 25-28.

⁹ Ver tramitação de proposições, Sistema de Informações do Congresso Nacional, www.senado.gov.br.

¹⁰ Ver Emenda de Plenário nº 01 ao Projeto de Decreto Legislativo nº 575/97, 30/06/98. Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação.

¹¹ Jornal do Brasil, 2 de julho de 1998.

¹² Ver parecer nº 457 de 1998, Diário do Senado Federal, 02/07/98, pág. 11884-11886.

¹³ Ver exposição de motivos interministerial nº 68, 23/03/01.

¹⁴ Ver parecer do relator deputado Zenaldo Coutinho, Comissão de Constituição, Justiça e Redação, ao projeto de decreto legislativo nº 1446, de 2001. www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/26239.htm

Bibliografia

CESAR, Susan E. M. *O Congresso Nacional e a política externa brasileira (1985-2002)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

GLENNON, Michael J. *Constitutional diplomacy*. New Jersey: Princenton University Press, 1990.

LIMA, Maria Regina Soares de; SANTOS, Fabiano. Brazilian Congress and foreign trade policy. In: MEETING OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 21., 1998, Chicago. [Abstracto... S. l.: s. n., 1998?]. Disponível em: <http://168.96.200.17/as/libros/lasa98/soares_santos.pdf>. Acesso em: [2003?].

LINDSAY, James M. *Congress and the politics of U.S foreign policy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1986.

MAIA, Clarita Costa. Così fan tutte: o drama jocoso da classificação das FARC como organização terrorista. *Meridiano 47: Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais*, Brasília, n. 38/39, p. 4-6, set./out. 2003.

PROCESSO Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 7. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995. v. 2.

PURVIS, H.; BAKER, S. *Legislating foreign policy*. Delhi: Hindustan Publishing Corporation, 1986.

SOARES, Guido Fernando. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 122-129.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e
Controle do Senado Federal**

Débitos judiciais no orçamento público

Algumas considerações

Eduardo Andres Ferreira Rodriguez

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Dados orçamentários gerais. 3. Prévia autorização orçamentária para o pagamento dos débitos judiciais. 4. Classificação orçamentária institucional e débitos judiciais. 5. Conclusões.

1. Considerações iniciais

A Fazenda Pública, entendida como as pessoas jurídicas de direito público¹, detém uma série de privilégios processuais, entre os quais se destacam procedimentos especiais de execução por quantia certa de suas dívidas passivas. Nesse particular, o instituto do precatório, insculpido nas Constituições republicanas, desde 1934, simboliza perfeitamente o *status* diferenciado da Fazenda Pública em juízo.

A execução diferenciada contra a Fazenda Pública decorre da natureza indisponível dos bens públicos, assentada nos arts. 100 a 103 do novo Código Civil² e embasada nos arts. 183, §3º, e 191 da Constituição Federal de 1988, que fixam a impossibilidade de os bens públicos serem adquiridos por usucapião.

No rito do precatório, após a efetivação de todos os atos processuais, envolvendo os processos de conhecimento, de liquidação de sentença e de execução, uma vez sucumbente a Fazenda Pública, o juiz de 1º grau responsável pela causa deve encaminhar ofício ao Presidente do Tribunal a que se encontra vinculado administrativamente.

Eduardo Andres Ferreira Rodriguez é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

te. O Precatório é simplesmente essa comunicação do juiz da causa dirigida ao Presidente do Tribunal, requerendo que se inclua, na relação dos débitos a serem inscritos na Lei Orçamentária do ano subsequente, o crédito do exequente. Somente após a inclusão dos valores dos débitos no Orçamento da União as dívidas podem ser adimplidas, mediante a observação da ordem cronológica prevista no art. 100 da Constituição Federal.

Quando o crédito individualizado, na esfera federal, assume monta igual ou inferior a sessenta salários-mínimos, o ordenamento jurídico prevê procedimento simplificado, em que não é expedido o precatório-requisitório e sim a requisição de pequeno valor. Nesses casos, a teor do art. 17 da Lei nº 10.259/2001, após o trânsito em julgado do aresto, o pagamento deve ser efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição à autoridade citada para a causa, sob pena de seqüestro de numerário.

Ocorre que se têm verificado, nos últimos tempos, grandes abusos por parte do Poder Público contra seus credores, na medida em que o jurisdicionado, após obter, mediante o processo de conhecimento, título hábil a lhe conferir direito à percepção de certa quantia do Estado, resta muitas vezes desamparado, por muitos anos, por absoluta falta de meios para compelir o devedor ao adimplemento da obrigação. Em outras palavras, o pagamento dos débitos fica a inteiro alvedrio de administradores públicos que, máxime na esfera de Estados e Municípios, descumprem ordens judiciais, alegando, no mais das vezes, restrições de cunho orçamentário³.

O discurso corrente desses agentes públicos apregoa a competição entre os recursos destinados aos pagamentos das decisões judiciais e outras necessidades públicas inadiáveis. Barros (1999, p. 266) refuta esse raciocínio, assinalando que, “como pagar dívida não dá placa, nem rende votos, os governantes reduzem ao mínimo a

previsão orçamentária, deixando os credores à míngua. Com semelhante expediente, o administrador transfere a quem o sucede no governo o encargo de pagar a dívida passiva judicial”.

A estabilização macroeconômica do País, com a reversão do quadro inflacionário crônico vivenciado até meados de 1994, contribui, por absurdo que possa parecer, para o agravamento do inadimplemento das decisões judiciais. Ocorria que, em conjunturas inflacionárias, os entes públicos beneficiavam-se da falta de correção dos débitos inscritos aos precatórios, porquanto se fixava, em julho de cada ano, uma quantia determinada para inclusão no orçamento do ano subsequente.

Quando efetivamente era realizado o pagamento, pelo montante nominal previsto em cada precatório, muitos meses após o trânsito em julgado da decisão, o credor recebia uma quantia que já perdera boa parte de seu valor real. Era obrigado, então, a renovar sua pretensão, por meio de precatórios suplementares, que se replicavam ano após ano, indefinidamente, sempre sofrendo a incidência da desvalorização monetária. Consubstanciava-se, assim, um dos prismas do imposto inflacionário, que acomodava satisfatoriamente as finanças públicas, tendo em vista que as receitas públicas eram indexadas monetariamente, em boa medida.

Por ocasião da brusca queda da taxa inflacionária, essas despesas passaram a não mais ser corroídas na mesma proporção, incrementando substancialmente os compromissos reais do Poder Público com o pagamento de decisões judiciais. A partir daí, verificou-se um sensível agravamento na condução administrativa dos pagamentos associados às sentenças judiciais. Frise-se que a sistemática de atualização de valores dos precatórios somente foi definitivamente equacionada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 30, de 2000, que estabeleceu, no §1º do art. 100, a atualização monetária dos precatórios na data de seu efetivo pagamento.

Sensível às ilações dos administradores públicos, o constituinte derivado instituiu, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 30, de 2000, verdadeira moratória dos débitos públicos, a teor do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Trata-se de preceito de duvidosa constitucionalidade, cuja adequação à Carta Política já deveria ter sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADIN 2362-4, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁴.

O dispositivo em comento possibilita o parcelamento dos precatórios pendentes na data de promulgação da Emenda Constitucional e os que decorram de ações propostas até 31.12.1999 em até dez anos, ressalvados os créditos de pequeno valor, os de natureza alimentícia e os de que trata o art. 33 do ADCT. A medida representa certo alívio para as finanças dos entes públicos, conquanto demonstre uma posição de inegável sujeição dos credores judiciais às flutuações inerentes a gestões fiscais pouco sérias. Basta ressaltar que outros credores do Estado, a exemplo dos detentores de títulos públicos mobiliários, têm seus títulos honrados fielmente, no dia de vencimento, sem necessitar socorrer-se do Poder Judiciário.

2. Dados orçamentários gerais

Para ilustrar a representatividade dos recursos públicos envolvidos com a matéria, vale assinalar que a Lei Orçamentária da União de 2003, Lei nº 10.640, de 14.01.2003, prevê gastos da ordem de R\$ 2.860,7 milhões com o pagamento de sentenças judiciais, o que representa um acréscimo de cerca de 24,5% em relação ao Orçamento do exercício de 2002⁵. Tais valores encontram-se alocados ao Programa “0901 – Operações especiais: cumprimento de sentenças judiciais”.

A dotação prevista no Orçamento de 2003 é distribuída entre as principais ações relacionadas ao pagamento de sentenças judiciais. Essas ações correspondem às três

diferentes formas de execução pecuniária contra as entidades presentes nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, quais sejam: o tradicional sistema do precatório (R\$ 1.541,2 milhões), os créditos de pequeno valor (R\$ 973,8 milhões) e a execução direta contra entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) dependentes do Tesouro Nacional (R\$ 264,6 milhões)⁶. Além disso, a Lei Orçamentária prevê R\$ 81,0 milhões para o pagamento de débitos judiciais por parte da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes – GEIPOT, em fase de dissolução/liquidação.

Quanto à distribuição das dotações destinadas ao pagamento de sentenças judiciais por órgão e unidade orçamentária (classificação institucional), releva citar a grande representatividade do Fundo do Regime Geral de Previdência Social, que abarca grande parte das despesas com benefícios previdenciários. As despesas dessa natureza do Fundo atingem cerca de R\$ 1.161,7 milhões na Lei Orçamentária de 2003, ante apenas R\$ 567,6 milhões do ano anterior. Esse acréscimo é decorrência direta da progressiva implantação da nova sistemática de execução dos créditos de pequeno valor, determinada pela Lei nº 10.259/2001, categoria em que se insere a grande maioria das cobranças judiciais de benefícios previdenciários.

3. Prévia autorização orçamentária para o pagamento dos débitos judiciais

A ordem constitucional vigente apresenta normas específicas sobre finanças públicas no Capítulo II do Título VI. Para o objeto deste estudo, alguns dispositivos devem ser realçados. O art. 165, §5º, estatui que a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da seguridade social.

Por seu turno, o art. 167 arrola hipóteses vedadas pelo Direito Financeiro. Cabe men-

ção especial ao inciso II, que assinala ser defesa a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Já o inciso VI proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

Importante destacar, ainda, o disposto no art. 85 da CF, *ipsis verbis*:

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

...

VI – a lei orçamentária;

...

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais”. (Grifos inexistentes no original).

Apesar da opinião em contrário de CUNHA (1999, p. 129)⁷, não subsistem dúvidas de que o adimplemento de condenações judiciais por quantia certa constitui uma autêntica despesa orçamentária, ante o disposto no art. 100, §§1º e 2º, da Lei Maior⁸. Assim, todos os pagamentos oriundos de pronunciamentos judiciais, em princípio, devem ser previamente incluídos nas leis orçamentárias de cada ente federado.

Pela ordem vigente, não seria possível, em princípio, o pagamento de dívidas judiciais sem que essa despesa transitasse pelo orçamento público da entidade devedora. Seria aplicável, pois, o princípio da universalidade orçamentária, segundo o qual, nas palavras de Giacomoni (2001, p. 73), “o orçamento (uno) deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado”.

A conduta relacionada à realização de despesas sem prévia autorização legislativa, a par de se subsumir, em tese, à previsão de crime de responsabilidade, sujeita o agente a responder criminalmente pelo delito previsto no art. 359-D do Código Penal (redação determinada pela Lei nº 10.028/2000, a

Lei dos Crimes Fiscais). Trata-se de “ordenar despesa não autorizada por lei”, com pena *in abstracto* de reclusão, de um a quatro anos.

Por outro lado, embora não exista normativo constitucional algum fixando o caráter meramente autorizativo da lei orçamentária, costuma-se qualificar as despesas do orçamento como meras autorizações de gasto. As despesas orçamentárias, nesse diapasão, somente se tornam cogentes, gerando direitos subjetivos aos beneficiários, a partir de mandamentos inculpidos em legislações outras que não a própria lei orçamentária.

Insta salientar, desde logo, que os pagamentos de decisões judiciais são considerados despesas obrigatórias, em decorrência do §1º do art. 100 da Constituição⁹. Contrapondo-se às despesas obrigatórias, existem os gastos discricionários, *e.g.*, a realização de obras públicas, quando fica ao alvedrio do administrador público efetivar o respectivo dispêndio, decisão essa sempre submetida aos princípios basilares da Administração Pública.

No âmbito federal, a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) de cada exercício financeiro, a qual, nos termos do art. 165, §2º, da CF, “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”, vem conferindo tratamento orçamentário específico aos débitos judiciais¹⁰. Em regra, não têm ocorrido entraves à inclusão das previsões para esses pagamentos nas leis de meios, em respeito à natureza cogente desses gastos.

Lamentavelmente, essa situação não se reproduz em Estados, Municípios e no Distrito Federal. Nesses, as decisões judiciais têm sido preteridas por gastos de natureza discricionária, os quais, ainda que meritóri-

os, em tese, não deveriam sobrepor-se a despesas obrigatórias por definição constitucional.

Observa-se, assim, a colisão de dois conjuntos de preceitos, ambos de hierarquia constitucional: de um lado, a exigência de inclusão, no orçamento público, de dotação suficiente para satisfazer as condenações judiciais do erário, com o conseqüente pagamento no exercício financeiro apropriado; de outro, restrições orçamentárias versando sobre a impossibilidade de adimplir os débitos sem prévia autorização orçamentária (autorização essa que, em muitos casos, presumivelmente, não é formalizada por insuficiência de receita orçamentária). Formase, pois, uma antinomia de relevo, a ser devidamente equacionada de forma a evitar a perpetuidade dos prejuízos sociais atualmente verificados, com inegável desgaste do Poder Judiciário.

Impende citar que o próprio Texto Constitucional fornece um indício para a solução desse conflito aparente de normas. Com efeito, o art. 78, §4º, do ADCT, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, estabelece:

“Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data da publicação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

...

§4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição

ao direito de precedência, a requerimento do credor, *requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada*, suficientes à satisfação da prestação.” (Grifou-se).

Aparentemente, o alcance do dispositivo transcrito circunscreve-se à hipótese de não inclusão, no orçamento, apenas das prestações parceladas (o Supremo Tribunal Federal inclina-se por essa exegese)¹¹, até porque o art. 100, §2º, da CF prevê o seqüestro como medida “*exclusivamente* para o caso de preterimento de seu direito de preferência” (destacou-se). Sem embargo, já se fazem ouvir vozes de respeito em sentido contrário, admitindo o uso da analogia de modo a estender a possibilidade de seqüestro às hipóteses de omissão de precatórios não sujeitos ao parcelamento na lei orçamentária. Para ilustrar, tem-se o exemplo de Nery Júnior (2001, p. 1180), que, ao tecer comentários ao art. 731¹² do Código de Processo Civil – CPC, assinala:

“1. Descumprimento da preferência. Recebido o ofício requisitório, a *Fazenda Pública tem o dever de incluir no orçamento verba suficiente para o pagamento dos precatórios* (CF 100 §1º). *Caso não o faça*, ou, ainda, na hipótese de cancelar ou anular a dotação orçamentária existente, *incide a regra do CPC 731, sujeitando-se a Fazenda ao seqüestro e à intervenção.*” (Destques acrescidos).

Há registros, também, da ocorrência de várias decisões judiciais de seqüestro de numerário em casos de atraso no pagamento de precatórios não parcelados, especialmente na Justiça do Trabalho, tendo por fundamento a analogia com o §4º do art. 78 do ADCT. O próprio Tribunal Superior do Trabalho, em recentes arestos, tem alargado as possibilidades de decretação de seqüestro a hipóteses que não se subsumem ao parcelamento. Confira, a respeito, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 422.100/98-7, publicado em 21.06.2002, ementado nos seguintes termos:

“Tratando-se de precatório pendente quando da promulgação da EC nº 30/2000, sequer incluído no orçamento do ente público quando de sua expedição em 1995, está configurada a hipótese que autoriza seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação do crédito, desde que vencido o prazo para pagamento, ou seja, se não integralmente resgatado o débito até o final do exercício seguinte...”.

Em seu Voto vencedor, o Ministro-Relator Wagner Pimenta acentua que “extraí-se, portanto, que, em não se submetendo o crédito alimentar trabalhista ao parcelamento de que cogita o caput do art. 78 do ADCT e tratando-se de precatório pendente quando da promulgação da EC nº 30/2000, está configurada a hipótese que autoriza o seqüestro...”. No mesmo sentido, o AGRC 728322/2001 (DJ 28.09.2001) e o RXOFROMS 532.252/1999-5 (DJ 13.09.2002).

De toda sorte, é indiscutível que o citado preceito do ADCT representa uma ressalva específica, insculpida na própria Constituição, à regra da prévia autorização orçamentária da despesa pública. Em caso de não inclusão de dotação orçamentária suficiente, é possível a efetivação do seqüestro dos recursos financeiros. Em termos práticos, essa hipótese equivale à efetivação de uma despesa pública sem prévia autorização orçamentária.

No plano infraconstitucional, houve a edição da Lei nº 10.259, de 12.07.2001, que criou os Juizados Especiais na Justiça Federal. Esse Diploma Normativo surgiu no bojo de reformas na legislação processual cível, encetadas nos primórdios da década passada, cujo norte aponta para a busca de uma maior celeridade e efetividade processual¹³. Nesse contexto, o art. 17, §2º, do referido Diploma Legal prevê que, desatendida a requisição de pagamento dos débitos de pequeno valor em até sessenta dias, existe a possibilidade de decretação de seqüestro de numerário do ente devedor, por parte do pró-

prio juiz da causa. Mister destacar que essa medida de exceção, tal como prevista na legislação, pode ser efetivada haja ou não dotação disponível para a satisfação do débito.

Em suma, no que se refere à adequação da execução dos débitos de pequeno valor às normas de Direito Financeiro, persiste a exigência de prévia autorização orçamentária para o processamento dessas despesas. Os órgãos do sistema de planejamento e orçamento devem diligenciar no sentido de que as dotações autorizadas sejam suficientes para o pagamento dessas condenações, porquanto se trata de despesas obrigatórias, que geram direitos subjetivos aos credores, a saber, recebimentos tempestivos dos créditos.

Na hipótese de dotação orçamentária insuficiente para satisfazer o pagamento dos créditos de pequeno valor, os órgãos do sistema de planejamento e orçamento devem ser previamente oficiados pelos tribunais para providenciar a suplementação orçamentária, com a urgência que o prazo legal de pagamento requer. Em não havendo ação nesse sentido e esgotado o interregno para pagamento, é legítima a decretação de seqüestro dos recursos financeiros da entidade, com fundamento na Lei nº 10.259/2001 e de forma equiparada à hipótese de seqüestro preconizada no art. 78, §4º, do ADCT.

4. Classificação orçamentária institucional e débitos judiciais

Na atual sistemática orçamentária, a alocação das dotações referentes a condenações da União que geram precatórios é efetuada nas programações dos tribunais que processaram os feitos. Apenas na hipótese em que figuram no pólo passivo da relação processual autarquias ou fundações públicas, a dotação do respectivo precatório é consignada na programação dessas entidades de direito público. Nesses casos, a partir do exercício de 2003, por determinação da Lei nº 10.524/2002 – LDO para 2003, a dotação é descentralizada das entidades de direito

público para os respectivos tribunais, que são responsáveis por empenhar os recursos correspondentes e pagar os credores. A descentralização é efetuada logo após a publicação das leis orçamentárias e de créditos adicionais, de modo que a execução orçamentária e financeira é tarefa dos tribunais, conquanto a despesa continue a ser consignada a cada entidade, para efeito de alocação de custos administrativos.

O tratamento conferido aos débitos de pequeno valor tem sido o de alocar nos orçamentos dos tribunais a totalidade das condenações, mesmo em sendo devedoras entidades de direito público, ressalvados os débitos previdenciários, a cargo do Fundo do Regime Geral de Previdência Social. Via de consequência, infla-se superficialmente o orçamento total dos órgãos do Poder Judiciário, com despesas que, a rigor, não lhes dizem respeito.

Em contrapartida, os órgãos da Administração Direta (além das entidades da Administração Indireta, nos casos dos débitos de pequeno valor), que efetivamente são as unidades administrativas que deram azo a esses dispêndios, não recebem, no plano orçamentário, o ônus inerente a essas obrigações. Distorce-se, pois, a funcionalidade da classificação institucional. Diante disso, convém indagar acerca da conveniência da manutenção do tratamento orçamentário atualmente conferido a esses gastos, em face da racionalidade administrativa.

Vale ressaltar que não existe correspondência conceitual entre a noção de órgão orçamentário/unidade orçamentária e de personalidade jurídica. O conceito orçamentário de órgão foi criado à margem da natureza jurídica das estruturas funcionais da Administração Pública. Assim é que, no orçamento federal, coexistem unidades orçamentárias dotadas de personalidade jurídica (autarquias, fundações, empresas estatais) e unidades despersonalizadas, meros órgãos administrativos, cujos exemplos mais representativos são os diversos ministérios. Em função disso, na análise em apre-

ço, não se deve confundir variáveis como capacidade processual, legitimidade *ad causam* ou representação em juízo com a definição da classificação institucional orçamentária mais indicada à consecução das finalidades do orçamento público, instrumento de grande valia em um Estado que se quer gerencial.

Imputa-se à redação do art. 100, §2º, da Constituição Federal, “as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário...”, a obrigatoriedade de os débitos judiciais da Administração Direta serem alocados aos tribunais. A exegese gramatical da Carta Política vedaria a alocação desses gastos nas unidades orçamentárias que ensejassem as condenações judiciais. O raciocínio é corroborado pela análise histórica, ao se constatar que, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 30, de 2000, o constituinte derivado acresceu o vocábulo *diretamente* ao dispositivo mencionado.

Outros elementos, sem embargo, devem ser trazidos à colação na avaliação em curso. Certamente, o texto constitucional buscou definir o Poder Judiciário como destinatário dos créditos orçamentários com vistas a assegurar, tanto quanto possível, o cumprimento final do objeto da prestação jurisdicional – adimplemento da obrigação de pagar quantia certa, a cargo da Fazenda Pública.

Imagina-se que o adimplemento dos débitos judiciais estaria mais resguardado ao se reservar etapas de seu processamento orçamentário e financeiro ao Poder Judiciário. Evitar-se-iam, assim, possíveis abusos cometidos pelos órgãos executivos, que, pretensamente, não teriam o mesmo interesse no pagamento tempestivo dessas obrigações. O procedimento garantiria, ao menos no plano formal, a independência dos Poderes constituídos. Nesse contexto, a própria Constituição Federal conferiu prerrogativas para que o Judiciário possa gerir com certo grau de autonomia seu orçamento, o chamado poder de autogoverno.

De se mencionar que a participação do Poder Judiciário na gestão orçamentária dos precatórios é marcante, em qualquer hipótese. No caso dos precatórios, a derradeira fase da execução da despesa, o pagamento, corresponde à última etapa do processo de execução contra a Fazenda Pública, momento em que a Presidência do Tribunal disponibiliza ao juiz da causa, via depósito judicial, o numerário suficiente para adimplir a obrigação¹⁴. Fica claro, portanto, o interesse institucional do Poder Judiciário em reunir, sob sua alçada, os atos administrativos de execução orçamentária necessários à consumação do pagamento dos créditos oriundos de suas decisões.

Ao se perquirir o verdadeiro *mens legis* do excerto transcrito do §2º do art. 100 da Constituição Federal, conclui-se que envolve o estabelecimento de garantias mínimas, no campo orçamentário, para o tempestivo pagamento das dívidas judiciais. Trata-se de buscar a materialização da efetividade do processo judicial.

Nesse ponto, tem-se presente que é possível conciliar a busca por um modelo orçamentário mais adequado para o tratamento dos débitos judiciais e o princípio da maximização da efetividade da jurisdição. Essa conciliação passa pela extensão da regra presente no art. 28 da Lei de Diretrizes Orçamentárias federal para 2003 (descentralização dos créditos orçamentários das unidades orçamentárias que originam os débitos para os tribunais que processam os feitos), de modo a consignar os débitos judiciais na programação das entidades e dos órgãos da Administração Direta. Tão logo publicadas a lei orçamentária e as leis de créditos adicionais, descentralizar-se-iam as dotações para os pretórios, responsáveis por efetuar a subsequente execução orçamentária e financeira.

Não obstante possa-se argumentar que esse mecanismo, *a priori*, colidiria com a inteligência literal do art. 100, §2º, da Constituição, uma interpretação teleológica permite a adoção dessa nova sistemática, com ine-

quívocos ganhos para a sistemática orçamentária.

Há de se ter em mente que a sistemática proposta não enseja maiores dificuldades operacionais no que atine aos débitos alusivos a precatórios. Sua efetivação exigirá a identificação prévia dos órgãos devedores, com suas respectivas dívidas liquidadas, já por ocasião da elaboração da relação dos débitos, encaminhada pelo Poder Judiciário ao órgão central de planejamento e orçamento do Poder Executivo para fins de inclusão no projeto de lei orçamentária anual.

Haveria, ainda, a necessidade da emissão de um número consideravelmente superior de empenhos por parte dos órgãos do Judiciário, caso os precatórios da Administração Direta e os débitos de pequeno valor fossem consignados inicialmente aos próprios órgãos e entidades, eis que cada empenho deve associar-se com a respectiva unidade detentora do crédito orçamentário.

Quanto aos débitos de pequeno valor, maiores cuidados são requeridos com a alocação dos créditos nas unidades orçamentárias que geraram as obrigações, em função da imposição legal de um reduzido interstício temporal para a efetivação do pagamento. Tem-se presente, desde logo, que isso não torna inviável a implementação da proposta, bastando que o sistema de planejamento e orçamento funcione a contento. A dificuldade refere-se à diluição das dotações entre programações de um largo número de unidades orçamentárias, o que incrementaria o risco de insuficiência orçamentária ao longo do exercício. Vale destacar, ainda, que os débitos judiciais de pequeno valor constituem verdadeiro risco fiscal, *ex vi* do disposto no art. 4º, §3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁵.

Essa dificuldade deve ser superada, já que a proposta aproximaria a representação orçamentária da realidade administrativa. Ficariam patentes as unidades da Administração Pública que mais contribuem para o expressivo volume das condenações judiciais contra os entes públicos.

Caso subsista hipótese de insuficiência orçamentária, os mecanismos de retificação orçamentária devem agir, no sentido de propiciar, tempestivamente, a resposta devida, mormente nesses casos de despesas compulsórias por definição constitucional. É importante salientar, de todo modo, que dificuldades operacionais dos órgãos públicos envolvidos com o sistema orçamentário não podem servir de mote para obstruir o cumprimento da ordem jurídica positivada. Nessa linha, caso as providências necessárias não sejam tomadas, o ordenamento jurídico já prevê sanção pertinente, a decretação da medida de seqüestro de numerário.

5. Conclusões

O processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública relaciona-se intimamente com a sistemática orçamentária, a ponto de serem detectados seguidos descumprimentos de ordens judiciais de pagamento sob alegação de insuficiência de recursos.

A ordem jurídica tem evoluído no sentido de intentar conferir um grau de maior coercitividade aos procedimentos de execução contra o Poder Público. É sintomática, nesse sentido, a possibilidade de decretação da medida de seqüestro de numerário dos entes devedores independentemente da existência de dotação autorizada disponível, atendidos os requisitos previstos na legislação.

No que se refere à alocação dos débitos judiciais nas leis orçamentárias, propõe-se, *de lege ferenda*, a alteração da sistemática da classificação institucional do orçamento público, de modo a consignar as dotações orçamentárias relativas aos débitos judiciais nas unidades orçamentárias que originaram as respectivas obrigações. Possível a partir de uma interpretação teleológica do Texto Constitucional, o modelo proposto substituiria a simples alocação dos débitos judiciais nos tribunais que processaram os feitos, apresentando inúmeras vantagens

comparativas em termos de racionalidade administrativa. A execução dessas despesas seria mantida nos tribunais, via descentralização dos créditos, assegurando-se o desígnio constitucional.

Notas

¹ Em que se incluem a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas. O Supremo Tribunal Federal, contudo, estendeu o privilégio da execução especial à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, malgrado sua natureza jurídica de empresa pública e, por conseguinte, de direito privado (Cf. RE 220907/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 12/06/2001).

² “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

³ A mídia noticiou, já em setembro de 1999, que o Estado do Rio de Janeiro enfrentava 100 pedidos de intervenção motivados por “calote no pagamento de precatórios”. Reportagem publicada em fevereiro de 2000 assinalava que o Estado do Rio não efetuava o pagamento de precatórios desde 1996, acumulando uma dívida de mais de R\$ 500 milhões. Divulgou-se, ainda, que o Estado de São Paulo tinha em março de 2000, nada menos que 2.700 pedidos de intervenção pela mesma razão. Boa parte dos Municípios situa-se na mesma vala comum. Em 2000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já havia decretado intervenção em 92 municípios daquela Unidade Federada, por descumprimento de precatórios. Somente contra o Município de São Paulo, havia 362 requisições de intervenção. Por sua vez, Silva (1999, p. 208) informa que o Município de Duque de Caxias/RJ, no ano de 1997, pagou apenas 4 dos 11 precatórios requisitados no ano precedente. Já o Município de Niterói, no mesmo Estado, não pagara precatório algum desde 1993.

⁴ Haveria afronta a algumas cláusulas pétreas, como o princípio da isonomia, haja vista que credores em igualdade de condições seriam tratados distintamente, em função simplesmente da data

de propositura da ação judicial, e o direito de propriedade, uma vez que a medida teria natureza jurídica semelhante a um confisco do patrimônio dos credores.

⁵ Fonte: Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI/SELOR – Prodasen, disponível em <http://www3.senado.gov.br/orcamento/>.

⁶ Essas entidades de direito privado da Administração Pública sujeitam-se à constrição ordinária de seus bens, sem os privilégios reservados aos entes de direito público.

⁷ “É preciso destacar que a disposição inscrita no inciso II do art. 167 da Constituição Federal (proibição de realização de despesas ou a assunção de obrigações sem a respectiva dotação orçamentária), não constitui obstáculo ao efetivo e imediato cumprimento da decisão judicial, dado que a mencionada norma constitucional, além de ser dirigida apenas à administração, contempla apenas vedação à realização de despesas ou assunção de obrigações diretas (cumprimento de decisão judicial não pode ser classificado como despesa direta).”

⁸ “Art. 100...

§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

...

§2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

⁹ Corroborando a assertiva, esses gastos têm sido incluídos nos Anexos de Despesas Obrigatórias das leis de diretrizes orçamentárias federais.

¹⁰ A propósito, vejam-se os arts. 20 e 21 da Lei nº 9.811/1999 (LDO para 2000), o art. 23 da Lei nº 9.995/2000 (LDO para 2001), o art. 23 da Lei nº 10.266/2001 (LDO para 2002) e os arts. 23 a 28 da Lei nº 10.524/2002 (LDO para 2003).

¹¹ O posicionamento do Supremo acerca da matéria é evidenciado na Reclamação nº 1.923-3/RN, rel. Min. Maurício Corrêa.

¹² “Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.”

¹³ São exemplos de medidas nesse sentido: instituição de juizados especiais e ritos sumaríssimos, nas Justiças Comum, Trabalhista e Federal (Leis nos 9.099/1995, 9.957/2000 e 10.259/2001, respectivamente), tutela antecipada (art. 273 do CPC), tutela inibitória (art. 461 do CPC), ação monitória (arts. 1.102-a a 1.102-c do CPC), agravo de instrumento mutante (art. 544, §3º, do CPC) e, mais recentemente, fungibilidade entre antecipação de tutela e ação cautelar (art. 273, §7º, do CPC).

¹⁴ Posteriormente, o credor é intimado pelo juízo para o levantamento da quantia, via alvará judicial.

¹⁵ “Art. 4º... §3º A lei de diretrizes orçamentárias conterà Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas...”.

Bibliografia

ANDRADE, Gelsemy Manoel. *Precatório: EC 30/2000. Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 144, p. 148, jun. 2001.

BARROS, Humberto Gomes de. *Execução contra a Fazenda Pública*. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ: dez anos a serviço da justiça*. Ed. comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 263-283.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Execução contra a Fazenda Pública: razões políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Brasília, 2001. 130 p.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: execução contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 160 p.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O sistema dos precatórios e a efetividade do processo. *Revista da AJUFE*, Brasília, n. 66, p. 161-182, jan./mar. 2001.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. 247 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2001. 2928 p.

SALVADOR, Luiz. *Poder Judiciário desacreditado*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/s/86/77/867/p.shtml>>. Acesso em: 04 set. 2002.

SANTOS, Marco Aurélio. *A efetividade do crédito de pequeno valor contra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios*. Disponível em: <<http://www1>

jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3029>. Acesso em: 05 ago. 2002.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. 256 p.

VELOSO SOBRINHO, Manoel Lopes. Execução do “pequeno valor” contra a Fazenda Pública: questão de sobrevivência e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 144, p. 149-151, jun. 2001.

