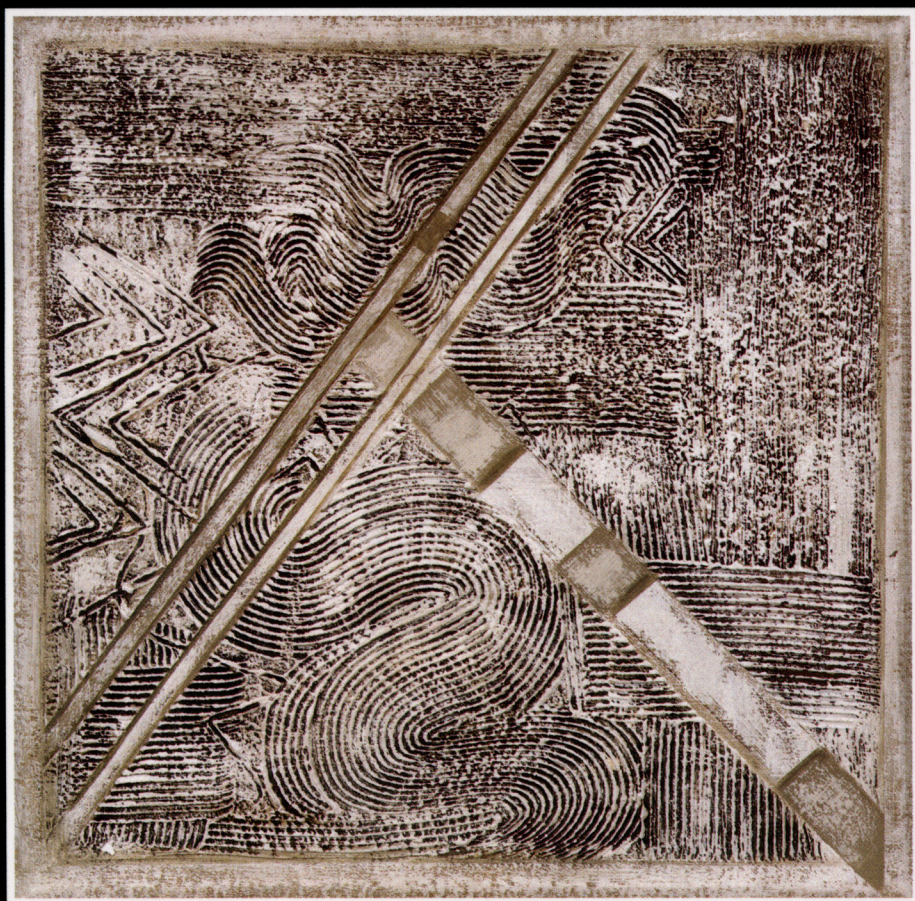


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2008 – Ano 45 – Nº 178



Carmélia de Santana Freitas, obra sem título, 2003. Acervo do Senado Federal.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 178
Abril/junho – 2008

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

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

ISSN 0034-835x
Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

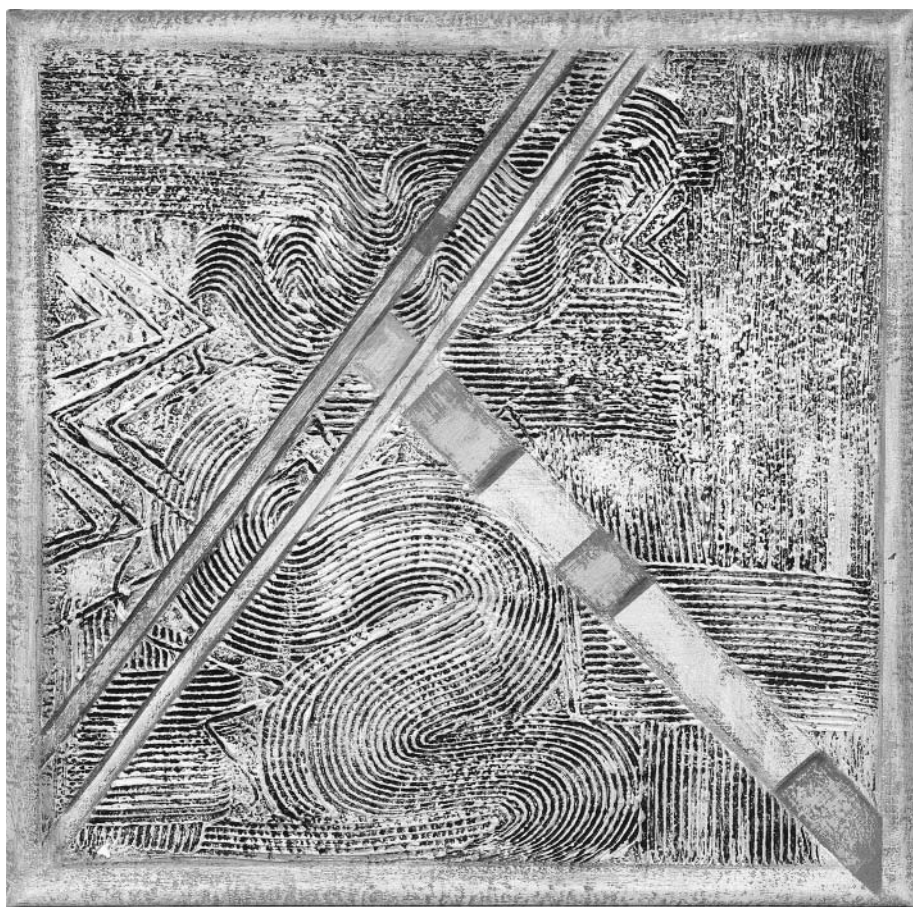
REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Diana Augusta Formiga da Luz e Andréa Garcia da Silva Pinto
REVISÃO DE PROVAS: Gilson Cintra, Bárbara de Almeida Bezerra e Marise de Faria Fiuza
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos Lima e Gláucia Fernandes Gonçalves
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)



Nesta obra de 2003, Carmélia de Santana Freitas utiliza técnica mista sobre uma tela de 0,70 m x 0,70 m, para retratar motivos inspirados nas culturas Maia, Asteca e Inca.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 45 · nº 178 · abril/junho · 2008

Adhemar Ferreira Maciel	Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão 7
Arthur de Castilho Neto	O futuro do advogado 13
Roberto Freitas Filho	Decisões jurídicas e teoria lingüística. O prescritivismo universal de Richard Hare 19
Evandro José Morello e Dirce Mendes da Fonseca	Os pressupostos do positivismo no campo da pesquisa jurídica e as contribuições teórico-metodológicas de Pierre Bourdieu 45
Bruno Calabrich	Conceito(s) de norma. Uma breve análise sobre a classificação de von Wright 55
Roberto Armando Ramos de Aguiar	Paz. Notas para um estudo 63
Ulisses da Silveira Job	Proteção internacional dos direitos humanos. Comissões e cortes interamericanas e européias de direitos humanos e questões afins 81
Ricardo Ribeiro Campos	O genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais 91
Paulo Vargas Groff	Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras 105
José Ribas Vieira e Deilton Ribeiro Brasil	O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF 131
Dhennis Cruz Madeira	Teoria do processo e discurso normativo. Digressões democráticas 141
Amandino Teixeira Nunes Junior	A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil 157
Paulo Sérgio Novais de Macedo	Democracia participativa na Constituição Brasileira 181
Fabício Juliano Mendes Medeiros	Separação de Poderes. De doutrina liberal a princípio constitucional 195
Pedro Braga	A Constituição de 1988 e seus momentos 207
Edilson Pereira Nobre Júnior	Conversão e negócio jurídico anulável 215
Oscar Valente Cardoso	O desenvolvimento sustentável e sua regulamentação no direito internacional 229

Luiz Henrique Diniz Araujo	Hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras 243
Ericson Meister Scorsim	Restrições à liberdade de desenvolvimento do Brasil no âmbito da OMC e da OCDE. O caso dos subsídios à Embraer 251
João Batista Marques	O sistema multilateral de comércio do GATT. Regulação e evolução 261
Otávio Cançado Trindade	A constitucionalização do direito internacional. Mito ou realidade? 271
Kátia Magalhães Arruda	O trabalho infantil doméstico. Rompendo com o conto da Cinderela 285
Francisco Sant'Anna	Quem faz a notícia no parlamento brasileiro? Análise comparativa das rotinas dos newsmakers do Senado Federal 293
Roberto Sampaio Contreiras de Almeida	Apontamentos sobre a controvérsia da manutenção do Exame de Ordem 307
Hugo Hortêncio de Aguiar	O Apocalipse. Cânon, simbolismo, doutrina e parâmetro de avaliação histórica 321

*Artigo de contribuição da Consultoria de Orçamento,
Fiscalização e Controle do Senado Federal*

Eber Zoehler Santa Helena	Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls 335
---------------------------	---

Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão

Adhemar Ferreira Maciel

Despreocupadamente, talvez tenha sido Pascal ([19--])¹ quem melhor formulou a síntese de *homem*: “caniço pensante”. Ainda que os outros animais possam ter “voz”, não têm “fala” (*logos*), isto é, não têm como expressar lógica e racionalmente o que pensam.

Se olharmos a história do *roseau pensant*, veremos que ele sempre teve de lutar indormidamente para poder manifestar o que pensa, seja por gestos, silêncio, fala, cartuns, dísticos em veículo, e por mil e uma maneiras. Para manter a liberdade de idéias, de pensamento, o homem teve de lutar. Teve de resistir (LASKI, 1937, p. 94)². Primeiro, resistir contra a tirania religiosa, em seguida, contra a tirania do Estado e, por último, contra a tirania de grupos sociais. Se ele pensasse em desacordo com a igreja, cometia heresia; se seu pensamento fosse de encontro ao Estado, sublevava; se suas idéias e ações divergissem da maioria, deveria ser silenciado. Muitas vezes, o homem tinha de resistir contra a tirania da igreja e do Estado, que se uniam para sufocá-lo.

Quem examina com cuidado as Constituições políticas modernas, a começar da *Fundamental Orders of Connecticut*, consi-

¹ “L’homme n’est qu’un roseau, le plus faible de la nature; mais c’est un roseau pensant” (PASCAL, [19--]).

² Laski enfatiza que, no fundo, o segredo da liberdade de pensamento (*freedom of mind*) está na coragem de resistir (LASKI, 1937, p. 94).

Adhemar Ferreira Maciel é consultor jurídico, ministro aposentado do STJ e membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

derada por Karl Loewenstein (1959, p. 4) a primeira constituição moderna escrita³, nota que os direitos fundamentais só foram sendo positivados aos poucos, ao longo do tempo. Assim, o *Bill of Rights* inglês, de 1689, assegurou a liberdade de expressão só aos representantes do povo, tanto em sessão do Parlamento quanto fora dela⁴. A Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão, de 1789, no embalo iluminista, ampliou o direito de expressão: *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* (Art. 11). Daí em diante, inúmeros documentos de alcance internacional, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Assembléia-Geral da ONU (1948) e a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), vêm reiterando e aprimorando o direito de fala e comunicação.

Ainda que a liberdade de expressão tenha começado na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que alcançou seu apogeu. Em 1695, com a caducidade da *Licensing Act*, já não mais havia necessidade de obter-se licença prévia da *Stationer's Company*⁵ ou da igreja para a publicação de livros na Grã-Bretanha. Mas a crítica a funcionários públicos através de periódicos continuava sujeita a ações judiciais. Na América-Colônia, há um caso célebre, por isso mesmo sempre lembrado, envolvendo liberdade de imprensa. John Peter Zenger, dono de um

³ "... die *Fundamental Orders of Connecticut*, erlassen in Hartford im Jahre 1638, kann wohl als die erste geschriebene Verfassung gelten und geht zeitlich dem mütterländischen *Instrument of Government* von Cromwell (1654) vor" (LOEWENSTEIN, 1959, p. 4). Georg Jellinek lembra que as *Fundamental Orders of Connecticut* exerceram influência na elaboração do *Agreement of the People* inglês (JELLINEK, 2005, p. 631).

⁴ *That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.*

⁵ A guilda *Stationer's Company*, de editores e vendedores de livros, foi fundada em 1403, obtendo o monopólio real em 1557 (STATIONER'S, 2008).

semanário nova-iorquino, publicou uma série de artigos criticando o governador inglês de Nova York. Foi processado por calúnia e difamação. Dentro da tradição inglesa, submeteu-se a um grande júri, que não o indiciou: os fatos narrados pelo articulista eram verdadeiros...

A liberdade de expressão e comunicação pode envolver questões melindrosas e, na maioria das vezes, difíceis de serem solucionadas. O Governo tem direito de fazer autopromoção? O contribuinte tem o direito de impedir que se paguem impostos? Tenho liberdade de fazer e exibir ao público filme pornográfico ou obsceno? Posso criar *blog* divulgando o ateísmo? o ódio racial? o homossexualismo? Uma empresa de bebidas alcoólicas, que gastou milhões de dólares em neuromarketing, pode licitamente fazer propaganda pela TV de seus produtos comprovadamente danosos à população?

Quando da elaboração da Constituição dos Estados Unidos, os federalistas, com o propósito de obter o apoio dos antifederalistas (mais tarde "republicanos") no atinente à ratificação da Constituição pelos Estados-Membros, comprometeram-se a fazer emendas constitucionais garantindo os direitos fundamentais, que não se achavam expressamente assegurados no texto original de 1787. Em 1789, na primeira legislatura do Congresso, 78 propostas de emendas constitucionais foram discutidas. A Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) aprovou 17. No Senado (*Senate*), o número foi reduzido a 12. Por fim, em 15 de dezembro de 1791, as assembleias legislativas estaduais ratificaram apenas 10, que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*.

Sem dúvida alguma, a emenda do *Bill of Rights* que recebeu o n. 1 é a mais importante das dez primeiras emendas à Constituição americana, pois lida com a "liberdade de fala", que diferencia o "caniço pensante" dos outros animais.

A Emenda n. 1 consagra a proibição de o Congresso elaborar lei estabelecendo

religião oficial (como acontece formalmente na Inglaterra), vedando, ainda, qualquer “restrição à liberdade de fala, ou de imprensa” (*abridging the freedom of speech, or of the press*). A “liberdade de crença” (*freedom of belief*), que é o cimento que une todas as liberdades de expressão, não vem expressa na Emenda n. 1; está implícita (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 599).

Madison, o principal artífice da Constituição, que era familiarizado com os constitucionalistas franceses, propôs, em 8 de junho de 1789, a seguinte redação para a futura Emenda n. 1:

“The people shall not be deprived or abridged of their right to speak, to write, or to publish their sentiments, and the freedom of the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable.”

A redação, como se percebe do texto, é extensa e traz, à francesa, valoração subjetiva da liberdade de imprensa (“um dos grandes bastiões da liberdade”). A redação foi rejeitada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. No Senado, a cláusula constitucional proposta foi alterada.

Na época da propositura da Emenda n. 1, prevaleciam as idéias de Sir William Blackstone (1723-1780), que já vinham impregnadas dos pensamentos de Locke (1632-1704) e John Milton (1608-1674). Blackstone, em sua monumental obra *Commentaries on the Laws of England*⁶, colocava-se contra qualquer censura prévia à imprensa. Admitia, todavia, punição *a posteriori*, sobretudo quando a notícia veiculada fosse “imprópria, malévolas ou ilegal” (*improper, mischievous, or illegal*). O próprio Madison, como registram os *Anais do Congresso* (n. 434), já havia insistido na tônica blackstoniana:

“liberdade de imprensa é, na verdade, essencial à natureza do Estado, mas isso consiste em não impor restrição prévia às publicações, e não na liberdade de censura em matéria criminal quando publicada. Todo homem tem

o indubitável direito de expressar publicamente o que lhe aprouver; proibir isso seria destruir a liberdade de imprensa; mas se ele publica o que é impróprio, malévolas ou ilegal, deve arcar com as conseqüências de sua própria temeridade.”

Durante muitos anos, a liberdade de expressão prevaleceu com limitações nos Estados Unidos. A regra geral vigente era: não se admite censura prévia (*previous restraint*). O fato é que entre 1791, quando se ratificou o *Bill of Rights*, e a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, pouquíssimos casos envolvendo liberdade de imprensa chegaram à Suprema Corte. Com a Guerra, porém, pacifistas e religiosos começaram a concitar os jovens a não se alistarem. Expediam cartas e panfletos. Faziam piquetes. Pregavam cartazes. O Congresso, temendo conseqüências desastrosas, editou duas leis tipificando tais condutas como crimes (*Espionage Act* e *Sedition Act*). A Suprema Corte deu nova interpretação às *free speech and free press clauses* da Emenda n. 1. Oliver Holmes Jr. (1841-1935) e Louis Brandeis (1856-1941) criaram um critério para validar ou não a atitude antibélica: se houvesse um “perigo inofensável e iminente” (*Clear and Present Danger*), não se podia invocar a proteção da Emenda n. 1. Assim, no Caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51-52 (1919), discutiu-se a liberdade de expressão por meio de panfletos e circulares que concitavam os jovens a não se alistarem nas forças armadas. Holmes frisou em seu voto:

“Nós admitimos que em muitos lugares e em épocas normais os réus ao dizer que tudo aquilo que foi dito na circular estariam em seus direitos constitucionais. Todavia, o caráter de cada ato depende das circunstâncias nas quais ele foi feito. A mais rigorosa proteção da liberdade de fala não protegeria um homem de, falsamente, gritar “fogo” no teatro e causar pânico... A questão, em cada caso, está (em

⁶ Os *Commentaries* podem ser consultados na íntegra pela Internet (BLACKSTONE, 2003).

saber) se as palavras usadas o foram de tal modo a criar um perigo claro e iminente (*a clear and present danger*), o qual causará males efetivos que o Congresso tem o direito de evitar.”

No início da década de 1950, o critério *Clear and Present Danger* foi reexaminado (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 625). Nos anos 60, Fred Vinson (1890-1953) reformulou a teoria de Holmes e Brandeis: cabia ao Governo demonstrar que tinha um “interesse substancial” em afastar a proteção da Emenda n. 1. Felix Frankfurter (1882-1965) lembrou que a teoria do *Clear and Present Danger* pecava por sua inflexibilidade (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 625).

Quanto à liberdade de imprensa, sempre houve receio por parte de jornais e revistas na veiculação de notícias contra agentes públicos. Se tocava à imprensa divulgar atos escusos da administração pública, bem informando o cidadão, corria ela o risco de sofrer, por parte da autoridade pública, uma ação indenizatória por calúnia ou difamação (*libel suit*). Em 29 de março de 1960, aconteceu um fato que acabou por provocar novo conceito de liberdade de expressão pela imprensa. O *New York Times* daquele dia publicou matéria com o título *Heed Their Rising Voices* (Atentai aos seus Clamores). O objetivo dessa reportagem era levantar fundos para a defesa do líder negro Martin Luther King, acusado de sonegação fiscal estadual (Alabama). O chefe de polícia da cidade de Montgomery, *Comissioner Sullivan*, ainda que não tivesse tido seu nome citado expressamente pela reportagem, sentiu-se atingido em sua honra funcional. Ajuizou, em decorrência, uma ação de indenização. O tribunal (*Circuit Court of Montgomery County*) fixou a indenização em 500 mil dólares. A sentença foi confirmada pela Suprema Corte do Alabama, que teve a notícia veiculada pelo periódico como “difamatória em si” (*libelous per se*), onde “a falsidade e o dolo são presumidos” (*falsity and malice are presumed*). Houve, argumentou o acórdão, “irresponsabilidade”

do jornal, que dispunha de arquivos para apurar antecipadamente a veracidade dos diversos fatos veiculados em matéria paga. E o *New York Times* não se preocupou com isso, agindo temerária e levemente. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso (*New York Times Co. v. Sullivan*), deparou-se com diversas questões, inclusive processuais constitucionais: a Emenda n. 1 aplicava-se também a provimentos elaborados por legislativo estadual ou só era aplicável a leis do Congresso?

Ronald Dworkin (1996, p. 196), anos e anos depois da decisão de 1968, saudou o Caso *New York v. Sullivan* como a *modern foundation of the American law of free speech*. Tocou ao *Justice William Brennan Jr.*, como dizemos aqui no Brasil, “lavar o acórdão”. Nesse marco judicial, discute-se até que ponto o órgão de divulgação de notícias ou idéias é responsável por aquilo que divulga. Até que ponto deve a direção do jornal ou revista responder por fatos noticiados cuja veracidade não foi previamente checada. Entra em cena, então, a questão fática do *onus probandi*: cabe à entidade noticiosa provar que não agiu dolosamente (*without malice*) ou negligentemente (*recklessly*)? Exige-se “dolo direto” (*actual malice*)⁷ por parte da imprensa para que seja condenada no caso de ação judicial por ofensa à honra de autoridade pública? Até que ponto pode-se legalmente limitar as ações ajuizadas por servidores públicos contra jornais ou revistas se muitas dessas ações podem ter cunho puramente reparatório da honra e não visam à indenização pecuniária? A uma *libel law* estadual (no caso concreto, Alabama) pode-se aplicar a Emenda n. 1, que fala em “Congresso”? A incidência, então, se faria por força da Emenda n. 14?

A questão melindrosa da prova do “dolo direto” (*malice in fact* ou *actual malice*) já havia, evidentemente, sido ventilada em

⁷ Como no direito brasileiro, o direito americano distingue entre “dolo direto” (*actual malice* ou *malice in fact*) e “dolo eventual” (*malice in law*). A propósito, confira BLACK, 1979, p. 863.

muitos outros casos que antecederam ao *New York Times Co. v. Sullivan*⁸. Pois bem, ainda que possa ter havido, antes do julgamento em consideração, votos esparsos sobre a importância de uma imprensa livre, somente com *New York Times Co. v. Sullivan* é que a Suprema Corte garantiu a proteção de uma imprensa, ainda que imprecisa quanto aos fatos divulgados, e mesmo “apressada” quanto a notícias dadas. A possibilidade de indenizações polpudas por difamação ou calúnia não deixa de ser, no fundo, uma barreira para a atuação de uma imprensa livre. O receio de condenação judicial – mais civil do que mesmo penal – pode funcionar como “bloqueador” da crítica a órgãos públicos, nem sempre atuando no interesse da coletividade. Daí ter ficado registrado no voto de Brennan Jr. que “(...) o medo de indenização por danos (...) pode ser, inquestionavelmente, mais inibidor do que o medo de condenação sob uma lei penal”⁹. A decisão *New York Times* foi tão importante, que livros sobre o caso foram publicados a seguir (LEWIS, 1991). Houve quem pusesse em xeque se a investigação de Watergate teria chegado a bom termo se não fosse a preexistência do caso *New York Times* (DWORKIN, 1996, p. 195-196). Efetivamente, a espionagem feita por esbirros do Presidente Nixon na sede nacional do Partido Democrata em Washington (Edifício Watergate) levou a Suprema Corte, em julho de 1974, a permitir a divulgação dos papéis e fitas particulares do presidente da República, por entender que o Governo não havia comprovado que a divulgação de tais dados punha em risco interesses do país.

Em *New York Times*, Brennan, ao começar seu voto, ciente da importância do precedente *in fieri*, admoestou que:

⁸ *Charles Parker Co. v. Silver City Crystal Co.*, 142 Conn. 605, 618, 446 (1955); *Phoenix Newspaper, Inc. v. Choisser*, 82 Ariz. 271, 277, 278 (1957).

⁹ *The fear of damage awards (...) may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute.*

“(...) foi-nos solicitado, neste caso, determinar, pela primeira vez, até que ponto as proteções constitucionais de fala e de imprensa limitam o poder do Estado em conceder indenizações em ação por difamação aforada por um servidor público contra críticas de sua conduta funcional”¹⁰

Mas, mesmo em país com democracia bem consolidada, como os Estados Unidos, não se pode deixar de vigilar pelos direitos fundamentais, ainda que tenham eles mais de duas centúrias de positividade constitucional. Por mais de uma vez, tenta-se alterar a redação da Emenda n. 1. Desde 1989, há notórias tentativas de mexer na Emenda n. 1 para evitar a queima da bandeira nacional, considerada pela Suprema Corte como liberdade de expressão. Em *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), por exemplo, um rapaz, indignado com a notícia dada por rádio de que um líder negro havia sido assassinado, ateou publicamente fogo à bandeira nacional. Seu ato foi tipificado como crime. A Suprema Corte, porém, entendeu que, por mais estapafúrdio e tresloucado que fosse seu gesto, o jovem estava exercendo direito de expressão, garantido pela Emenda n. 1. Em seu voto, o Justice Harlan consignou:

“Nós crescemos que o desrespeito por nossa bandeira é de ser lamentado, tanto nesses tempos conturbados, quanto nos períodos mais tranquilos de nossa história (...). Todavia, não temos como manter uma condenação que se alicerça numa forma de expressão, ainda que condenável, que a Constituição tolera e protege.”

Em outro caso – *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990) –, a Suprema Corte, novamente conduzida por William Brennan Jr., com a adesão dos Justices Marshall,

¹⁰ *We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct.*

Blackmun, Scalia e Kennedy, decidiu que queimar bandeira norte-americana, vedada por uma lei federal de 1989,¹¹ era uma lídima manifestação da liberdade de expressão política, e encontrava amparo na Emenda n. 1. A orientação foi a mesma do precedente *Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989).

Em junho de 2006, por apenas um voto, o Senado deixou de aprovar projeto de emenda constitucional alterando a Emenda n. 1 para que ficasse constitucionalmente vedada a queima de bandeira nacional. Se passasse a proposta, a Suprema Corte já não mais teria como manter sua jurisprudência de liberdade de expressão, duramente conquistada através de séculos. Não resta dúvida de que a inserção na Emenda n. 1 da criminalização da queima ou destruição de bandeira será um retrocesso que interrompe evolução cevada no credo calvinista.

Referências

- BLACK, Henry Campbell. *Law dictionary*. St. Paul Minn: West Publishing Co, 1979.
- BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England. *Lolang. Com*, Livonia, 2003. Disponível em: <<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>>. Acesso em: 10 abr. 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Montevidéo: J. C. Fairea, 2005.
- LASKI, Harold J. *Liberty in the modern state*. London: Penguin Books, 1937.
- LEWIS, Anthony. *Make no law: the Sullivan case and the first amendment*. New York: Random House, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 1959.
- NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Principles of constitutional law*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson, 2007.
- PASCAL, Blaise. *Pensées. Croixsens*, [S. l.], [19--]. Disponível em: <<http://www.croixsens.net/pascal/index.php>>. Acesso em: 26 nov. 2007.
- STATIONER'S Company. In: THE FREE dictionary. Huntingdon Valley: Farlex, 2008. Disponível em: <<http://encyclopedia.farlex.com/Stationer's+Company>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

¹¹ *Flag Protection Act*. A Constituição Federal brasileira, em seu art. 13, § 1º, tem a bandeira como um dos símbolos nacionais. A Lei n. 5.700/1971, alterada pela Lei n. 8.421/1992, em seu art. 31, considera como contravenção penal manifestação de desrespeito aos símbolos nacionais. A destruição da bandeira, todavia, configura um crime, apenado com pena de detenção de 2 a 4 anos (Decreto-lei n. 898/1969, art. 44).

O futuro do advogado

Arthur de Castilho Neto

Sumário

a. Advocacia empresarial. b. A advocacia criminal. c. Advocacia pública e advogado/empregado. d. Conclusão.

A propósito do tema “O Futuro do Advogado”, é imprescindível fazer algumas considerações preliminares acerca dos vários dispositivos constitucionais e legais que o Brasil reservou para a profissão de advogado, que foi elevada ao patamar constitucional pela nossa Constituição de 1988.

Com efeito, a Constituição brasileira reserva, no Capítulo denominado “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV), uma Seção intitulada “Da Advocacia e da Defensoria Pública” (art. 133).

Pela primeira vez na história, o País procurou dar dimensão constitucional à profissão de advogado, assegurando-lhe, dentro dos limites da lei, a inviolabilidade no exercício de sua profissão e incluindo-a devidamente no Capítulo das Funções Essenciais da Justiça.

A lei que regula a atividade da Advocacia, também conhecida como “Estatuto do Advogado”, é a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Feita essa pequena introdução, cumpre afirmar, desde logo, com absoluta convic-

Arthur de Castilho Neto é advogado, membro do Ministério Público Federal, aposentado no cargo de Subprocurador-Geral da República, ex-assessor jurídico da Presidência do Senado Federal.

* Intervenção feita no 51º Congresso da União Internacional dos Advogados - UIA, realizado em Paris, de 31 de outubro a 4 de novembro de 2007.

ção, que o Futuro do Advogado *é já, é agora, é ontem!*

E ao afirmar isso, de forma tão contundente, quero assinalar que, no dia-a-dia, o profissional da advocacia vê, com enorme inquietação, o total descompasso entre o rápido desenvolvimento tecnológico que o mundo todo viu ocorrer e a excessiva e invencível lentidão de nossos Tribunais judiciais, presos a fórmulas processuais superadas, à leitura oral dos votos nos Tribunais Superiores e, sobretudo, à enorme lista de recursos previstos na lei processual, nem sempre eficazes para o exercício da ampla defesa, mas seguros e eficazes instrumentos de procrastinação para o litigante de má-fé.

Basta lembrar que, em recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da troca de partidos pelos parlamentares federais, estaduais e vereadores municipais (titulares de mandato político nas eleições proporcionais), consumiram-se duas sessões da Corte e cerca de trinta horas de julgamento, o que, sem dúvida, representa para todos, Ministros, advogados, imprensa e partes, algo excessivo.

E isso sem mencionar a circunstância de que ficaram à espera os réus presos em favor dos quais já se impetrara '*habeas corpus*' e de que ficaram seus julgamentos adiados ou preteridos em favor desse e de outros casos, de enorme interesse político e de grande repercussão na mídia.

É esse o quadro em que vive o advogado de hoje, no nosso país, cuja profissão deve ter, e necessariamente sempre terá, nítido e concreto *valor econômico* no mercado, já que a rapidez e a eficiência são de importância significativa no processo de globalização em que vivemos, porque a competição é grande e porque qualquer descuido pode significar o fracasso total de um projeto pessoal ou empresarial e, como consequência, em larga escala, do desempenho econômico-financeiro e social do país.

A propósito, quero abordar alguns tópicos que preocupam os profissionais de

nosso país e que dizem respeito a alguns deveres dos advogados, a algumas prerrogativas suas, a algumas limitações legais e pessoais que os cerceiam, adequando o presente trabalho ao tema proposto para nosso exame.

Além do mais, e por causa disso mesmo, sobram alternativas aos profissionais para visualizar não apenas a atuação judicial, mas também outros caminhos que levem a soluções mais rápidas e efetivas, que hoje, e sobretudo cada vez mais, no futuro, nossa realidade histórica está a exigir.

Tendo em conta a objetividade, tratarei apenas da advocacia empresarial, da advocacia criminal, da advocacia pública e da advocacia/emprego, que têm a ver com princípios, deveres, prerrogativas e limitações dos advogados.

a) Advocacia empresarial

O aumento considerável de leis, decretos, regulamentos, atos normativos, pareceres e decisões judiciais, sobretudo em matéria fiscal e trabalhista, faz com que as grandes empresas procurem os escritórios especializados para obterem a segurança jurídica necessária às suas operações.

Nessa fase da globalização das atividades, que gera uma enorme competição interna e externa, é de fundamental *valor* a atuação do advogado.

Ou para evitar as irregularidades fiscais, ou mesmo a prática de ações penais, no campo tributário, o advogado é indispensável para a grande empresa. Deve ele, contudo, agir com a ética que lhe é imposta pela sua própria consciência e pelas leis que regulam sua atividade profissional (arts. 31 a 33 da Lei Brasileira 8.906, de 4 de julho de 1994, e Código de Ética e Disciplina, art. 33 da lei citada).

O profissional deve abster-se de orientar indevidamente o empresário com procedimentos temerários para angariar provisoriamente para o cliente uma situação aparentemente favorável em termos de

custos finais (redução dos impostos pagos e das obrigações trabalhistas), de obter para ele próprio uma situação confortável em relação a outros profissionais da área.

Nem sempre é possível realizar uma consultoria adequada ou um patrocínio judicial razoável, tendo em conta que, em nosso país, a composição do Supremo Tribunal Federal foi alterada sete vezes (7 em 11 ministros), o que provocou mudanças substanciais na jurisprudência da Corte.

A tal ponto essas mudanças refletiram nos resultados das questões que o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a construir entendimentos peculiares em relação a tributos, tidos como indevidos até um determinado momento e depois admitidos, em decisões claramente opostas, em que foram dados efeitos prospectivos da nova decisão, para evitar ônus excessivos ao contribuinte de boa-fé.

Outro problema enfrentado pelos nossos advogados é o da ação conjunta das fiscalizações federais, estaduais e municipais com os Ministérios Públicos para obrigar os contribuintes a abandonar os recursos fiscais e com isso evitar o ajuizamento de ações penais por crime de sonegação fiscal.

Em boa hora, decisão recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro exigiu o exaurimento dos processos administrativos para autorizar as denúncias criminais, como condição de procedibilidade.

Por essas circunstâncias todas, o advogado deve procurar buscar outras alternativas, não somente a alternativa judicial, mas até mesmo a alternativa legislativa, buscar assessorar seu cliente na eliminação das dúvidas e incertezas que a legislação possa oferecer.

b) A advocacia criminal

Nunca, como agora, especialmente após o dia 11 de setembro, as liberdades individuais têm sido mundialmente tão atingidas. Na Inglaterra, inúmeras câmeras de televisão com recurso de visão noturna, infra-vermelha, fiscalizam os cidadãos em

cada esquina das cidades, em bancos, aeroportos e *shoppings*.

Cada vez que um consumidor usa sua página no computador, seu cartão de crédito ou cheques, ele deixa traços e informações a seu respeito, que podem ser recuperadas, depois, até mesmo por agentes públicos ou pessoas inescrupulosas.

Diz-se que a Inglaterra, a Itália e os Estados Unidos testam, no momento, a utilização em um avião em miniatura, acionado por controle remoto, silencioso, mais leve que um saco de açúcar, dotado de vídeo-câmeras e infra-vermelho para detectar comportamentos suspeitos na multidão. Na França, fala-se da utilização de um protótipo aéreo de tamanho pequeno, que poderá substituir os custosos helicópteros na fiscalização de tumultos e de comportamentos suspeitos.

O Brasil, felizmente, parece não ter, ainda, que preocupar-se, prioritariamente, com o terrorismo. Seu problema é, na verdade, o combate à corrupção por parte dos agentes públicos e o tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes e semelhantes. Em nome desse combate, às vezes se praticam arbitrariedades que tanto revoltam e dificultam a ação do profissional.

Nosso país se obrigou, ao aderir a tratados e convenções internacionais, a combater a corrupção, a lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas e substâncias afins.

Para armazenar dados e proceder às investigações criminais, no entanto, os organismos policiais têm praticado, no afã de produzir provas materiais, algumas arbitrariedades que os advogados têm obrigação de combater, no processo e fora dele.

A Constituição brasileira garante a inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados, salvo por ordem judicial, na forma da lei, para investigação criminal e para instrução processual penal (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996).

Às Comissões Parlamentares de Inquérito também é autorizada a quebra do sigilo dessas correspondências, em casos previa-

mente justificados (art. 58, § 3º, da CF). Fico, porém, nos organismos policiais.

No combate à corrupção pública, tem-se utilizado um sistema de escuta telefônica, muitas vezes não autorizada, chamada “Projeto Guardiã”, que procura detectar elementos de prova em relação aos suspeitos (às vezes com prévia autorização judicial, às vezes, não), acarretando, inclusive, a inexplicável busca e apreensão de documentos e dados em escritórios de advogados, o que tem provocado a imediata e firme reação dos órgãos de representação de classe.

Tão grave é a situação, que envolveu, inclusive, alguns magistrados postos sob suspeita, que os advogados das partes têm requerido, e em muitos casos obtido, a nulidade das provas.

É certo que nem sempre o defensor tem o apoio da mídia ou da opinião pública, pois todos querem, com razão, evitar a impunidade dos infratores, mas, por outro lado, tem-se de enfrentar os abusos que tornam totalmente desequilibrada a situação das partes no processo penal. Até porque está entre os direitos e garantias individuais a presunção de inocência, a garantia do devido processo legal e a nulidade da prova obtida por meios ilícitos (art. 5º da Constituição Federal).

c) Advocacia pública e advogado/empregado

Uma das prerrogativas mais importantes do advogado é, sem dúvida alguma, a independência para o exercício da profissão. O Estatuto dos Advogados Brasileiros (Lei nº 8.906, de 1994), no inciso I do seu artigo 7º, enumera, entre os direitos do advogado, o “de exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”.

Essa independência é o fundamento para se fixarem as incompatibilidades e impedimentos do exercício da advocacia (art. 27 a 30 da Lei citada). A preocupação com essa prerrogativa é muito grande na legislação brasileira. Nossa Constituição Federal cuida da Advocacia Pública nos ar-

tigos 131 e 132 sem, contudo, assegurar aos Procuradores a desejada independência.

Essa questão já foi abordada superficialmente no Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, não existindo, porém, uma decisão a respeito do assunto. Há uma tendência de se subordinar o advogado hierarquicamente ao Governo, uma vez que se entende adequado vinculá-lo às orientações governamentais para preservar a satisfação dos interesses públicos (!!).

Houve inúmeras iniciativas parlamentares que objetivavam assegurar, do mesmo modo que se assegurou ao Ministério Público, independência funcional e orçamentária, iniciativas essas que não resultaram em lei.

Todavia, recente lei proposta pelo próprio Governo Federal elevou o Advogado-Geral da União, chefe da advocacia pública, no âmbito federal, à condição de Ministro de Estado, circunstância que garante, de certa forma, à advocacia pública uma certa independência.

Tive a honra, no passado, de exercer as funções de Advogado-Geral da União e não tive, da parte do Presidente da República, com quem colaborei, nenhuma interferência indevida nos trabalhos da instituição. O Chefe de Governo apenas chamava a atenção para os assuntos de grande importância para o Executivo Federal e aceitava, sem discussão, as orientações que a Advocacia lhe dava.

O Estatuto dos Advogados cuida da Advocacia Pública apenas no seu artigo 29 para criar incompatibilidade dos Procuradores-Gerais para o exercício da Advocacia particular, visando preservá-lhe a necessária independência.

Já o advogado/empregado tem, no art. 18 do Estatuto, sua independência profissional assegurada, porque dispõe que “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Prevê um salário mínimo profissional, estabelecido por sentença

normativa e uma jornada de trabalho que não poderá exceder a quatro horas diárias e a de 20 horas semanais”.

Nem sempre, na realidade, as empresas que mantêm, no seu quadro de empregados, advogados para assessorá-la na sua rotina de trabalho observam essas regras legais protetoras da relação de emprego e da independência profissional, e também nem sempre os profissionais, com receio de represália, reivindicam essa prerrogativa.

d) Conclusão

As exigências desse novo século levam sobretudo as grandes empresas e os clientes, de uma maneira geral, a considerar o trabalho do profissional da advocacia como um *valor de mercado*, na medida em que a competição desenfreada provocada pelo processo de globalização e pelas exigências de resultado assim o exigem, sendo o advogado fator preponderante na consecução desse projeto.

A luta pela sobrevivência profissional por vezes se põe em conflito com os princípios e deveres do advogado, que, por isso mesmo, tem de ceder aos imperativos de sua consciência e aos preceitos legais que tem de observar; ainda que enfrente o risco ou a perda efetiva de clientela.

A ética, a lealdade, a independência, a coragem e a sobriedade são, mais do que qualidades, deveres inafastáveis do profissional.

É certo, ainda, que o profissional deve-se manter atualizado com a legislação e a jurisprudência de seu país, informado a respeito das decisões das principais Cortes judiciais do mundo inteiro, em contato permanente com os legisladores, para corrigir o que está defeituoso na legislação do país.

Somente assim o advogado será reconhecido e respeitado pela comunidade em que atua e poderá exercer sua profissão com dignidade, vendo-a de fato reconhecida como absolutamente indispensável à administração da Justiça.

Decisões jurídicas e teoria lingüística

O prescritivismo universal de Richard Hare

Roberto Freitas Filho

Sumário

Introdução. 1. Breve informação sobre Richard Hare. 2. A linguagem prescritiva e as palavras de valor. 2.1. A natureza da Teoria. 2.2. Princípios formulados com palavras de valor. 3. Universalizabilidade. 4. Palavras funcionais. 5. Palavras descritivas e avaliatórias: distinções. 6. O significado. 6.1. Significado e palavras funcionais. 7. Relação entre significado avaliatório e descritivo. 8. Imperativos e lógica. 9. Princípios morais substantivos. 10. Lógica e dever de fundamentação das decisões. 11. Complexidade do silogismo. 12. Silogismo, segurança jurídica e previsibilidade. 13. Aplicabilidade da Teoria ao Direito. 14. Um exemplo. 15. A teoria aplicada aos tribunais. 16. Anotações finais.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar de forma sistematizada o Prescritivismo Universal, teoria moral proposta por Richard Hare, bem como justificar a sua aplicação ao discurso jurídico. A aplicação do Prescritivismo Universal permite a análise lógica dos argumentos utilizados pelos tribunais desde as perspectivas da identidade e da não-contradição, sendo um importante instrumento analítico para a apreciação das decisões em que são utilizados princípios e cláusulas gerais.

O Prescritivismo Universal não permite prescrever qualquer conteúdo eventualmente tido como correto das decisões, mas sim investigar se o requisito de coerência de

Roberto Freitas Filho é Professor de Direito - UniCEUB; Doutor - USP; Professor Visitante - Universidade de Wisconsin, Madison; Assessor Jurídico da Liderança do PSB no Senado Federal, Líder Senador Renato Casagrande.

sentido, empregado nos conceitos com os quais se fundamentam as decisões, é respeitado. É, portanto, um instrumento teórico poderoso para a análise de coerência das decisões sem uma preocupação com sua correção substantiva, na medida em que é constituído de dois conceitos formais: a universalizabilidade e a prescritividade.

1. Breve informação sobre Richard Hare

Richard Mervyn Hare foi um filósofo da moral que influenciou, com sua metaética¹, a teoria da linguagem na segunda metade do século XX. Em sua juventude, passou por uma experiência dramática na Segunda Guerra Mundial, fato que influenciou seu interesse pela moral: foi prisioneiro dos japoneses do ano de 1942 ao fim da guerra.

Hare foi declaradamente influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin e pelo segundo Wittgenstein, bem como pela filosofia utilitarista e, ainda, pelas idéias de Kant. A influência do utilitarismo não conduziu Hare a aceitar o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, mas sim a reconhecer que o indivíduo faz considerações de ordem utilitarista ao produzir julgamentos éticos. Assim, uma de suas crenças centrais é a de que o indivíduo deve se imaginar na posição do outro.

¹ Sobre os conceitos relacionados à ética: "The field of ethics, also called moral philosophy, involves systematizing, defending, and recommending concepts of right and wrong behavior. Philosophers today usually divide ethical theories into three general subject areas: metaethics, normative ethics, and applied ethics. *Metaethics* investigates where our ethical principles come from, and what they mean. Are they merely social inventions? Do they involve more than expressions of our individual emotions? Metaethical answers to these questions focus on the issues of universal truths, the will of God, the role of reason in ethical judgments, and the meaning of ethical terms themselves. *Normative ethics* takes on a more practical task, which is to arrive at moral standards that regulate right and wrong conduct. This may involve articulating the good habits that we should acquire, the duties that we should follow, or the consequences of our behavior on others. Finally, *applied ethics*

Hare construiu uma teoria por ele próprio denominada "Prescritivismo Universal", segundo a qual as palavras morais, tais como "bom", "dever", "correto", têm duas propriedades lógico-semânticas: universalizabilidade e prescritividade. Em síntese, a propriedade da universalizabilidade é aquela segundo a qual um julgamento moral deverá ser expresso de forma que contenha um rol finito de termos universais. Segundo essa propriedade, um julgamento moral dá origem a uma *regra moral* (a qual Hare chama de "princípio"), ou seja, pode ser expresso dessa maneira. A propriedade da prescritividade é aquela segundo a qual os agentes morais devem realizar a conduta que eles consideram moralmente obrigatória quando estiverem física e psicologicamente aptos a assim agirem.

A influência kantiana em Hare é perceptível quando se aplicam a situações práticas as duas propriedades do discurso moral. Estabelecida uma regra expressa em termos universais, tal regra deve ser aceita e obedecida pelo indivíduo que a propõe. Se esse não está apto a agir conforme tal regra, então não se verifica um verdadeiro julgamento moral. Para que nos reconduzamos ao discurso moral, faz-se necessária a modificação do julgamento original, de forma que o comportamento descrito possa ser universalizável e aceito, inclusive, pelo agente que o propõe. Inspirado no imperativo categórico de Kant, o julgamento moral

involves examining specific controversial issues, such as abortion, infanticide, animal rights, environmental concerns, homosexuality, capital punishment, or nuclear war. By using the conceptual tools of metaethics and normative ethics, discussions in applied ethics try to resolve these controversial issues. The lines of distinction between metaethics, normative ethics, and applied ethics are often blurry. For example, the issue of abortion is an applied ethical topic since it involves a specific type of controversial behavior. But it also depends on more general normative principles, such as the right of self-rule and the right to life, which are litmus tests for determining the morality of that procedure. The issue also rests on metaethical issues such as, 'where do rights come from?' and 'what kind of beings have rights?'" FIESER, [200--].

correto é aquele que é preferível em todas as possíveis situações.

A combinação dos dois requisitos (universalizabilidade e prescritividade), e, portanto, a adoção do Prescritivismo Universal, conduz a um modo de consequencialismo denominado “utilitarismo de preferências”. Hare propõe que a teoria moral kantiana leva a um utilitarismo de preferências, na medida em que a adoção do imperativo categórico por um determinado agente conduz a prescrever um julgamento moral aceitável estando ele em qualquer posição envolvida na situação, devendo considerar as preferências de todos os envolvidos.

Embora influenciado por Kant, Hare difere dele ao propor que o agente deve universalizar suas prescrições considerando, porém, as consequências da sua ação. A especificidade das circunstâncias do caso real no qual o agente está envolvido deve, desta forma, ser considerada, bem como os resultados práticos da aplicação de um imperativo categórico. Contudo, Hare se afasta da visão kantiana, ao propor a universalizabilidade das nossas prescrições, inserindo o dever de consideração das circunstâncias específicas de aplicação da máxima.

2. A linguagem prescritiva e as palavras de valor

A teoria de Hare (2003, p. 8) é uma teoria ética, o que significa que é sobre os conceitos morais, tendo, entretanto, por base a natureza, o significado e as propriedades lógicas de tais conceitos. Não inclui nenhum conceito moral substantivo e, portanto, não propõe um conteúdo moral universal. É uma teoria que se contrapõe ao intuicionismo. Afirma, assim, que os significados das palavras morais são explicados em suas propriedades lógicas formais.

As principais propriedades das palavras morais são duas: serem prescritivas e universalizáveis. O fato de que o sentido das palavras morais é prescritivo revela que

seu uso serve para a reflexão sobre a ação humana, embora nem todas as prescrições tenham um sentido moral, já que algumas são ordens singulares, sem referência a um princípio geral. A propriedade da “universalizabilidade”, termo cunhado por Hare (2003, p. 8), é aquela segundo a qual “a pessoa que sinceramente dá a eles [proferimentos prescritivos] assentimento deve aplicá-los, não apenas a si mesma, mas a qualquer agente que esteja em situação precisamente igual à sua”.

Em sua primeira obra de grande repercussão, *A linguagem da moral*, propõe introduzir o leitor à ética, tendo como perspectiva o estudo lógico da linguagem da moral. A questão que nos interessa mais de perto entre as abordadas pelo autor é a explicação do funcionamento no chamado *modo imperativo*, que, segundo ele próprio, consiste na parte principal de seu argumento (HARE, 1996).

2.1. A natureza da teoria

No “Prescritivismo Universal”, a lógica que governa os enunciados morais é a lógica das prescrições morais. A teoria se enquadra no marco de uma teoria não-descritivista, na medida em que não busca o estudo da verdade de uma sentença com base na convergência de sentido da palavra com um objeto qualquer. A preocupação recai sobre a possibilidade de controle do discurso pela via da coerência na utilização dos significantes e a teoria é, portanto, não-descritivista racionalística (HARE, 1996, p. 67).

Para que se possa proceder a uma investigação sobre a moral, é necessária, como requisito prévio, a identificação das regras que governam a argumentação, ou seja, uma gramática que permita algum tipo de apreciação do discurso. Sua teoria ética é, portanto, uma teoria sobre o significado e propriedades lógicas das palavras morais (HARE, 1996; p. 74).

A linguagem prescritiva é, como já dito, aquela que tem como objetivo a indicação

da conduta humana devida, tendo em vista a existência de problemas sobre como agir. Os problemas relativos à decisão sobre a correção da ação humana têm como uma de suas características fundamentais o fato de serem prementes, inadiáveis. Assim, aquele que se vê na situação de agir tem de fazê-lo de forma inescusável. O modo imperativo é aplicado a tais situações.

Na linguagem prescritiva, há imperativos singulares e universais, bem como juízos de valor não-morais e morais. O modo imperativo é expresso na forma de comandos e tal característica aproxima, portanto, a linguagem da moral à linguagem jurídica. A adoção do Prescritivismo Universal torna possível proceder à análise dos comandos jurídicos distinguindo os tipos de comandos que podem ser aplicados de forma direta daqueles que devem necessariamente ser especificados antes que se proceda à aplicação ao modo dedutivo, o que será visto a seguir.

A diferença, esboçada por Hare (1996), no tocante aos tipos de sentenças dá-se entre uma “afirmação”, caracterizada por ser uma sentença indicativa simples², e um “comando”. A sentença indicativa é usada para dizer *como algo acontece*, e uma sentença imperativa é usada para dizer a alguém que *faça algo acontecer*.

Em relação à diferença entre linguagem indicativa e linguagem prescritiva, um ponto importante é que imperativos não podem ser reduzidos a indicativos, como se houvesse um sentido verdadeiro objetivamente comparável com o objeto ao qual se faz referência em uma prescrição. Assim, não somente as sentenças indicativas têm existência significativa, mas também as prescritivas, embora a função dos dois mo-

dos seja diversa em determinado discurso. Uma sentença prescritiva, ao determinar uma conduta, expressa um sentido interno e uma relação entre os sujeitos, o que resulta em que há uma distinção lógica entre os dois modos.

2.2. Princípios formulados com palavras de valor

Há princípios gerais que são formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos. A importância desse ponto é fundamental para que se esclareça como, no âmbito do Direito, é possível decidir com aparência de fundamentação adequada sem que efetivamente assim se dê. Quando uma norma é formulada com uma palavra de valor, não é possível tratá-la como um conceito analítico. A transcrição do argumento de Hare (1996, p. 45) é elucidativa.

“Se o princípio geral advogado contém uma palavra de valor, pode-se fazê-lo parecer evidente por si mesmo, tratando-o como analítico, e então, quando a mesma palavra de valor aparece na premissa menor factual, pode ser tratado como se fosse descritivo. Por exemplo, poderíamos afirmar a auto-evidência (porque analítica) do princípio de que devemos cumprir nosso dever, e então poderíamos averiguar qual é nosso dever por meio de algum processo de descoberta de fatos (*e.g.*, consultando uma faculdade chamada *senso de dever* ou então vendo a que tipos de ato a palavra ‘dever’ é aplicada em nossa sociedade e depois denominando ‘deveres’ esses atos). Desse argumento, aparentemente, poderíamos chegar a uma conclusão, ‘Devo desempenhar um ato particular A’, e daí ao imperativo ‘Faça A’, simplesmente com base em duas premissas, ‘Uma pessoa deve cumprir seu dever’ e ‘A é meu dever’, a primeira das quais é auto-

² Hare (1996, p. 6-7, grifo nosso) evita a polêmica sobre a existência de sentenças afirmativas simples, com a mera assunção de sua possibilidade, mas ressalva no texto uma menção, não totalmente explícita, aos que defendem a impossibilidade de uma indicação pura: “Pela mesma razão empregarei a palavra ‘afirmação’ para abrigar tudo o que é expresso por sentenças indicativas típicas, *se é que tais existem*”.

evidente e a segunda factual. Mas isso é um equívoco. Se 'dever' é uma palavra de valor, então não podemos decidir o que é nosso dever meramente consultando o uso das palavras ou vendo se temos ou não determinada reação psicológica, mas apenas tomando uma decisão moral".

O reconhecimento de que a inserção de termos avaliatórios (ou termos com palavras de valor) em princípios gerais gera problemas de aplicação conduz a investigação de Hare no sentido de tentar demonstrar a possibilidade de uma racionalidade moral. A decisão moral (assim também a jurídica) deve, portanto, ser tomada com base na lógica e nos fatos. No Direito, isso implica dizer que aspectos relevantes relativos a fatos considerados importantes para o julgamento não podem ser desconsiderados nem distorcidos.

A análise das propriedades das palavras de valor é um elemento essencial para prescrever algo no âmbito da linguagem. As palavras de valor não são somente aquelas nas quais a função avaliativa é mais evidente, como "bom", "correto" e "dever", mas também há outras. Segundo Hare (1996, p. 85), "quase toda palavra de nossa língua pode ser usada ocasionalmente como palavra de valor (isto é, aprovar ou o contrário)".

As palavras de valor sempre expressam um juízo sobre algo sobre o que se está a falar. Quando se diz que algo é bom, a palavra "bom" é utilizada para expressar aprovação em relação a uma série de características que entendemos merecedoras de uma avaliação positiva³.

3. Universalizabilidade

Princípio do Prescritivismo Universal, a universalizabilidade garante que o argu-

³ Hare se opõe às teorias as quais chama de naturalistas, dizendo que elas deixam de fora o elemento prescritivo da linguagem dos juízos de valor e, dessa forma, acabam por derivar juízos de valor a partir de fatos.

mento seja coerente logicamente, independentemente do que quer que seja seu conteúdo substancial. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como um princípio⁴.

O que a tese da universalizabilidade professa é que não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes (HARE, 1963, p. 33). A universalizabilidade é, assim, um princípio lógico, não moral, já que não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral.

O que permite a discussão sobre o conteúdo do princípio moral é a ideia de *preferências*. Em seu aspecto formal, a filosofia moral é uma parte da filosofia lógica. A solução para o problema da escolha do conteúdo das decisões a serem tomadas é o recurso à ideia de que as preferências das pessoas a serem afetadas pelas decisões morais do sujeito devem ser consideradas. Tais preferências têm caráter empírico, e não meramente conceitual ou crítico (HARE, 1981, p. 5).

A teoria de Hare (1981, p. 5) é situada, assim, em sua fase madura, no campo de uma metaética e também de uma ética normativa, na medida em que ele propõe um elemento substantivo de natureza utilitarista a ser introduzido, dando um passo além do que havia dito ter pretendido nas primeiras obras. Contudo, a contradição somente é possível de ser demonstrada por meio de um critério formal, tendo em vista que as pessoas utilizam a linguagem com um tipo de finalidade específica, que é indicar o comportamento correto a ser realizado. Hare (1981) preocupa-se, assim, com a coerência do discurso, dando elementos para a verificação das contradições

⁴ Assim afirmando, Hare tem de lidar com o problema do fanático que se coloca na posição de sofrer as conseqüências nefastas de um princípio que poderia ser tido pelo senso comum como ilógico. O termo "ilógico" aqui é utilizado no sentido vulgar, como o faz Neil MacCormick (2003) em *Legal Reasoning and Legal Theory*.

que porventura ocorram. Esse ponto é especialmente interessante, na medida em que sua teoria nos permite a apreciação da coerência do discurso daquele que julga e, ao julgar, determina como agir⁵.

Embora diga que sua teoria é em parte uma ética normativa, Hare (1981, p. 15) nega a possibilidade de verificação da correção de uma opinião moral. Assim, em termos de preferências pessoais, não há como julgar uma opinião individual, diferentemente dos princípios morais. É justamente por tal motivo que a idéia de controle de conteúdo substantivo das decisões jurídicas é algo bastante contestável.

O que se pode esperar de uma teoria crítica de natureza formal como o Prescritivismo Universal, na perspectiva de um resultado de possibilidade crítica substantiva, é a exposição da lógica dos conceitos morais e a partir daí a busca em mostrar como eles geram certas regras que conduzem à adoção de um determinado método de raciocínio moral normativo de natureza substantiva (HARE, 1981, p. 20). Parece, entretanto, que o ponto forte da teoria não é o seu conteúdo substantivo, mas seu aspecto formal, que permite a identificação de inconsistências no âmbito do discurso jurídico. O princípio da universalizabilidade desempenha um importante papel doador de sentido de justiça à teoria. Hare (1981) define a universalizabilidade e a prescritividade⁶ e ambas se relacionam com a idéia de isonomia. Assim, um juízo

⁵ A importância do contexto dialógico aparece de forma mais intensa em uma elaboração posterior do Prescritivismo Universal: "And since the language is mainly for communication between people, the speakers of a language will usually agree on how the words in it are to be taken. This agreement can be formalized after mutual discussion. But there is nothing to stop a particular speaker using a word in a different way from others in his community; provided that he makes this clear, no confusion will result" (HARE, 1981, p. 11).

⁶ We say something prescriptive if and only if, for some act *A*, some situation *S* and some person *P*, if *P* were to assent (orally) to what we say, and not, in *S*, do *A*, he logically must be assenting insincerely (HARE, 1981, p. 21).

proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais⁷.

O conceito da palavra "significado" é, como visto, problemático, já que a teoria não é descritivista. Assim, um importante esclarecimento sobre a teoria ética de Hare é o significado que atribui à palavra "significado". "Significado" deve ser entendido como incluindo o sentido e a referência a algum objeto.⁸ Assim, tanto as propriedades sintáticas quanto gramaticais afetam o significado das sentenças, que independem dos sentidos descritivos que ensejem verificações veritativas. O sentido das palavras de valor tem relação primordialmente com sua função lógica em uma dada sentença e o lugar da lógica na teoria ética será crucial, pois sem ela não pode haver raciocínio. É a lógica prescritiva que torna possível a racionalidade no pensamento moral e não são as condições de verdade substantiva dos enunciados morais. A proposta de uma moral universal com conteúdo mínimo está, aqui, portanto, afastada. Da mesma forma se dá com as decisões jurídicas, sendo impossível prescrever decisões corretas, no sentido empírico do termo.

4. *Palavras funcionais*

Além dos dois sentidos possíveis de utilização da linguagem, um descritivo e outro avaliativo, há também dois tipos de palavras, considerando-se a descrição de

⁷ Universalizability can be explained in various equivalent ways; it comes to this, that if we make different moral judgements about situations which we admit to be identical in their universal descriptive properties, we contradict ourselves. By 'different', I mean such that, if they were made about the same situation, they would be inconsistent with one another (HARE, 1981, p. 21)

⁸ O autor apóia-se em Austin (1997, p. 100): "Admittedly we can use 'meaning' also with reference to illocutionary force - 'He meant it as an order', &c. But I want to distinguish *force* and meaning in the sense in which meaning is equivalent to sense and reference, just as it has become essential to distinguish sense and reference".

seu objeto: palavras funcionais e palavras não-funcionais. As palavras funcionais comportam em sua descrição a referência a uma função que possuem.

A definição de o que são palavras funcionais é problemática, já que é possível que estejamos utilizando, por exemplo, a palavra "automóvel" em um contexto no qual o falante não esteja querendo significar um automóvel no sentido lexical, e assim, como a palavra é utilizada por um falante em particular, afeta o seu significado. De qualquer forma, um automóvel é definido como um veículo, um meio de transporte. Se a função do automóvel como um meio de transporte não é sabida, não é possível entender o que propriamente é um automóvel. Não é essa classificação de palavras que ocupa destaque no Prescritivismo Universal, mas aquelas cujo significado é dado pela função de avaliação, ainda que seu uso pressuponha que aquilo que é o objeto descrito possa o ser por meio de uma palavra funcional. Em outras palavras, se digo que um automóvel é bom, há uma pressuposição de que se saiba a finalidade do objeto descrito para que se faça uma afirmação de valor como essa.

5. Palavras descritivas e avaliatórias: distinções

Uma fonte de imprecisão na compreensão do pressuposto de que as palavras têm função avaliatória é o fato de que há similaridades entre o uso delas no sentido avaliatório e descritivo na linguagem. Isso ocorre, pois, às vezes, utilizam-se palavras de valor em sentido preponderantemente descritivo. Por exemplo, quando certos critérios avaliativos sobre o objeto são de conhecimento comum entre os falantes, e tal sentido é já bastante cristalizado, ou seja, estabilizado de forma bastante forte, é possível usar a palavra "bom" com um sentido descritivo. Um bom automóvel é um automóvel com algumas características conhecidas por sujeitos que se comunicam

e "um bom veículo" pode ser considerado por eles, mesmo que a intenção no uso da palavra seja apenas descritiva. Embora Hare faça essa ressalva, parece claro que, ainda que com intensidade menor do que em outras circunstâncias, a palavra "bom" acaba por carregar o sentido de recomendação. A questão aqui passa para o campo pragmático do uso da palavra.

Uma segunda similaridade é que podemos utilizar palavras de valor em um sentido descritivo da linguagem em que elas podem ser aplicadas aos contextos de aprendizado, por meio da exemplificação. Ao indicar, por exemplo, um determinado objeto de uma determinada coloração e seguir indicando outros de mesma coloração à qual se denomina uma cor "x", estaremos indicando o sentido descritivo da palavra "x". O mesmo pode ocorrer com uma palavra de valor que seja utilizada em um sentido descritivo.

Uma terceira similaridade entre as palavras descritivas e as palavras de valor é sumamente importante para os fins do presente argumento. Ela consiste no fato de que tanto palavras como "vermelho", por exemplo, que tem um sentido descritivo, quanto "bom", usada para descrever um "bom automóvel", podem ser imprecisas em seu uso. A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor (HARE, 1981, p. 123). O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. Tal fato é importante na medida em que uma das diferenças entre as normas casuísticas e as cláusulas gerais (normas fechadas e abertas, respectivamente, digo eu) apontada pela doutrina jurídica de forma recorrente é a vagueza ou imprecisão semântica dos textos normativos que as compõem. Tal afirmação não descreve adequadamente o aspecto mais importante para a diferenciação dos tipos normativos, já que em ambos a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa

sa. O que diferenciá as normas casuísticas das cláusulas gerais (ou as normas fechadas das normas abertas) é a função lógica das palavras que as compõem. A transcrição do autor é elucidativa:

“Certamente não é verdade que as palavras de valor se distingam das palavras descritivas porque são mais imprecisas, descritivamente, do que estas. Há exemplos imprecisos e rígidos de ambos os tipos de palavra. Palavras como ‘vermelho’ podem ser extremamente imprecisas, sem que se tornem avaliatórias, e expressões como ‘bom efluente de esgoto’ podem ser o objeto de critérios bastante rígidos sem, de modo algum, deixar de ser avaliatórios” (HARE, 1981, p. 124).

A chave para a compreensão da função lógica das palavras de valor está na dissociação dos seus sentidos descritivo e avaliatório. O significado avaliatório das palavras de valor sempre será mantido, seja qual for o objeto da avaliação, sendo que o significado descritivo da palavra poderá variar dependendo do objeto sobre o qual se refere. Assim, um bom automóvel, um bom livro, um bom relógio são sempre objetos sobre os quais estamos (todos nós, que utilizamos a linguagem) a falar, dando-lhes aprovação, proferindo um juízo positivo. Evidentemente, quando falamos sobre um automóvel, um livro ou um relógio, o que consideramos critérios para a avaliação diferirá para cada objeto. Da mesma forma, quando avaliamos – para tomar um exemplo de texto normativo jurídico – se há “onerosidade excessiva”, haverá em cada caso específico, dependendo de que tipo de relação jurídica se analisa, uma série de critérios para determinar o sentido descritivo da expressão, embora o sentido avaliatório esteja mantido. Dizer que há onerosidade excessiva significa avaliar negativamente uma situação em face de um equilíbrio desejado. Entretanto, do ponto de vista descritivo, o que é excessivamente

oneroso, por exemplo, em um contrato de compra e venda de um medicamento de uso contínuo será avaliado segundo certos critérios, enquanto, em um contrato de *leasing* de veículo, a mesma questão será avaliada segundo outros critérios.

O aspecto central da possibilidade de apreciação da coerência das decisões jurídicas é que as sentenças sintéticas não são analisáveis por meio da contradição dos seus termos, mas pela utilização dos vocábulos pela comunidade que as profere. É possível descobrir se uma afirmação sintética está correta analisando o uso da língua, e as definições lexicais são, em certo sentido, arbitrárias, no sentido de que não se pode fundamentar racionalmente por dedução de algo que lhes dê fundamento. Usar uma série de critérios para determinar, para continuarmos no exemplo dado, o que é “excessivamente oneroso” e explicitá-los é uma condição precedente à análise lógica das decisões. Se houver um déficit de explicitação dos elementos descritivos dos termos e expressões que compõem a norma aplicada, a possibilidade de apreciação lógica relativa a decisões proferidas fica prejudicada, ou mesmo obstada.

Assim como no discurso moral, no Direito, quem julga sempre o faz em primeira pessoa, segundo critérios tomados sob a perspectiva do julgador. A diferença entre as palavras de valor em contextos não morais e contextos morais é que nestes é possível ao sujeito colocar-se na posição daquele que tem uma ação a ser avaliada. Quando algum objeto, por exemplo, uma bola de futebol, recebe o adjetivo “boa”, como uma “boa bola de futebol”, colocar-se no lugar da bola não faria sentido. Entretanto, ao dizer que Fulano é um “bom árbitro de futebol”, é possível ter o sentimento de empatia que indica a possibilidade de colocar-se em seu lugar, ainda que potencialmente. Um juízo de valor moral é algo que comove (no sentido de mover em comunhão), já que aquele que profere o juízo pode se colocar no lugar do homem sobre quem se

fala⁹. Assim, no Direito, ao empregarmos palavras de valor, estamos aprovando ou desaprovando pessoas ou condutas de pessoas (HARE, 1996, p. 149).

6. O significado

O problema do “significado” das palavras está ligado à idéia de que elas são utilizadas segundo algumas regras e, portanto, o tipo do significado é determinado pelo tipo de regras que regulam o seu uso. Hare (1963) reconhece o caráter de “textura aberta” das palavras e seu caráter polissêmico, o que torna especialmente complexo a aplicação das normas. São as regras de utilização das palavras que dão consistência ao seu uso prático, o que permite inteligibilidade entre os falantes (HARE, 1963, p. 5). Seu problema, entretanto, não é esse, já que a questão que investiga não é relativa à polissemia da linguagem natural, mas diz respeito à diferença relativa à função lógica das palavras em um proferimento.

A investigação sobre a distinção entre as diferentes funções das palavras leva Hare a propor que as palavras que possuem significado descritivo podem ser apreciadas, quanto à sua correta utilização, por meio da relação existente entre a sua *referência* a um determinado objeto e o tipo do objeto referido, tendo em vista o uso corrente pelo falante. A verificação da correção do uso de uma palavra pressupõe a assunção de que o falante esteja falando a verdade (ou agindo com essa disposição)¹⁰.

⁹ Uma questão intrigante é a do problema que surgirá quando houver inteligência artificial capaz de desenvolver a habilidade do julgamento. Haveremos de decidir, então, sobre a possibilidade de julgar uma máquina que “decidiu agir” de uma determinada forma. Situação exemplar ocorre no filme *2001 - Uma odisséia no espaço*, clássico do diretor Stanley Kubrick, de 1968, no qual há um computador inteligente, HAL 9000, que toma uma decisão tendo em vista dois “princípios” potencialmente conflitantes: manter o curso da missão até seu objetivo e, por outro lado, não causar mal aos humanos que tripulavam a nave.

¹⁰ A idéia de que “falantes estão a falar a verdade” é, nesse sentido, um princípio que constitui a comunicação humana. A idéia da “verdade” como um

Há tipos diferentes de palavras, que devem ser utilizadas segundo diferentes tipos de regras. As cores, por exemplo, não possuem uma definição descritiva no sentido de que os objetos tenham determinadas características físicas que possam ser descritas, mas o uso de uma palavra que signifique uma cor pode ser apreciado por sua referência à cor da qual se fala. Dessa forma, há características que distinguem diferentes tipos de palavras e sua utilização será correta ou não dependendo da referência de tal palavra a qual objeto, relação essa que se estabelece pelo uso – seja léxico, no jargão, na gíria, etc. – e pelo contexto de sua utilização.

Os juízos que fazemos sobre as coisas podem ser de natureza descritiva e os predicados em tal juízo serão descritivos, sendo o modo indicativo (HARE, 1963, p. 10). Assim como os juízos morais, os juízos descritivos têm como característica serem universalizáveis. Há uma característica lógica comum das afirmações tanto morais quanto factuais: se alguém diz que um determinado objeto é de cor azul, outro objeto que possua a mesma característica do anterior, no aspecto relevante “coloração”, deverá ser chamado de azul, em respeito à coerência no uso da linguagem. Todas as coisas que forem de tal cor deverão, em nome da coerência lógica e da não-contradição, merecer universalmente a mesma qualificação.¹¹

Nas palavras cujo significado é descritivo, o conceito de *similaridade* é importante. Assim, objetos que possuem similaridades relevantes entre si, em certos aspectos,

princípio constitutivo da linguagem tem, no direito, repercussão no princípio da boa-fé, segundo o qual se entende que a atuação dos sujeitos deve se dar de forma verdadeira, transparente, sincera etc.

¹¹ Hare (1963, p. 12) faz referência ao compromisso futuro do falante com a utilização da palavra: “... any singular descriptive judgement is universalizable: viz. in the sense that it commits the speaker to the further proposition that anything exactly like the subject of the first judgement, or like it in the relevant respects, possesses the property attributed to it in the first judgement”.

serão designados da mesma forma. A dificuldade reside na escolha dos aspectos de similaridade relevantes entre dois objetos e a solução para tal problema está, segundo Hare (1963), em esclarecer em qual sentido o falante está utilizando o termo. Falar sobre o aspecto coloração de um determinado objeto significa falar da impressão que nos causa à visão e, conseqüentemente, os demais objetos que nos causem tal impressão deverão ser chamados pelo mesmo termo antes utilizado. Segundo Hare (1963), nas palavras descritivas, a denominação do objeto é puramente convencional,¹² já que o sentido de tais palavras é relativo a uma convenção sobre circunstâncias situacionais.

6.1 Significado e palavras funcionais

Os diferentes tipos de palavras não têm as mesmas funções significativas. Há palavras que têm como significado a descrição de um objeto e as palavras de valor, como visto, são usadas para outro fim.

Tornando a utilizar o conceito de “palavras funcionais”, pode-se ilustrar a necessidade de explicitação dos critérios de avaliação. Uma palavra é uma palavra funcional se, para explicar seu significado

¹² No caso das onomatopéias, põe-se a interessante questão de que tal não seja uma mera convenção, mas tenha relação com uma característica física do objeto descrito e, portanto, tenha algo a ver com a descrição de uma essência. “Difícilmente se encontrará outro aspecto da semântica que tenha despertado tanto interesse como a onomatopéia. A vasta literatura a este respeito vai desde as caprichosas fantasias sobre a cor dos sons da fala até às experiências realizadas em condições laboratoriais”. ULLMANN (1978, p. 178). Segundo o autor, as onomatopéias têm os seguintes pontos de interesse semântico: 1) há semelhança intrínseca entre o nome e o sentido, de tal forma que as onomatopéias são semelhantes em diversas línguas; 2) a motivação fonética se dá na condição da existência entre nome e sentido. Os sons se ajustam ao significado do objeto; 3) mesmo quando o som é adequado à expressão do significado, a onomatopéia entrará em jogo se o contexto lhe for favorável; 4) a palavra é onomatopaica se é *sentida* como tal. Sobre a busca de motivação fonética para a relação entre a palavra e o sentido do objeto, diz o autor: “Essa busca de motivação estendeu-se mesmo até à palavra escrita.

de forma completa, temos de dizer *para que* serve o objeto a que se refere, ou o que se espera que ele faça (HARE, 1963, p. 107). Aí está introduzida a idéia de uma finalidade como critério funcional da palavra, ou seja, saber o que algo é tem a ver com saber para que esse algo serve. O problema é que, ao definir uma palavra descritiva sem a inclusão de sua finalidade, é possível que aspectos importantes para a correta avaliação de uma situação que a envolva sejam omitidos. Tome-se o exemplo de uma broca¹³, instrumento que serve para fazer buracos nas paredes. Dizer que uma determinada broca é uma “boa broca” pressupõe revelar o critério finalístico com base no qual é feita a avaliação¹⁴.

A dificuldade fica ainda mais presente quando o valor positivo de um objeto é identificado com a eficiência de sua função. A avaliação sobre uma determinada broca ser boa ou não dependeria não somente de abrir buracos, mas, por exemplo, de abrir buracos bem delineados, não machucar o utente, etc.

A questão importante para os efeitos do presente argumento é que não há nenhuma propriedade que seja identificável *a priori* como sendo partilhada por todas as classes de objetos que permita julgá-los como ins-

Alguns escritores dizem sentir uma analogia entre o significado de certas palavras e a sua forma visual. O poeta Lecomte de Lisle disse uma vez que se a palavra francesa para a idéia de ‘pavão’ *paon* (pronunciada *pã*) se viesse a escrever sem o *o*, não veria mais a ave abrindo a cauda. Indo talvez mais longe, Paul Claudel descobre nos dois *tt* da palavra francesa *toit* ‘telhado’ as duas empenas de uma casa, e apercebe-se da caldeira e das rodas na palavra *locomotive* ‘locomotiva’. Essas extravagâncias parecem remontar a uma forma primitiva de escrita em que os símbolos visuais eram diretamente representativos das coisas que designavam e ainda não estavam subordinados à palavra falada” (ULLMANN, 1978, p. 190).

¹³ Fiz uso do exemplo do autor.

¹⁴ Segundo Hare (1963, p. 108), “se definimos ‘broca’ de tal forma que essa premissa maior seja analítica, incluindo então a palavra ‘broca’ na conclusão ‘Esta não é uma boa broca’, tornamos esta conclusão derivável apenas da premissa menor indicativa, ‘Esta broca não abre buracos’”.

trumentalmente bons. Assim, somente com os elementos do “caso concreto” é que se pode proceder a uma avaliação completa do objeto.

A determinação dos critérios de avaliação de um objeto é que permitirá a formulação de um juízo que pode ser universalizado. Assim, se alguém afirma que um relógio é uma caixa metálica com engrenagens e ponteiros que giram em determinada cadência, não será possível dizer se um relógio é um bom relógio, já que não está sendo fornecido nenhum critério de utilidade¹⁵. Por outro lado, se alguém afirma que um relógio é um aparelho que permite saber os determinados momentos de um dia com precisão, posso ajuizar que um bom relógio é o que cumpre a sua finalidade. É possível, ainda, refinar os critérios e dizer que o relógio não deve parar, não deve atrasar nem adiantar, deve durar um período razoável em funcionamento etc. Um bom relógio é o que tem tais características e, dessa forma, qualquer relógio que preencha as características de um bom relógio será assim considerado.

7. Relação entre significado avaliatório e descritivo

É certo que é possível aprender novos padrões descritivos para avaliar o que é *bom* (ou *excessivamente oneroso*) em um caso diferenciado ou, ainda, refinar o rol de critérios para a avaliação de casos semelhantes a outros que já ocorreram anteriormente, mas a função de avaliação continua a mesma¹⁶. O significado avaliatório é, assim, primário em relação ao significado descritivo tanto pela permanência daquele em relação a este quanto pelo fato de que é possível usar a força avaliatória da palavra *modificar* o sig-

nificado descritivo em qualquer classe de objetos (HARE, 1996, p. 127). Os critérios para determinar o que é *bom* podem ser alterados sem que o sentido da palavra avaliatória se altere. Não se está redefinindo a palavra *bom* quando se estabelece uma alteração no padrão de avaliação, pois *bom* não é uma palavra com a qual somente se *descreva* um conjunto de atributos. Sua função é permitir a formação e explicitação de um juízo.

O significado descritivo das palavras de valor é, portanto, variável, na medida em que os critérios ou padrões de julgamento das situações podem variar, mas sua *característica avaliatória* não. Há, de certa forma, uma relatividade da linguagem da moral no que tange ao seu conteúdo, mas não em relação à sua função, já que esta é condição de um pensamento coerente e, portanto, significativo. Discordar desse fato é colocar em dúvida a função mais fundamental da linguagem que é a de transmitir significados. Hare (2003, p. 44) chega a dizer que “é a existência de palavras valorativas gerais compartilhadas, como ‘dever’, que torna possível uma discussão pacífica entre culturas”.

Os juízos descritivos e os juízos morais são, ambos no mesmo sentido, universalizáveis (HARE, 1963, p. 15). Com os juízos morais ocorre que, ao usar uma palavra com sentido descritivo para um objeto em uma situação sobre a qual se profere o juízo, há o comprometimento lógico pelo falante com o mesmo juízo a ser aplicado a outros casos nos quais estejam presentes os mesmos aspectos situacionais relevantes, sendo tais aspectos também expressos descritivamente. Significa dizer que, se há a utilização de um determinado sentido descritivo para uma situação *x*, outras situações em que estejam presentes os mesmos aspectos relevantes deverão também ensejar o mesmo juízo. O que impõe o dever de coerência é o sentido descritivo dos fatos a partir do qual se estabeleceu o sentido prescritivo do juízo. Assim, é a partir do conceito de palavra

¹⁵ MacCormick (2003, p. 22) dá o exemplo do relógio mencionando passagem de “As viagens de Gulliver”.

¹⁶ A utilização de padrões decisórios na aprendizagem se evidencia no direito na idéia de segurança jurídica, entendida como conhecimento do sentido normativo de um determinado dispositivo.

descritiva que se verifica a característica de universalizabilidade da teoria¹⁷.

Seguindo o mesmo raciocínio, uma instrução moral (ou jurídica) é diferente de uma instrução verbal descritiva. Dizer que algo é certo ou errado, que é bom ou mal, é, em alguma medida, prescrever (positivamente ou negativamente) o que se está a afirmar. A prescrição é sempre sintética, embora sua fundamentação seja analítica devido a seus termos descritivos¹⁸.

A palavra de valor tem, portanto, um sentido de recomendação moral e faz parte de seu sentido a idéia de recomendação. Sendo assim, há um sentido avaliatório que é constante, mas o sentido descritivo pode ser modificado, dada a alteração das circunstâncias que envolvem o juízo. Quando o sentido descritivo de uma palavra de valor precisa ser mudado, ou seja, quando o critério de avaliação tem de ser alterado, o sentido prescritivo permanece e alteram-se as condições para que se chame algo, por exemplo, de “bom”, tal como um “bom homem” (ou “honesto”, “corajoso”, etc)¹⁹.

Uma palavra que permite a identificação claramente prescritiva do sentido avaliatório é “dever”. Os juízos expressos com a palavra “deve” são prescritivos e requerem, se houver concordância com eles,

que a ação seja realizada em conformidade com os mesmos pelo próprio agente que concorda. Os atos de fala constativos, por sua vez, somente podem ser apreciados por meio das categorias de verdadeiro ou falso, o que leva aquele a quem são dirigidos a acreditar ou não no que é dito. Os critérios sobre os quais se baseia um juízo prescritivo são juízos constativos, ou seja, referem-se a alguma coisa a respeito da conduta que se tem de tomar²⁰.

Há uma diferença importante entre as duas espécies de atos de fala, o descritivo e o prescritivo (ou avaliatório). Enunciados morais têm um elemento em seu significado que proferimentos descritivos não têm, qual seja o *elemento valorativo*. Dizer algo objetivo sobre um fenômeno físico-molecular não é a mesma coisa que dizer algo sobre um fato institucional humano que dependa de uma avaliação moral (SEARLE, 1995). Assim, dizer que “a bola é branca” não é a mesma coisa que dizer que “fulano é um bom advogado” ou ainda que em determinada relação jurídica há uma “quebra de proporcionalidade” ou uma “onerossidade excessiva”. É nessa medida que a importância dos conceitos da teoria é revelada. Por meio deles é possível compreender as diferentes funções das palavras contidas

¹⁷ “It is impossible consistently to maintain that moral judgements are descriptive, and they are not universalizable. To put the matter even more starkly: a philosopher who rejects universalizability is committed to the view that moral judgments have no descriptive meaning at all” (HARE, 1963, p. 17).

¹⁸ “... it is not mere verbal instruction that we are giving, but something more: *moral* instruction. In learning that, of all kinds of man, *this* can be called good, our hearer will be learning something synthetic, a moral principle. It will be synthetic because of the added prescriptiveness of the word ‘good’; in learning it, he will be learning, not merely to use a word in a certain way, but to commend, or prescribe for imitation, a certain kind of man. A man who whole-heartedly accepts such a rule is likely to *live*, not merely *talk*, differently from one who does not. Our descriptive meaning-rule has thus turned into a synthetic moral principle” (HARE, 1963, p. 23).

¹⁹ Há expressões prescritivas que não são avaliatórias, pois não carregam significado descritivo. Por exemplo: “Alto!” (HARE, 1963, p. 26).

²⁰ Proferimentos prescritivos (ou “imperações”, como propõe Hare) podem não ter nenhuma relação de causa imediata a partir da qual se justifiquem. O exemplo dado é o de um sargento que, ao querer verificar a obediência de seu subordinado, diz-lhe: “Direita volver!”. No caso do uso da palavra “dever”, o proferimento é de outra natureza. Seu uso implica uma razão que justifique a ação. Poder-se-ia objetar ao exemplo do sargento de que existe uma razão para a sua fala, que seria testar a obediência do subordinado. Entretanto, o que se pretende argumentar é que não há uma razão para que ele tenha determinado que a ação se desse daquela forma em específico. Nada obstaria que o conteúdo da fala fosse: “Esquerda volver!” ou então: “Soldado, sentido!”. No caso dos proferimentos imperativos que expressam juízos morais ou jurídicos, a determinação de uma ação de uma forma específica deve ser acompanhada de razões que a justifiquem. A discricionariedade nas decisões jurídicas é absolutamente residual e não lhe caracteriza como um tipo de discurso.

em um texto jurídico normativo (portanto, prescritivo).

8. Imperativos e lógica

Com o fim de caracterizar a diferença entre os imperativos e os indicativos, Hare (1996, p. 21) utiliza os conceitos de “frástica” e “nêustica”. A distinção conceitual está relacionada com a diferença, em determinada sentença, entre o conteúdo do discurso e a relação estabelecida entre os sujeitos. Frástica é a parte da sentença que compõe o seu sentido lingüístico e nêustica é a parte da sentença que lhe dá o caráter relacional, pragmático²¹. É no plano da nêustica que se estabelece a diferença entre afirmações e comandos, na medida em que é no âmbito da relação que se estabelece a função do discurso; prescritivo ou descritivo.

Hare (1996, p. 26) observa que há uma bivalência nas possibilidades lógicas de frases expressas por comandos e a ausência de decisão, dessa forma, está fora das possibilidades de valência discursiva imperativa. Quem, no âmbito de um discurso imperativo, diz algo sempre afirma ou infirma algo. De forma análoga, a aplicação de tal conceito ao Direito nos conduz ao princípio da proibição do *non liquet*. A decisão (que é, portanto, uma forma de discurso imperativo) não pode deixar de ser expressa na forma “faça algo” ou “não faça algo”, não havendo decisão que se expresse na forma “faça ou não faça algo”²².

²¹ Esse tipo de distinção foi difundido, entre nós, por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006), em seu livro *Teoria da Norma Jurídica*, no qual propõe análise da norma jurídica do ponto de vista pragmático. Ferraz Júnior constrói seu argumento com declarado amparo em Watzlawick, Beavin e Jackson (1997).

²² Evidentemente aqui se trata do caso de determinação de uma conduta adequada, na qual não há apenas a declaração judicial de uma faculdade de agir. O exemplo não serviria caso se considerasse uma sentença declaratória da existência de um direito, a partir do qual alguém é capaz de agir de mais de uma forma. Nesse caso, haveria um falso problema prático a resolver, posto que não se trataria da decisão sobre como realizar uma ação efetiva, mas sim sobre a possibilidade hipotética de se realizarem ações.

A teoria lida com a lógica formal e seus princípios aplicados à linguagem. Dessa forma, uma de suas preocupações é evidenciar o dever de coerência advindo do princípio da não-contradição. Em havendo sempre a possibilidade de os comandos serem expressos de forma contraditória, para que a contradição seja evitada, é necessário que sejam observadas determinadas regras lógicas. Assim,

“No caso de algumas expressões – as chamadas palavras lógicas –, essas regras são aquilo que dá às expressões todo o significado que elas têm. Assim, saber o significado da palavra ‘todos’ é saber que não se pode, sem autocontradição, dizer certas coisas, como, por exemplo, ‘Todos os homens são mortais e Sócrates é um homem, mas Sócrates não é mortal’” (HARE, 1996, p. 26).

Há, dessa forma, uma implicação necessária em se estabelecer um sentido específico a uma palavra e empregá-la num contexto discursivo. Se não fosse assim, não haveria possibilidade de comunicação entre os homens. A lógica é, nesse sentido, condição de possibilidade de comunicabilidade e coerência semântica. Uma importante consequência dessa constatação é que a nossa linguagem pressupõe o uso de sentenças universais (porque aplicadas de forma coerente, dadas as mesmas condições semânticas) no modo imperativo, tendo a sentença o sentido de um comando.

A lógica das sentenças imperativas, dessa forma, é passível de ser estudada com segurança, uma vez estabelecida a regra da universalidade semântica. Assim, a utilização de palavras em um mesmo sentido implica a determinação das mesmas conclusões, por uma imposição lógica de não-contradição.

Questão importante para a compreensão das regras lógicas do raciocínio prático é sua aplicação ao processo de dedução silogística, o que será abordado em maior detalhe em tópico superveniente. Em um

silogismo jurídico, a premissa maior será uma sentença cuja nêustica é a de um comando, enquanto a da premissa menor é a de uma afirmação fática, sendo que a conclusão é novamente um comando.

As regras para o funcionamento coerente do silogismo²³ são as seguintes:

(1) Nenhuma conclusão indicativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não possa ser extraído validamente apenas dos indicativos entre elas;

(2) Nenhuma conclusão imperativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não contenha pelo menos um imperativo.²⁴

As regras acima, notadamente a segunda, produzem como resultado o fato que, se um juízo moral serve para a orientação de escolhas, nenhum juízo moral pode se expressar por uma afirmação de fato.²⁵ Trazida para o campo do Direito, a afirmação leva à conclusão de que decisões não são atos de mero conhecimento, mas opções de valor.

9. Princípios morais substantivos

Os significados descritivos dos juízos morais são dados não somente pela regra de significado dos termos descritivos, mas pelos princípios morais substantivos (HARE, 1963, p. 30), embora Hare sustente que sua teoria moral não é substancial, mas sim lógica, e reafirme que os critérios de um juízo moral se modificam historicamente e de sociedade para sociedade (HARE, 2003, p. 44, 48). Aqui aparece a crítica a Kant por conta da rigidez moral de sua teoria, já que

²³ Sobre o silogismo jurídico, ver, exemplarmente, Karl English (2001), especialmente o capítulo 3. E Neil McCormick (2005b). *Rhetoric and the rule of law - a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, capítulo 3.

²⁴ Hare (1996, p. 30) faz, entretanto, uma ressalva, a dos “imperativos hipotéticos”.

²⁵ As regras, e especificamente a segunda delas, identificam-se com a conhecida assertiva de Hume de que não se pode deduzir uma proposição de “dever ser” a partir de proposições do “ser”.

este considera os princípios simples como os guias da ação, com o recurso direto ao imperativo categórico²⁶. A preocupação é endereçada às conseqüências de uma determinada ação, o que fará com que o autor tenha que aperfeiçoar sua teoria para dar conta não somente de propor uma forma de solução de problemas práticos considerando as conseqüências da ação, mas também com relação ao fundamento da decisão que resulta na não inaplicabilidade de um princípio geral no seu sentido *prima facie*.

É interessante verificar que Hare (2003, p. 51) se esforça em aproximar Kant da doutrina utilitarista devido ao argumento de que a universalização de uma máxima passa pela consideração da vontade alheia, o que dá peso igual às vontades de todos os afetados pelas ações de um determinado indivíduo. Assim, o problema da justiça é resolvido escolhendo-se a prescrição moral que realiza maximamente a satisfação das vontades, devendo-se tratá-las com imparcialidade e de acordo com sua força. Assim, a despeito de possíveis discordâncias, o autor entende que as idéias de Kant podem ser entendidas como uma espécie de utilitarismo de vontade racional.

10. Lógica e dever de fundamentação das decisões

O Prescritivismo Universal, como dito, é uma teoria *lógica* e não uma teoria moral substantiva, já que considera somente o significado das palavras. É fato que os juízos morais são motivados e racionalmente fundamentados, e daí segue que tais motivos expressam os fatos situacionais e fornecem os critérios pelos quais ocorre a avaliação do caso. Transposto o conceito para o Direito, tem-se que o dever de fundamentação pública das decisões é o que permite a explicitação dos critérios e também permite

²⁶ O conhecido imperativo categórico kantiano é descrito como: “age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2003, p. 51).

a crítica racional. A falta da apresentação de critérios e de explicitação dos fatos leva ao reconhecimento da irracionalidade da decisão.

Se fatos são qualificados de uma determinada maneira em um dado juízo, não é razoável que seja estabelecido um juízo oposto em situação semelhante se não for observada nenhuma diferença relevante que mude o contexto situacional. E essa é a característica de *universalizabilidade* dos juízos normativos (HARE, 2003, p. 34). Nessa medida, o critério lógico de verificabilidade aplicável ao juízo moral não é a dicotomia “verdadeiro/falso”, mas sim a idéia de inconsistência. No âmbito do conteúdo (frástico) das imperações, pode-se verificar uma inconsistência se o sentido é diverso daquele determinado por uma máxima.

Nesse ponto, Hare critica Austin (1997), quando este diz que somente os atos locutórios têm significado. Austin distingue três tipos de atos de fala: os locutórios, os ilocutórios e os perlocutórios. Hare (1996, p. 36-37) entende que tanto os atos locutórios quanto os ilocutórios são significantes e, portanto, submetem-se às regras da lógica. Os atos perlocutórios não são da mesma natureza, pois os efeitos de um determinado ato de fala não são controlados e, portanto, eles não fazem parte do significado das palavras em um determinado proferimento. Em outras palavras, uma imperação (proferimento imperativo) não pode ser caracterizada como tal por meio da intenção de quem fala, mas somente pelas palavras utilizadas no proferimento, ainda que para tanto se tenha de considerar sentido implícito no discurso. Um exemplo é o de uma patroa que diz a sua criada: “A mesa está empoeirada”. Somente esse proferimento não permite que se identifique o mesmo como uma imperação, a não ser que consideremos a mensagem implícita de determinação de que algo seja feito a respeito da sujeira.

O que caracteriza um ato de fala como prescritivo é o fato de que o indivíduo que

lhe dá assentimento tem o dever de agir de acordo com ele, estando física e psicologicamente capaz de fazê-lo (HARE, 1996, p. 36-37).²⁷ A prescritividade é, assim, um ingrediente vital no raciocínio moral e o uso prescritivo em juízos morais é o que permite o sentido de coerência do discurso. Da mesma forma ocorre, reitero, com o discurso jurídico, na medida em que um dos princípios (no sentido próprio do termo, ou seja, enquanto uma idéia que dá sentido e constitui um campo da experiência) que lhe confere sentido é o da isonomia²⁸.

Os juízos morais não são puramente prescritivos, pois podem ser tomados como um fato, na medida em que uma regra é aceita por força do hábito e repetida acriticamente. Entretanto, o fundamento da moralidade não se dá pelo apego acrítico a uma regra ou à sua obediência por medo. Hare fala sobre a função das leis morais do ponto de vista social e justifica sua função, criticando os cétricos relativamente à ausência da perspectiva moral interna de motivação para a ação:

“É fácil para os não-religiosos partir dessa analogia e chegar ao pensamento de que Deus não existe e que, portanto, tudo é permitido. Eles deveriam refletir sobre duas coisas. A primeira é que, exista Deus ou não, as atitudes que fazem com que nós respeitemos as leis da moralidade são uma necessidade social; não poderíamos viver em comunidades sem elas. Kant pode ter levado esse respeito a um excesso e sua lei moral era sem dúvida por demais simples e rígida.

²⁷ Hare (2003, p. 40-41) entende que nem todos os juízos morais são prescritivos e dá como exemplo o indivíduo que age em desconformidade com um princípio por fraqueza de vontade ou conveniência.

²⁸ Por isso a qualificação de um fato no âmbito de uma decisão judicial é um processo de determinação de um tipo, ou seja, uma classe de fatos que são caracterizados pela descrição de um conjunto de circunstâncias situacionais dadas. A isonomia é um princípio em sentido próprio, pois tal conceito constitui o campo jurídico. (LOPES, 2003).

Mas a sociedade ruiria se as crianças não fossem educadas a se sentir mal quando fizessem coisas ruins, e não deveríamos deixar que os psicólogos nos convençam do contrário sem evidência empírica para tanto. A segunda é que uma moralidade crítica refletiva pode *justificar* essas leis ou regras ou princípios e nossas atitudes para com elas. Assim, mesmo que não houvesse uma *grande dame*, teríamos de inventá-la. O pensamento moral crítico pode também corrigir os princípios se estes forem considerados inadequados à nossa situação” (HARE, 2003, p. 42-43).

A idéia expressa nessa passagem, transposta para o Direito, coloca em relevo a importância da fundamentação, especialmente em uma sociedade complexa e na qual a integração social é problemática, dada a possibilidade de dissenso e a necessária legitimação das decisões por uma racionalidade comunicativa²⁹.

11. Complexidade do silogismo

O silogismo jurídico não é um processo mental de natureza exclusivamente lógica, na medida em que pressupõe a determinação de sentido de um fato e sua identificação sob uma determinada classe de eventos, o que é, em grande medida, um processo de avaliação do sujeito que julga. Sob esse tópico, Hare (1996, p. 60) discute as dificuldades do processo silogístico aristotélico. Em sintonia com MacCormick (2003,

²⁹ Jürgen Habermas (1997, p. 45-46) trata da questão, na perspectiva da razão comunicativa: “Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância, através do agir comunicativo. Em tal situação, agudiza-se o seguinte problema: como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?”.

p. 129), coloca em evidência a questão de que as decisões são tomadas considerando-se as conseqüências que delas advenham. Ele chama as conseqüências de *efeitos* e os que advirão da tomada da decisão influirão na determinação do que será feito. O sujeito agente estará, ao decidir por uma das alternativas de ação, considerando o conjunto dos efeitos que fazem diferença no que de fato ocorre. Embora o autor defenda a consideração dos efeitos quando da tomada de decisão, não equipara o sentido do termo *efeito* à idéia de conveniência pessoal (HARE, 1996, p. 60).

Uma das dificuldades do processo silogístico – que se conecta diretamente com a idéia de verificação de coerência das decisões – é aquela que diz respeito ao fato de que não é possível fundamentar uma decisão de como agir com base em uma premissa menor que contenha palavras de valor³⁰.

Somente na determinação da existência factual de certas condições é possível aplicar a universalização de uma determinada regra de conduta. Isso fica claro em relação à factualidade da aplicação dos princípios³¹, já que ao aprender como agir não se está aprendendo a realizar um ato isolado, mas, sim, a realizar um tipo de ato que será realizado sempre que houver as mesmas condições relevantes subsumíveis ao princípio aprendido. Aprender a fazer alguma coisa é aprender não somente a reproduzir um padrão de ação, mas também a considerar as condições nas quais a ação é realizada. As condições nas quais se dá a ação são, evidentemente, muito variadas, o que envolve a capacidade de selecionar as

³⁰ “Por razões que se tornarão evidentes quando tivermos examinado a lógica das palavras de valor, é muitíssimo importante, numa exposição verbal de um argumento sobre o que fazer, *não permitir palavras de valor na premissa menor*. Ao formular os fatos do caso, devemos ser o mais factuais que pudermos” (HARE, 1996, p. 61, grifo nosso).

³¹ Não é demais lembrar que Hare não distingue princípios de regras, o que, do ponto de vista jurídico, tem absoluta relevância.

similaridades e diferenças, projetar os efeitos futuros e compensar as diferenças relevantes entre as condições do princípio e da situação³². Aparece aqui a noção de que um princípio moral tem uma função didática, assim como no Direito o conhecimento de um padrão de conduta é necessário, tendo em vista a segurança jurídica. A idéia de que os princípios podem ser ensinados e fundamentados é evidenciada no Direito, em especial, no preceito que determina a fundamentação e a publicidade das decisões. É por meio da fundamentação que será possível verificar com base em quais princípios e regras foram tomadas as decisões e, considerada a explicitação pública dos motivos que conduziram à aplicação de princípios e regras, proceder à crítica da decisão. É nesse sentido que a decisão é racional, ou seja, há que ser fundamentada com argumentos justificados, permitindo sua crítica.

A coerência é um critério crítico para a apreciação das decisões proferidas. Hare (1963, p. 216, grifo nosso) mostra como uma estratégia de falseamento pode ser utilizada para justificar a subsunção de um fato a uma determinada premissa:

“The point is this: it is part of the meanings of the moral words that we are logically prohibited from making different moral judgements about two cases, when we cannot adduce any difference between the cases which is the ground for the difference in moral judgements. This is one way of stating the requirement of universalizability which, as we have

³² “Os princípios que nos são ensinados inicialmente são de um tipo provisório (muito parecidos com o princípio ‘Nunca diga o que é falso’, que discuti no capítulo anterior). Nosso treinamento, depois dos estágios iniciais, consiste em aprender esses princípios e torná-los menos provisórios; fazermos isso usando-os continuamente em nossas próprias decisões e, algumas vezes, abrindo exceções a eles; algumas das exceções são feitas porque nosso instrutor nos mostra que determinados casos são exemplos de classes de exceções ao princípio, e algumas das exceções elegemos por nós mesmos” (HARE, 1996, p. 65).

seen, is fundamental to all moral reasoning. Since Nazi cannot justify his different treatment of Germans and Jews without adducing some difference between their cases, *he invents a difference*”.

Aquilo que é chamado pelo autor de “invenção” de uma diferença é, na verdade, a introdução de uma distinção não relevante no rol daquelas que fazem parte do sentido de uma palavra descritiva e que permite o tratamento distinto em relação a dois casos que são, em realidade, semelhantes.

No processo dedutivo, a conclusão já está em algum imperativo na premissa, do que decorre que necessariamente haja um comando do qual derive o dever. Assim, toda inferência dedutiva tem caráter analítico, pressupondo necessariamente a coerência entre as afirmações envolvidas no processo, sendo um dos termos universalizável e outro a ser subsumido ao primeiro³³. O problema da inferência acaba por entreabrir a questão da coerência. Se não há coerência interna num processo dedutivo entre termos das premissas, ou o aplicador está a falsear intencionalmente o sentido dos (ou de um dos) termos que as compõem ou simplesmente ele os desconhece. No Direito, o problema aparece com frequência em fundamentações de decisões nas quais há o estabelecimento de um sentido a um termo da premissa que discrepa de seu sentido léxico ou em seu jargão específico³⁴. Em um processo lógico-

³³ O autor define o termo “analítico” dizendo que uma sentença é analítica se: “1) o fato de uma pessoa dissentir dela é critério suficiente para dizer que interpretou mal o significado do falante ou 2) ela é implicada por alguma sentença que é analítica no sentido 1)” (HARE, 1996, p. 43).

³⁴ Hare (1996, p. 34) trata do problema ao dizer que, “assim, se alguém professasse admitir que todos os homens são mortais e que Sócrates é um homem, mas se recusasse a admitir que Sócrates é mortal, o correto não seria, como se sugere às vezes, acusá-lo de algum tipo de obtusidade lógica, mas dizer ‘você evidentemente não conhece o significado da palavra ‘todos’, pois, se conhecesse, saberia *eo ipso* como fazer inferências dessa espécie”.

dedutivo, há uma relação necessária entre as premissas e a conclusão, de modo que o que está na última já estava implícito nas primeiras³⁵.

Como já dito, o processo de dedução que se procede no julgamento moral ou jurídico não é infenso às avaliações e seleções de diversos aspectos relativos ao caso. “Se alguma ciência tem como objetivo dar-nos conclusões substanciais sobre questões de fato, então, se seu método é dedutivo, essas conclusões devem estar implícitas nas premissas” (HARE, 1996, p. 40). Por sua vez, a dedução, no campo da moral e do Direito, pressupõe considerações valorativas (LARENZ, 1997, p. 406), o que a distingue da dedução matemática³⁶.

Do ponto de vista do sentido descritivo das palavras, os princípios³⁷ com os quais as decisões são tomadas nunca são auto-evidentes e seus elementos e conceitos podem ser analiticamente postos sob crítica. Assim, um princípio de conduta não é rejeitável se for contraditório rejeitá-lo e, além disso, não se pode rejeitar um princípio se for irracional fazê-lo. Nesse ponto, Hare (1996) exemplifica o dever de adesão aos princípios (portanto, o seu caráter universalizável enquanto princípio), fazendo menção à condição racional do indivíduo³⁸. Diferentemente da moral, no Direito há um padrão de apreciação

de adequação da conduta a determinados princípios reconhecidos dogmaticamente e identificáveis quanto à fonte. A estabilização semântica de palavras de valor em determinados princípios é, no âmbito do Direito, menos problemática na medida em que o próprio texto normativo é posto dogmaticamente e é a partir dele que se procede ao trabalho hermenêutico. Havendo já um texto, há palavras que possuem um sentido minimamente consensual, seja léxico, seja relativo ao jargão.

12. Silogismo, segurança jurídica e previsibilidade

A segurança jurídica, entendida como conhecimento e previsibilidade (razoável) do sentido normativo dos comandos, tem relação com a capacidade de ação segundo padrões de conduta aprendidos. Hare (1996) coloca em destaque a questão da possibilidade de aprendizagem dos princípios por meio do qual decidimos como agir. Suas observações sobre a aprendizagem tomam relevo já que justificar racionalmente uma decisão moral é um processo que tem de ser precedido da absorção de certos padrões relacionados às palavras de valor. Em passagem na qual se utiliza do exemplo do aprendizado sobre como dirigir um veículo adequadamente, Hare (1996) expõe a impossibilidade de extrair de um princípio de conduta composto de palavras de valor a instrução de como proceder a fim de que seja possível dirigir adequadamente. Não seria possível instruir alguém dizendo, por exemplo, que ele deve dirigir “evitando inconvenientes desagradáveis”.

“É inútil estabelecer de início um fim geral, ‘evitar inconvenientes desagradáveis’; pois ‘inconveniente’ é uma palavra de valor e, até que tenha experiência de direção, o aluno não saberá que tipo de situação deve ser considerada inconveniente evitável. O fim ou princípio geral é vazio até que, por meio de nossa instrução detalhada,

³⁵ Karl English (2001b) trata do problema no já citado *Introdução ao pensamento jurídico*.

³⁶ Tal afirmação, que pode parecer um truísmo banal, merece ser lembrada, já que na teoria jurídica se observa por vezes que autores prestigiados se referem ao método dedutivo como método da “ciência do direito”, sem qualquer ressalva quanto à distinção entre as ciências humanas e exatas e os limites de verificabilidade da correção do silogismo. Por exemplo, Reale (2002, p. 83-84).

³⁷ Hare utiliza o termo “princípio” para se referir indistintamente aos conceitos de regras e princípios, comandos, preceitos ou máximas, não adotando, portanto, a diferença encontrada em Dworkin e outros. (Cf. LOPES, 2003).

³⁸ “Às vezes, no lugar de ‘racional’, temos outras expressões, como ‘uma pessoa moralmente evoluída ou moralmente educada’ ou ‘um juiz competente e imparcial’” (HARE, 1996, p. 44).

tenhamos dado conteúdo a ele” (HARE, 1996, p. 70-71, grifo nosso).

O mesmo ocorre com os textos normativos que são utilizados para determinar condutas e que são formulados com palavras de valor. Não há como retirar deles, sem uma determinação mais minudente por meio de palavras descritivas, uma conduta especificamente obrigatória.

Ocorre que, no processo de determinação do sentido específico de um comando expresso por palavras avaliatórias, a dificuldade do processo silogístico é colocada em relevo e, assim como MacCormick, Hare (1996, p. 72) reconhece que a justificação de uma decisão compreende tanto as considerações consequencialistas, com a descrição de efeitos decorrentes da adoção de determinada ação, como a descrição de princípios que são adotados e, ainda, a consequência da adoção de tais princípios, ou seja, a adequação à teleologia da norma.

Com relação à fundamentação última do princípio mais remoto para a tomada da decisão (o problema da projeção *ad infinitum* da fundamentação lógica), Hare (1996, p. 73) resolve kantianamente a questão, indicando um *a priori* necessário para o conhecimento e resolução do problema prático de como agir: a justificação do princípio último é a própria opção de aceitar um modo de vida que é baseado na consideração de tudo o que se pode fundamentar. No limite, uma determinada ideologia é o que vai revelar os princípios últimos que dão fundamento às ações dos indivíduos³⁹. Está, assim, revelado o limite

³⁹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994), falando sobre o caráter jurídico das normas, suas instituições e núcleos significativos, enuncia os valores e as ideologias como núcleos significativos que permitem algum controle sobre a contingência dos conteúdos normativos: “Em situações sociais mais complexas, porém, nem mesmo os papéis sociais funcionam a contento. Por isso, os sistemas sociais conhecem outros núcleos significativos, como os *valores*. Trata-se de centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Por exemplo, podemos confiar que, numa interação, a *justiça* (valor do *justo*)

do Prescritivismo Universal, na medida em que, já que ideologias competem entre si, não é possível propugnar um conteúdo moral universal por meio dela. Parece, de fato, que o mais adequado é abdicar de propor a possibilidade de apreciação de um conteúdo moral universal mínimo para decisões jurídicas, na medida em que não é possível, do ponto de vista lógico, qualquer critério de apreciação das decisões nesse nível⁴⁰.

Novamente coloca-se a importância da aprendizagem como requisito de possibilidade de conformação ao padrão de conduta ou à sua crítica. A adaptação dos princípios às mudanças situacionais é um processo de mudança em padrões morais e tem relação com o sentido das palavras de valor. Do ponto de vista da generalidade dos comandos, as decisões não podem ser ensinadas, mas somente os princípios sobre os quais as decisões são tomadas. Aí entra o valor da educação para a estabilização de

prevalece, podendo ser esperado com maior garantia. Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social”. E quanto às ideologias, diz o autor: “Como é intuitivo, sendo os valores núcleos significativos muito abstratos, é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta ainda que genérica. Isto é a função das *ideologias*. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. Assim, enquanto os valores, por sua abstração, são expressões abertas flexíveis, as ideologias são rígidas e limitadas. Elas atuam, ao avaliar os valores, no sentido de tornar conscientes os valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar os seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos. Temos, pois, a justiça *no sentido liberal, comunista, fascista* etc. As ideologias, portanto, conjugam os valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra vida etc.” (FERRAZ JÚNIOR, 1994. p. 114-115).

⁴⁰ Trata-se de um ceticismo de conteúdo das decisões jurídicas. João Maurício Adeodato (2002, p. 317, 320) esclarece que o termo ‘cético’ não era usado na Idade Média; reapareceu já depois do Renascimento, traduzido diretamente do grego das obras de Sexto Empírico e Diógenes Laércio; e tem seu sentido, do

certos padrões morais e Hare (1996, p. 79) aponta o problema de uma educação moral demasiadamente rígida que leve à obediência absoluta a princípios absolutamente rígidos. Tais pessoas seriam “capazes de se manterem nos trilhos, mas fracos para fazer manobras”. A importância das palavras de valor no processo de aprendizado moral toma relevo na medida em que elas apontam um padrão a ser seguido e dão indicações sobre o sentido do padrão. Por exemplo, ser um “bom” filho é ser um filho que segue um determinado padrão de conduta, que pode ter o sentido de ser obediente aos pais, honesto e trabalhador.

A importância dessa questão, transposta para o Direito, tem relação com a idéia de segurança jurídica, no sentido de conhecimento e previsibilidade do sentido de um determinado texto normativo. As normas têm um sentido orientador das condutas e têm uma função pedagógica em relação à esfera das possibilidades de ação do sujeito. Assim, a cobrança de fundamentação adequada das decisões tem como objetivo, entre outros, permitir o conhecimento das razões que levam alguém a ter de agir de determinada forma.

13. Aplicabilidade da teoria ao Direito

Embora trate das regras lógicas da linguagem da moral, o Prescritivismo Universal é aplicável ao Direito. É oportuno esclarecer, antes de apresentar a possibilidade de aplicação da teoria ao campo jurídico, uma

ponto de vista gnoseológico, relacionado com o postulado de que o conhecimento preciso do mundo não é possível, o que relativiza a percepção dos acontecimentos. Do ponto de vista axiológico, o ceticismo não consiste desprezo pela justiça ou parâmetros éticos, mas sim uma postura de negação da intolerância e do dogmatismo. O argumento desenvolvido no presente trabalho não parte de um ponto de vista cético quanto ao método, pois penso que a aplicação do prescritivismo universal, respeitadas as pretensões limitadas à análise lógica das decisões, é universalizável. Com respeito, entretanto, ao conteúdo das decisões, há dificuldades em se propor decisões corretas em sentido empírico e, portanto, nesse sentido, adoto uma postura cética.

passagem que pode ser fonte de algum equívoco, já que Hare faz afirmação sobre a aplicação do conceito de universalizabilidade ao Direito que pode levar a enganos, se mal compreendida. Em *Freedom and Reason*, ele discute a aplicação da universalizabilidade a todas as palavras avaliatórias em geral e reflete sobre a posição de um falante que profere um juízo jurídico. Embora a passagem seja longa, é necessária sua transcrição dada a importância para o argumento.

“Having made it clear that universalism, as I am maintaining it, is a logical and not a moral thesis, I shall now try to remove certain sources of confusion as to its precise import. First of all, it may very well be asked whether this is a doctrine about *moral* uses of words only, or whether it is a doctrine about evaluative words in general. The answer which I wish to give to this question is a somewhat complicated one, since we have to steer between at least two errors. It is a doctrine about evaluative words in general, but one which requires *careful qualification*. If we take as an example the word ‘ought’, it seems to me that, whatever the type of ‘ought’-judgement that is been made (moral, aesthetic, technical, &c.) the judgement is universalizable.

This is one reason why *the word ‘ought’* cannot be used in making legal judgements; if a person has a certain legal obligation, we cannot express this by saying that he *ought* to do such and such a thing, for the reason that ‘ought’-judgements have to be universalizable, which, in the strict sense, legal judgements are not. The reason why they are not is that a statement of law contains an implicit reference to a particular jurisdiction; ‘It is illegal to marry one’s own sister’ means, implicitly, ‘It is illegal in (e.g.) England to marry one’s own sister’. But ‘England’ is here a singular term,

which prevents the whole proposition being universal; nor is it universalizable, in the sense of committing the speaker to the view that such a marriage would be illegal in any country that was otherwise like England. It is therefore impossible to use 'ought' in such a statement. The moral judgement that one *ought* not to marry one's sister is however universal; it implies no reference to a particular system" (HARE, 1963, p. 35-36, grifo nosso).

O problema colocado refere-se à utilização da palavra "ought" no Direito⁴¹. A afirmação de Hare pode dar a impressão, à primeira vista, de que não é possível aplicar o conceito de universalizabilidade ao raciocínio jurídico. A impressão que porventura se tenha é equivocada. Em primeiro lugar, o próprio autor trata da aplicabilidade do Prescritivismo Universal ao Direito em obra posterior, *Moral thinking*, de 1981, especialmente no Capítulo 9, intitulado Direitos e Justiça (*Rights and Justice*). O segundo argumento contra essa idéia é que o autor aplica ao conceito de universalizabilidade enquanto princípio lógico de coerência, na linha dos princípios da identidade e da não contradição, a idéia de um limite empírico do sistema jurídico vinculado ao Estado, enquanto o sistema moral não estaria vinculado a esse limite. Assim, os juízos morais seriam universais, pois seriam aplicáveis a todo o universo do discurso moral dos seres humanos, enquanto os juízos jurídicos estariam restritos ao universo do discurso jurídico, portanto localizável. Ocorre que não há essa diferença, na medida em que o princípio da universalizabilidade é referente ao ponto de vista do falante, e não daqueles pertencentes a um determinado universo de falantes. Assim, se *eu* digo que "não se deve desposar a própria irmã", expressando

⁴¹ Convém lembrar que a idéia de "dever" na língua inglesa pode ser expressa pelas palavras "ought" e "must", sendo que o sentido da primeira tem relação com o aconselhamento de algo que deva ser feito, enquanto a segunda reflete a idéia de obrigação.

um princípio moral, não posso dizer que A, irmão de B, poderá desposá-la sem que isso seja contraditório. O mesmo ocorre com o juízo jurídico. Se um juiz ou tribunal afirma que, segundo a lei, "não é permitido a alguém desposar a própria irmã", o mesmo juiz ou tribunal não poderá afirmar que é permitido a A desposar sua irmã B, sob pena de mácula ao princípio da universalizabilidade, posto que há aí uma contradição entre os sentidos das duas afirmações.

Um terceiro argumento para a justificativa da aplicação do princípio da universalizabilidade ao Direito consiste no fato de que diferentes culturas têm diferentes conceitos sobre como é correto agir, e isso não invalida a teoria, já que não há na mesma qualquer proposição de conteúdo moral. Assim, o autor reconhece, ainda que indiretamente, que há mais de um sistema moral, no que concerne ao conteúdo dos juízos. Logo, a existência de um limite para um sistema de crenças ou conteúdos normativos não torna o juízo, seja moral, seja jurídico, um juízo singular, como quer o autor. No capítulo dedicado ao tema do utilitarismo, em *Freedom and Reason*, Hare (1963) discorre sobre a aplicação do conceito de universalizabilidade no campo do Direito, lidando com a idéia consequencialista de resultado da decisão para a sociedade como um todo. Assim, pondera que os interesses de todos em uma dada sociedade, espelhados na lei, devem ser considerados pelo juiz quando de sua decisão⁴².

Acrescente-se ainda que a teoria do Prescritivismo Universal de Hare é utilizada por importantes autores para a

⁴² "The judge is there as an officer appointed by the community to enforce the law; and, if he does not enforce it, then, quite apart from considerations of 'abstract' justice, the interests of at least the great majority of people in the community will be harmed". E segue, agora na hipotética reflexão feita pelo juiz em primeira pessoa: "But I am considering the people whom you will rob, and whom other people, encouraged by your example, will rob, if I don't put you in prison, and I find it easier to universalize the maxim that thieves should be put in prison" (HARE, 1963, p. 116-117).

reflexão no campo do Direito, o que indica a utilidade e a pertinência da aplicação de seus conceitos, ainda que possa ser objeto de controvérsias⁴³.

Um juiz deve obedecer ao princípio da universalizabilidade aplicando a lei segundo o que ela determina e ao mesmo tempo não fazendo diferenciação entre casos semelhantes. A justiça na aplicação da lei ocorre na medida em que há a obediência à lei e tratamento igual a casos similares (HARE, 1963, p. 124). O tratamento igual é uma regra puramente formal e a dificuldade reside na determinação do sentido do texto legal, bem como na qualificação dos casos supervenientes como similares ao anterior. Hare (1981, p. 125) defende o compromisso moral do juiz com a decisão proferida e com o próprio sistema legal. Assim, advoga que, se o juiz não concordar com as leis com as quais deve julgar, por achá-las perniciosas, deverá desistir de sua função, já que teria de justificar moralmente suas decisões, o que seria impossível sem cair numa forma de decisionismo.

14. Um exemplo

Para visualização da aplicação prática da teoria no campo do Direito, pode-se tomar como exemplo uma “cláusula geral”, o caso da aplicação do artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor, cujo texto é:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

V – a modificação das *cláusulas contratuais* que estabeleçam prestações desproporcionais ou *sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*” (grifo nosso)

Expressa em forma mais apropriada à análise lógica e completada com os termos

⁴³ São exemplos: Alexy (2001); MacCORMICK (2003); Günther (2004); Alchourrón (2002); Santiago Nino (1998).

que dão sentido em acordo com o microsistema de defesa do consumidor, a sentença imperativa fica da seguinte forma:

Se:

Em um contrato de fornecimento de produto ou serviço houver uma cláusula contratual excessivamente onerosa para o consumidor, que assim venha a ser considerada por ter origem de fato superveniente ao momento da realização do contrato

Então:

Haverá revisão judicial de seu conteúdo para que se restaure o equilíbrio anteriormente existente

É importante notar que a conduta determinada pela norma ao fornecedor aqui não aparece totalmente revelada, na medida em que seu dever é, ocorrida a mudança das condições com a conseqüente onerosidade excessiva, alterar o conteúdo da cláusula para que seja preservado o equilíbrio contratual. O que importa verificar é que nessa máxima imperativa existe uma expressão problemática do ponto de vista hermenêutico justamente porque não possui a natureza de uma palavra descritiva: “cláusula contratual excessivamente onerosa”. O problema está em que não há como se proceder a uma estabilização semântica prévia à aplicação de tal norma relativamente aos termos que funcionam como palavras de valor, como é o caso de “onerosidade excessiva”⁴⁴.

⁴⁴ Hare (1981, p. 55) cita Hart, que, ciente do problema, também já havia chamado atenção para a dificuldade inerente à linguagem natural: “Em todos esses casos, a modificação do princípio assume a forma de uma alteração, não de sua formulação efetiva, mas das condições sob as quais se sustenta que o princípio é válido, isto é, uma alteração do âmbito da palavra crucial ou, como vamos denominá-la mais adiante, de seu significado descritivo, com a retenção de seu significado avaliatório. É assim, como salienteou o Professor H.L.A. Hart, que os princípios jurídicos são muitas vezes modificados por meio de decisões judiciais, como, por exemplo, pela decisão de determinar se a queda ocasional de uma bola de críquete numa rua pública deve ou não ser adequadamente denominada uma ‘infração’. A palavra em questão não precisa (como aqui) ser uma palavra de valor; pode ser

No caso de normas expressas dessa forma, a idéia de que conduta possa ser orientada por um mero procedimento de inferência não é correta e não é possível excluir a idéia de “decisão” do raciocínio sobre a conduta correta, sendo que ela é da própria essência da razão prática. Decidir o que significa onerosidade excessiva e que uma dada diferença justifica a exceção à regra é um processo outro que não o de meramente inferir algo.

15. A teoria aplicada aos tribunais

A teoria do Prescritivismo Universal pode ser aplicada ao discurso dos tribunais. Se o julgador não aplica ao texto legal uma interpretação que leve em conta os fatos de forma adequada, não permite a universalização semântica do mesmo. Desse modo, não se opera o prescritivismo, pois ele, julgador, está livre para, em não declinando suficientemente os fatos e as circunstâncias situacionais a partir dos quais tomou a decisão, dar outras decisões sem romper aparentemente com o dever de coerência. Outra forma de atuação é o simples julgamento conflitante. O julgador diz algo e, posteriormente, diz algo diferente, incorrendo em uma contradição.

Diferentemente da moral, no Direito a palavra em língua inglesa que indica a prescritividade não é o “ought” (*deveria*), mas o “must” (*deve*, em um sentido mais intenso, mais forte do que o da palavra anterior). Hare esclarece a diferença entre os diferentes usos das duas palavras e suas diferentes cargas de prescritividade e é evidente que a palavra “deve” possui o caráter de prescritividade e de universalizabilidade utilizada em juízos sobre como agir, e especialmente na forma deontica em que se apresenta o discurso jurídico decisório. O uso da palavra “deve” (ou *must*)

uma palavra descritiva cujo significado é impreciso o bastante para admitir tal tratamento. Tais decisões, é claro, tornam a lei mais precisa, não menos. O âmbito da palavra pode ser efetivamente alterado ou pode meramente tornar-se mais preciso”.

deixa, portanto, bastante clara a aplicação da teoria de Hare (1981, p. 24) ao discurso jurídico. O próprio autor reconhece que a palavra “deveria”, utilizada no contexto do discurso moral, tem de ser entendida com a carga de prescritividade e universalizabilidade que tem a palavra “deve”. “But ‘ought’ aspires to the status of ‘must’, and, as we shall see, in rigorous, critical, moral reasoning, has to be used like it”.

No âmbito do Direito, o caráter de prevalência das decisões é, mais do que no discurso moral, visível. A decisão jurídica é o resultado de um juízo produzido no nível crítico do raciocínio e é prevalecente em relação a outros possíveis princípios de ação. As obrigações jurídicas e os direitos previstos em lei são princípios (no sentido dado por Hare ao termo) do nível intuitivo e permitem sua especificação ou modificação em vista do caso. A diferença entre os dois níveis do raciocínio é aplicável ao Direito:

“If we can find a method of critical thinking which will enable us to select moral principles of all sorts, there is no reason why we should not use this same method for selecting principles which lay down rights and obligations in particular, as well as principles of justice (more or less in Professor Rawls’ sense, 1971). (sic) And if we are able by critical thinking to decide which moral principle should override which in cases of conflict between principles, we ought similarly, by the same means, to be able to decide which right or obligation should override which” (HARE, 1981, p. 153).

O método a ser empregado em relação ao Direito segue o procedimento de seleção dos princípios para o uso no nível intuitivo, tendo em vista a aceitação e utilidade dos mesmos. É de notar que Hare escreve tendo em mente o sistema do *common law*, o que diferencia o procedimento de seleção para o nível intuitivo de uso. No caso do sistema do Direito codificado, a seleção é facilitada pela remissão aos dispositivos legais. Ha-

verá, no entanto, a possibilidade de que vários, entre esses, possam se apresentar como princípios *prima facie* aplicáveis a um determinado caso. Hare (1981, p. 156) pensa o processo de escolha de tais princípios segundo o critério da aceitabilidade geral e da consideração imparcial dos interesses dos indivíduos em dada sociedade.

16. Anotações finais

A filosofia da linguagem⁴⁵ tem como contribuir, como instrumento analítico, para a ética, na medida em que nela há a preocupação com o estudo do conceito de *significado*, em seus diversos sentidos. A análise dos significados das palavras permite a investigação das suas propriedades lógicas e, dessa forma, fornece um instrumento crítico em termos de quais raciocínios são bons e quais não são (HARE, 2003, p. 20). Ao investigarmos um tipo de raciocínio que se expressa por meio de um tipo de discurso, o discurso jurídico, a filosofia da linguagem pode ser de bastante utilidade para a análise de decisões jurídicas.

A importância do conceito de *universalizabilidade* aparece justamente no momento do diálogo sobre o bem agir. Essa característica da linguagem da moral, e igualmente da linguagem jurídica, é que permite a apreciação lógica dos juízos e, embora não haja um conteúdo único possível e determinado para um juízo moral ou jurídico, a lógica não permite que se adotem padrões inconsistentes e se realizem juízos discrepantes para situações semelhantes. A universalizabilidade é, portanto, uma condição do pensamento racional e é o que confere o seu sentido de justiça enquanto isonomia.

⁴⁵ Hare (2003, p. 20) faz uma distinção entre filosofia da linguagem e filosofia lingüística. Ele se assume como um filósofo lingüístico, na medida em que este seria "alguém que acredita em um modo específico de fazer filosofia (*qualquer* espécie de filosofia, não apenas filosofia da linguagem), a saber, aquele que consiste em estudar os significados das palavras que apresentam problemas filosóficos e, assim, resolver os problemas".

O significado das palavras de valor é, em uma importante medida, prescritivo, e de acordo com esse significado não é aceitável, do ponto de vista lógico, que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas, pois isso resulta na perda da idéia de isonomia e, portanto, da coerência moral ou jurídica do juízo.

A lógica é definida, pelo menos em parte, como o estudo das palavras que as pessoas usam em seu discurso, com o fim de apurar quais das coisas que elas dizem, dado o modo como usam as palavras, são verdades necessárias (HARE, 2003, p. 22). Assim, estudar o sentido segundo o qual uma determinada palavra está sendo usada em um discurso permite a verificação se aquele que a está usando comete erros lógicos, ao não seguir as regras. É possível, portanto, apreciar um discurso prescritivo como o discurso jurídico a partir das regras lógicas que são aplicáveis a determinadas palavras. Isso não quer dizer que os sons ou uma determinada grafia que expressa uma dada palavra não possam expressar sentidos dados por uma comunidade de falantes. Em verdade é isso que acontece. Ocorre que, desde que uma determinada palavra seja utilizada para expressar um determinado significado, ela não poderá ser utilizada no sentido oposto, ou mesmo diverso, sem que isso caracterize uma contradição. Falar significa expressar significados reciprocamente conhecidos e, ao proferir contradições, aquilo que se deseja expressar não é expresso, a não ser, evidentemente, que por alguma razão seja o caso de intencionalmente expressar-se uma ironia ou um *nonsense*. Mas esse não é o caso do discurso jurídico, no qual há a pretensão de dizer o que fazer ou julgar se o que se fez ou fará é correto ou não.

Na perspectiva do Prescritivismo Universal, estabelecer a validade das inferências lógicas é estabelecer que as palavras sejam utilizadas nessas inferências de tal forma que as conclusões realmente decorram das premissas (HARE, 2003, p. 64).

O estudo da lógica, por seu lado, leva ao estudo da linguagem, na medida em que entender o que significa um determinado argumento é condição para que se possa decidir racionalmente o que fazer em uma determinada situação. É nesse sentido que o Prescritivismo Universal é útil para a apreciação das decisões jurídicas.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 1997.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001a.
- _____. Capítulo 3. In: _____. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001b.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FIESER, James. Ethics. *The University of Tennessee at Martin*, Martin, [19--?]. Disponível em: <<http://www.utm.edu/research/iep/e/ethics.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2005.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1996.
- _____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.
- _____. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University, 1963.
- _____. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: Oxford University, 1981.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: M. Claret, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, p. 56, out./dez. 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 2003.
- _____. *Rhetoric and the rule of law- a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005a.
- _____. Capítulo 3. In: _____. *Rhetoric and the rule of law- a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005b.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The free, 1995.
- ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. 2. ed. Tradução de J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 1997.

Os pressupostos do positivismo no campo da pesquisa jurídica e as contribuições teórico-metodológicas de Pierre Bourdieu

Evandro José Morello
Dirce Mendes da Fonseca

Sumário

1. Introdução. 2. O positivismo jurídico na concepção da "Teoria Pura do Direito". 3. Crise paradigmática do positivismo jurídico. 4. Contribuições teórico-metodológicas de Bourdieu para a pesquisa jurídica. 5. Conclusão.

1. Introdução

O campo do Direito e da Ciência jurídica tem como fundamento vários eixos teóricos e metodológicos. Isso influencia o ensino, a forma de produzir conhecimento e, conseqüentemente, a prática jurídica. A complexidade do mundo social vem demandando da Ciência jurídica novos paradigmas em face das profundas e rápidas mudanças por que vem passando a sociedade, traduzindo-se numa correlata dificuldade do Direito positivista-normativista em apreender os fenômenos jurídicos na sua totalidade. Diante dessa emergente transição, o pensamento jurídico vem gradativamente incorporando enfoques multidisciplinares, críticos e reflexivos.

Objetivando contribuir com essa discussão, o presente artigo situa os pressupostos do positivismo jurídico no campo da pesquisa jurídica a partir das contribuições de Kelsen e do enfraquecimento dessa corrente. Noutra vertente, situa as contribuições de Bourdieu com vistas a alargar o campo conceitual da Ciência jurídica.

Evandro José Morello é advogado. Mes-
trando em Direito e Políticas públicas pelo
UNICEUB. Assessor jurídico da Confederação
Nacional dos Trabalhadores na Agricultura.

Dirce Mendes da Fonseca é doutora em
Sociologia. Professora aposentada pela Uni-
versidade de Brasília. Professora do curso de
mestrado em Direito do UNICEUB.

2. O positivismo jurídico na concepção da “Teoria Pura do Direito”

O positivismo como um movimento histórico e teórico antecede a estruturação do Direito, mas, por outro lado, o positivismo influencia Kelsen. As primeiras teorias emanadas do positivismo buscavam justificar a importância do Direito como Direito positivo, a partir de um poder soberano, parâmetro para a ação e condição da paz social. Trata-se de um movimento cuja ascensão ocorre à medida que se fragmenta a crença no direito natural e nas aspirações de regras de segurança jurídica para as atividades da vida privada – principalmente as comerciais – movidas pelo ideal que levou à construção do Estado Liberal.

As primeiras concepções do Direito emanadas do Poder soberano surgem no pensamento clássico grego e, principalmente, no Direito romano quando Justiniano compila um complexo de normas no *Corpus juris civilis*, dando como fundamento de sua validade a vontade do Rei. Embora com diferentes nuances, a contraposição entre o Direito natural e o Direito positivo atravessa o período medieval e ganha relevância no pensamento filosófico-político e jurídico dos séculos XVII e XVIII, que veio impulsionar e fortalecer o positivismo jurídico. Conforme assinala Bobbio (1995, p. 119), a doutrina do positivismo jurídico entende o termo “direito positivo” como sendo “(...) direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei”. Entende ainda este autor que o positivismo jurídico “(...) nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do Direito, e seu resultado último é representado pela codificação”. Destarte, as bases filosóficas¹

¹ Como precursores do positivismo jurídico, pode-se citar Montesquieu (na França), que forneceu as bases teóricas dos principais postulados positivistas, como a divisão dos poderes, a supremacia da lei – com a conseqüente limitação do poder dos juízes – e a afirmação da estabilidade e certeza como valores

do positivismo jurídico estão enraizadas no pensamento racionalista-iluminista², que, ao tornar a lei fonte prevalente do direito, exprime uma concepção do direito como ordenamento racional da sociedade e disponibiliza ao Estado instrumentos legais de intervenção na vida social.

Não obstante ser importante o reconhecimento histórico sobre os fundamentos do positivismo jurídico influenciando a forma de pensar o Direito enquanto ciência, o principal paradigma teórico para análise do tema está fundamentado em Hans Kelsen³ (2000) na sua obra “Teoria Pura do Direito”, cuja contribuição está em conceber objetividade racional-legal na aplicação do Direito. Situa a lei como fonte do Direito e o ensino jurídico num enfoque técnico-dogmático. Essa corrente vem estruturando e influenciando o estudo do Direito contemporâneo. No entanto, tem sido criticada por segmentos que apontam o excessivo formalismo e

jurídicos preponderantes; Hobbes (na Inglaterra), um teórico do absolutismo, lançou entendimento de que o direito é expressão de quem tem o poder (o Estado) e defendeu a monopolização simultaneamente do poder coercitivo e do poder normativo pelo Estado, de forma tal que somente as normas postas pelo Estado seriam normas jurídicas, por serem as únicas possíveis de serem respeitadas graças ao poder coativo do Estado; Gustavo Hugo (na Alemanha), expoente da escola histórica do direito, com sua obra “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”, assinala a passagem da teoria da filosofia jusnaturalista para a juspositivista, concebendo o direito positivo como sendo o direito posto pelo Estado.

² O pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, que deu a devida consistência política à idéia de codificar o direito, tinha por convicção a existência de um *legislador universal*, com poderes para ditar leis válidas e coerentes, mas, sobretudo, leis simples e unitárias para todos os tempos e lugares por serem fruto da razão. Sobre isso, Bobbio (1995, p. 65) observa que “...a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As leis velhas deviam ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela *ciência da legislação*, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem”.

³ Hans Kelsen (2000) qualifica-se dentro do diversificado movimento juspositivista, fazendo parte da corrente conhecida por “normativo-formalista”, que é a mais acabada expressão do positivismo jurídico.

a dissociação do direito das demais áreas do conhecimento.

Kelsen (2000) parte do pressuposto de que o conhecimento jurídico, para ser científico, deve ser neutro, no sentido de que não se pode emitir juízo de valor acerca da concepção da norma jurídica. Assim, a principal contribuição da Teoria Pura do Direito é a de estabelecer a Ciência jurídica como uma ciência autônoma, independente de outras áreas do conhecimento e desprovida de influência do contexto social. Trata-se de uma teoria que se apresenta como “uma verdadeira Epistemologia Jurídica” (BARZOTTO, 1999, p. 27) e que assume como postulado metodológico fundamental não fazer quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas, nem tomar como objeto de estudo outros fenômenos senão as normas jurídicas emanadas pelo Estado e entendidas como o elemento fundamental da estrutura do sistema jurídico. Nessa linha de raciocínio, a norma jurídica apresenta-se para Kelsen (2000, p. 79) como o real objeto do Direito, sendo a conduta humana um pressuposto material da norma, apenas configurando objeto de estudo da Ciência jurídica quando constitui relação jurídica previamente prevista em norma.

A preocupação de Kelsen está direcionada para a Ciência jurídica, não necessariamente para um conceito de Direito. Seu interesse é pela especificação de um campo normativo; uma ciência voltada e pensada como uma ciência normativa do Direito.

Nessa perspectiva, procura-se pensar a Ciência jurídica isolando-se o Direito da moral e da justiça, de forma a não se emitir juízo de valor sobre as normas válidas. Inexiste uma relação entre direito, moral e justiça porque as noções de justiça e moral são dinâmicas e não dotadas de universalidade, cabendo ao Estado⁴, dentro de limites

⁴ Na visão de Kelsen (2000, p. 353) Estado e Direito se confundem, ou melhor, todo Estado é uma ordem jurídica. Nos seus dizeres, “do ponto de vista de um positivismo jurídico, coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como

materiais e formais, como detentor legítimo do poder coercitivo, determinar a validade e assegurar a eficácia das normas de conduta, que, por sua vez, estão estruturadas numa escala hierárquica. Assim, os conceitos de validade e de eficácia⁵ são tomados como premissas para o conhecimento e o fundamento de todo ordenamento jurídico, e a reciprocidade das relações entre as normas decorrentes desses dois conceitos constitui-se elemento para a compreensão da norma fundamental, entendida como fundamento último de sustentação de todo o sistema jurídico⁶.

Do mesmo modo, Kelsen (2000) procura separar o fenômeno jurídico de outras áreas do conhecimento, isolando o que é jurídico de outros campos do saber. Nesse sentido, a teoria pura do Direito se volta à análise estrutural de seu objeto – o estudo das normas – relegando questões sociológicas, culturais, históricas, sociais e políticas. À Ciência jurídica “não se defere a tarefa de empreender todo esse estudo, mas de empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico propriamente dito” (BITTAR, 2002, p. 337-338). Assim, o sistema jurídico ganha a especificidade de sistema unitário e autônomo, cujo objeto de estudo se manifesta na norma jurídica.

uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor ou de justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos”.

⁵ Conforme observa Barzotto (1999, p. 548-61), a teoria Kelseniana concebe a eficácia da norma como condição de sua própria validade, a ponto de o conceito de eficácia fazer parte da própria definição de direito.

⁶ Kelsen concebe o direito estruturado numa pirâmide, segundo a qual uma norma hierarquicamente inferior encontra fundamento de validade na imediatamente superior e assim sucessivamente, até que chegue à chamada norma hipotética fundamental, que está no topo do ordenamento e que tem por tarefa determinar o modo de produção de todas as demais normas, inclusive as constitucionais. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 17) observa que “todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre”.

3. Crise paradigmática do positivismo jurídico

Diante dos pressupostos acima considerados, pode-se apreender que o positivismo jurídico apresenta a lei como fundamento do Direito, reforçando o tripé doutrina, jurisprudência e legislação, constituindo uma epistemologia própria. Nesse sentido, a ciência do Direito passa a ter uma função meramente descritiva, pois a ela não cabe criticar o Direito e nem tampouco propor alterações ao sistema vigente. Desse modo, a ciência não contribui para a transformação do campo científico e pode ser entendida como instrumento de poder na racionalização do funcionamento social, servindo como instrumento de poder do Estado. Para Pierre Bourdieu (2000, p. 209-210), a tese de Kelsen se aproxima com a de Saussure na lingüística, na medida em que:

“A tentativa de Kelsen, firmada no postulado da autolimitação da pesquisa tão-só no enunciado das normas jurídicas, com exclusão de qualquer dado histórico, psicológico ou social e de qualquer referência às funções sociais que a aplicação prática destas normas pode garantir, é perfeitamente semelhante à de Saussure que fundamenta a sua teoria pura da língua na distinção entre lingüística interna e a lingüística externa, quer dizer, na exclusão de qualquer referência às condições históricas, geográficas ou sociológicas do funcionamento da língua ou das suas transformações”.

A partir dessas considerações, pode-se dizer que o campo jurídico encontra-se diante de uma *crise paradigmática*⁷ ao fundamentar os seus pressupostos no positivismo jurídico e em seus modelos teóricos e analíticos. Com a complexidade da sociedade contemporânea, os fenômenos jurídicos decorrentes do processo de globalização e da regulação dos direitos sociais ocorridos

nas últimas décadas, o funcionamento de sistemas e subsistemas econômicos e sociais cada vez mais diferenciados e especializados tem intensificado essa crise paradigmática. Importantes conceitos e princípios do Direito como a soberania, legalidade, hierarquia das leis, igualdade formal, equilíbrio dos poderes, segurança, entre outros, tornam-se relativizados na medida em que são atingidos por mudanças – de ordem econômica, social, política e cultural – ocorridas à margem do Direito vinculado à estrutura do Estado Nacional e do campo estritamente normativo-dogmático. Isso coloca o Direito positivo enfraquecido em suas bases teóricas, conceitual e metodológicas.

Na análise dos reflexos da teorização do Direito como sendo o próprio Estado, Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 160) observa que esse reducionismo “transformou a autonomia do Direito frente ao Estado em autonomia do Direito dentro do Estado”. Em decorrência, a autonomia do Direito estatal ficou reduzida a um instrumento operacional de intervenção do Estado, de forma que o cientificismo do Direito, propagado pelo positivismo jurídico, foi crucial nesse processo, já que “funcionou como um espelho que simultaneamente refletia e dissimulava o estatismo do direito” (SANTOS, 2005, P. 160).

José Eduardo Faria (1999) assinala, em termos comparativos, o momento por que passa o pensamento jurídico atual com as mudanças ocorridas nas Ciências econômicas em face do colapso do capitalismo mercantilista e da grande depressão econômica ocorrida no final da década de 1920. Cita o autor:

“Os conceitos, as premissas, os axiomas, os postulados, as categorias, as hipóteses e os métodos até ali dominantes, que vinham conferindo à economia o *status* de ciência, viram, subitamente, esgotar grande parte de seu potencial analítico e exaurir sua operacionalidade, perdendo em velocidade geométrica sua aceitação

⁷ O conceito de crise paradigmática está ligado às contribuições de Khun (2003).

e, por consequência, sua legitimidade. A perplexidade dos economistas frente à ausência de um quadro ou mapa conceitual capaz de propiciar um correto e seguro entendimento das mudanças estruturais em andamento levou muitos deles a pôr em questão o sentido, o alcance e a própria natureza científica de sua disciplina (FARIA, 1999, p. 14)".

Portanto, num cenário social, político, econômico e cultural cada vez mais interdependente, em que os atores, lógicas, racionalidades e procedimentos se entrecruzam e ultrapassam as fronteiras do próprio Estado-nação, o Direito positivo enfrenta dificuldades crescentes para normatizar os distintos campos da vida. Eros Roberto Grau (2003, p. 107) afirma que "o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno – se desmancha no ar". Esse mesmo autor afirma que o Direito se manifesta de várias formas, não sendo possível se descrever o Direito, mas, sim, a forma como este é visto.

"Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula – para assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Mas, de outra parte, posso descrevê-lo, exemplificativamente também, desde uma perspectiva crítica, introduzindo, então, a velha questão do expositor e do censor (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como o entende, e daquele que indica o que crê deva ser o direito – a separação entre o que é e o que deve ser o direito (Bentham). Afirmaremos, então, que necessitamos mais de censores, críticos do direito, do que de meros expositores dele – no que também a afirmação de que os juristas em regra se limitam a interpretar o direito de

diferentes maneiras, mas o que importa é transformá-lo".

Diante da afirmação acima exposta, o que se pergunta é como produzir conhecimentos com base na pesquisa jurídica a partir de novos referenciais e de novos contextos. Weber (1986, p. 83-84) afirma que um trabalho científico não deve ter por base "as conexões 'objetivas' entre 'coisas' mas as conexões conceituais entre os problemas" e que só é possível uma nova forma de se produzir ciência na medida em que o estudo de uma situação-problema seja feito com base em novos métodos que permitam "descobrir verdades para novas e importantes perspectivas". Weber (1986, p. 87) é categórico ainda em afirmar que "não existe qualquer análise científica puramente 'objetiva' da vida cultural, ou (...) dos 'fenômenos sociais', que seja independente de determinadas perspectivas especiais e parciais". Entretanto, isso se deve ao "caráter particular do alvo do conhecimento de qualquer trabalho das ciências sociais que se proponha ir além de um estudo meramente formal das normas – legais ou convencionais – da convivência social".

Por outro lado, na vertente da sociologia compreensiva, o esforço hermenêutico está fundado na compreensão da ação, no qualitativo do fato, no significado: cultura e valor. Na acepção weberiana, a ação está ligada a um "comportamento compreensível em relação a "objetos", isto é, um comportamento especificado ou caracterizado por um sentido (subjeto). Esse sentido subjetivo pode ser real ou mental. Para a sociologia interessa a ação que pode ser percebida pelo seu sentido, explicada de modo interpretativo, compreensivo e que possa categorizar indivíduo e ação: o agir do homens em sociedade.

Objetivando ultrapassar a vertente positivista-normativista do Direito, com vista a romper com os desafios da sociedade e do Direito contemporâneo, novos fundamentos teóricos e metodológicos podem ser incorporados no campo da pesquisa

jurídica de forma a analisar o Direito como instrumento de emancipação e de transformação social. Esses novos referenciais teóricos e metodológicos aportam epistemologias histórico-críticas que procuram, além da norma e da dogmática jurídica, perguntar qual o sentido da ação social e das formas de compreensão da ação humana? As formas de compreensão humana estão mediadas pela compreensão histórica. O ato de compreender perpassa pela apreensão de estruturas de significação, do sentido. Dessa forma, a compreensão está ligada ao campo dos significados. Apreensão de sentido se dá na forma de uma estrutura dialogal, compreensão objetiva; compreensão prática. Todas as formas de compreensão humana estão conectadas na compreensão histórica.

4. Contribuições teórico-metodológicas de Bourdieu para a pesquisa jurídica

Em contraposição ao positivismo jurídico, os referenciais teórico-metodológicos de Pierre Bourdieu (2000) são importantes para o campo da pesquisa jurídica. Partindo de conceitos analíticos como a noção de *campo* e de *habitus*, o autor propõe novos enfoques para a produção científica e apreensão dos fenômenos jurídicos na sua complexidade e totalidade. Para Bourdieu, o mundo social não funciona em termos de consciência, funciona em termos de práticas e mecanismos e; nesse sentido, o Direito, objeto das Ciências jurídicas, manifesta-se na realidade histórico-social e, como tal é, ao mesmo tempo, mediado por essa realidade.

O autor critica o campo jurídico nos seus aspectos epistemológicos. Nesse sentido, duas são as ordens de questões apontadas: a primeira é quando se concebe a ciência jurídica como um sistema fechado e autônomo, conforme pensado por Kelsen, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo sua dinâmica, tendo a lei como fonte do Direito. O pressuposto de auto-

nomia do pensamento e da ação jurídica afirma-se na constituição de um modo de pensamento específico totalmente liberto do peso social. Trata-se de um debate científico em torno do *formalismo*, conforme já explicitado anteriormente, que afirma a autonomia da forma jurídica em relação ao mundo social. A segunda está em conceber o Direito como reflexo direto das relações de forças existentes, em que se exprimem as determinações econômicas, e, em particular, daqueles que detêm maior poder. Sob essa ótica, prepondera o *instrumentalismo* científico que concebe o Direito como reflexo ou utensílio a serviço dos dominantes (BOURDIEU, 2000, p. 209-210).

Essa forma de pensamento não leva em conta a “estrutura dos sistemas simbólicos”, em especial a “forma específica do discurso jurídico”, havendo, no entanto, permanente reiteração da autonomia relativa das ideologias, desconsiderando os fundamentos sociais dessa autonomia, ou seja, a questão das condições históricas que impulsionam e que dão sustentação ao surgimento de um universo social autônomo capaz de produzir e de reproduzir um *corpus* jurídico relativamente independente de interferências externas (BOURDIEU, 2000, p. 210). É, portanto, no interior desse universo social que se exerce a autoridade jurídica, dotada de “violência simbólica legítima” (BOURDIEU, 2000, P. 211), e que é monopolizada pelo Estado.

Assim, as práticas e os discursos jurídicos resultam de um campo de poder alicerçado, por um lado, nas relações de forças específicas que delimita a estrutura desse campo e que balizam as lutas de concorrência. Por outro lado, há uma lógica interna de produção de conhecimento que delimita em cada momento o universo das soluções propriamente jurídicas, a partir de uma lógica hegemônica.

Denota-se também que a concorrência existente no campo jurídico pelo monopólio do Direito, em que se defrontam as pessoas investidas de competência para

interpretar um *corpus* de textos, objetiva legitimar uma visão justa do mundo social. E as condições pré-estabelecidas ao modo de funcionamento desse campo contribuem para fundamentar a separação social entre o cidadão comum (profano) e os profissionais que nele atuam favorecendo um trabalho contínuo de racionalização, de forma que o sistema de normas jurídicas apareça como totalmente independente das relações de forças existentes que ele (o sistema) sanciona e consagra. Tem-se assim um sistema de normas e de práticas que aparece como fundamento no rigor de suas aplicações, podendo impor-se universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica.

Com efeito, a prática da interpretação de textos jurídicos mantém sua eficácia no discurso jurídico autônomo e legalista, sendo que as divergências entre os intérpretes são limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. É, portanto, no texto jurídico que estão em jogo as lutas, uma vez que a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica. Dessa forma, o efeito de força e de verdade da norma, que está inscrito no campo jurídico, revela-se com toda clareza no discurso jurídico que assinala todos os sinais de uma retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Essa retórica representa, para Bourdieu (2000, p. 216), “a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização” a que o sistema das normas jurídicas vem sendo historicamente submetido.

Assim, na luta simbólica, que tem lugar no mundo social, em que se defrontam visões de mundo diferentes e até mesmo antagonicas, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido do mundo social. Nesse sentido, o Direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão dessa ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo

Estado. O Direito, assim compreendido, “constitui-se na forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos” e confere a devida sustentabilidade a essas realidades surgidas de suas próprias operações. O Direito é, portanto, “a forma por excelência do discurso atuante capaz, por sua própria força, de produzir efeitos” (BOURDIEU, 2000, P. 237). Também se constitui em regras para os compromissos da ideologia dominante – que mesclam crenças, descrenças e normas de padrões morais. Em Bourdieu, o conceito de *habitus* poder-se-ia associar ao de ideologia prática, conceitos que auxiliariam entender o funcionamento do campo jurídico, suas práticas e manifestações.

Bourdieu reconhece que o Direito *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este, e que, portanto, é necessário refletir acerca das condições sociais – e dos limites – dessa eficácia que o Direito ocupa. Também observa que “os esquemas de percepção e de apreciação que estão na origem da nossa construção do mundo social são produzidos por um trabalho histórico coletivo, mas a partir das próprias estruturas deste mundo”. Dessa forma, o efeito simbólico das representações geradas por esquemas que dão sustentação à estrutura do sistema é o de consagrar a ordem estabelecida (o Direito representado pelo Estado), que se reveste de uma representação justa e se manifesta “na objetividade de uma ortodoxia por um verdadeiro ato de criação que, proclamando-a à vista de todos e em nome de todos, lhe confere a universalidade prática do oficial” (BOURDIEU, 2000, P. 238). Tais pressupostos garantem a reprodução do campo jurídico e da forma teórica e metodológica de produzir conhecimento jurídico.

Assim, a legitimidade conferida ao Direito e aos agentes jurídicos não pode ser compreendida como efeito do reconhecimento universal por parte dos cidadãos

comuns que seria, como entendem parte dos profissionais formados a partir desses referenciais, o enunciado de valores universais. Observa o autor que é necessário considerar o conjunto das relações objetivas entre o campo jurídico, lugar de relações complexas que obedece a uma lógica relativamente autônoma, e o campo do poder, e, por meio dele, o campo social no seu conjunto. É no interior desse universo de relações que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à ação e à prática jurídica.

A partir dessa visão, a produção científica, para Bourdieu (2002), dá-se pelo modo do *conhecimento praxiológico* (ou teoria da prática), que analisa o mundo social não apenas a partir do sistema de relações construídas pelo enfoque objetivista⁸, mas também, e principalmente, a partir das relações dialéticas das estruturas objetivistas e do modo como elas se atualizam e reproduzem no mundo social.

O conhecimento praxiológico pressupõe uma ruptura com o modo de conhecimento objetivista, não no sentido de anular este, mas de superá-lo⁹. Esse modo de conhecimento é visto como produto de uma *dupla translação teórica*, pois concilia a análise fenomenológica, que compreende a apreensão prática do mundo social com as relações existentes entre as estruturas das práticas construídas.

⁸ Segundo Bourdieu (2002, p. 145-161), o mundo social pode ser analisado sob três distintos modos de conhecimento teórico: o *conhecimento fenomenológico*, que apreende o mundo social a partir da relação existente no âmbito familiar e que concebe esse mesmo mundo social como mundo natural e evidente; o *conhecimento objetivista*, que evidencia o mundo social por meio da construção de relações objetivas, de forma a estruturar as práticas e as representações das práticas advindas do conhecimento do mundo familiar, rompendo com o enfoque fenomenológico; e o *conhecimento praxiológico*, ora objeto deste nosso estudo.

⁹ Para Bourdieu (2002, p. 163), o objetivismo metódico constitui um momento necessário de toda pesquisa, como forma de propiciar a ruptura com o senso comum. Entretanto, adverte que é preciso superar esse modo de conhecimento teórico na produção científica.

Destarte, para escapar ao *realismo da estrutura*, que converte os sistemas de relações objetivas em verdades constituídas fora da história do indivíduo e da história do grupo, é necessário ir ao modo como se dão as práticas no mundo social para se construir uma ciência dialética que permite a “interiorização da exterioridade e a exteriorização da interioridade” (BOURDIEU, 2002, P. 163) que se mostra por meio do *habitus*. Em Bourdieu (2002, p. 167), os pressupostos teóricos e metodológicos procuram desconsiderar teorias que de forma explícita ou implícita consideram a prática um instrumento mecanicista determinado por condições passadas subjacente ao funcionamento de esquemas, modelos ou normas preestabelecidas: “a prática é, ao mesmo tempo, necessária e relativamente autônoma em relação à situação considerada em sua imediatidade pontual, porque ela é o produto da relação dialética entre uma situação e um *habitus*”. A transformação do Direito pode, portanto, ser apreendida a partir dessa relação dialética: prática e *habitus*.

O *modo praxiológico* de produzir conhecimento científico significa, portanto, superar o cientificismo jurídico que tem por base teórico-metodológica o positivismo jurídico. Isso porque o problema do positivismo jurídico é, em parte, a crença na autonomia das estruturas legais e seus efeitos diretos sobre o comportamento dos atores, dando importância às regras legais formais e às instituições que as aplicam. A complexidade do Direito e do mundo social não pode ser explicada apenas por um sistema de regras legais. Reconhecer, portanto, esse fato tem implicações importantes para iniciativas que tenham por escopo pensar as relações estruturais de cada sociedade e o próprio funcionamento do campo jurídico¹⁰.

¹⁰ Na medida em que o monopólio de dizer o Direito estrutura-se num campo de poder, aquele que observa as formas e age “segundo as regras” assim o faz com a finalidade de ter seus interesses

Os pressupostos teóricos e metodológicos do positivismo jurídico contribuíram para fortalecer o campo e o *habitus* jurídico desvinculando os fenômenos jurídicos do mundo social. Essa vertente reforça uma prática racionalista-tecnicista. Na prática, o positivismo jurídico influenciou a teoria do Direito na dimensão reducionista ao não considerar as dimensões sociais e valorativas, entendendo o fenômeno jurídico apenas no campo da normatividade. Trata-se de pensar o Direito como forma de minimizar os conflitos de uma sociedade complexa, dinâmica e contraditória.

Nesse sentido, as bases teórico-metodológicas de Bourdieu contribuem para a produção do conhecimento científico na medida em que considera a complexidade do mundo social, as epistemologias histórico-críticas e a vertente multidisciplinar para compreender o Direito na sua totalidade. Portanto, a renovação do campo metodológico pressupõe rupturas com o positivismo na sua forma e nos seus métodos mediante um diálogo relacional.

Nesse sentido, as pesquisas com o foco positivista tendem a fragmentar o conhecimento do Direito, ao reduzi-lo à ciência da norma. Por outro lado, as pesquisas jurídicas em que o Direito é analisado enquanto fenômeno imbricado nas relações histórico-sociais e que se inter-relacionam com outras áreas do conhecimento podem constituir-se um novo olhar do mundo e do fenômeno jurídico.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: B. Brasil, 2000.

_____. *Esboço de uma teoria da prática: precedido de três estudos de etnologia cabila*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 3. ed. São Paulo: Ática, 1986.

reconhecidos pelo grupo que detém o poder. Daí as observações de Bourdieu (2002, p. 212) no sentido de que, nessas circunstâncias, o indivíduo não põe o direito do seu lado, mas sim o grupo que detém o poder (BOURDIEU, ob. cit. 2002, p. 212).

Conceito(s) de norma

Uma breve análise sobre a classificação de von Wright

Bruno Calabrich

Sumário

1. A classificação das normas propostas por von Wright e os elementos da norma prescritiva. 2. A norma prescritiva segundo von Wright e a conceituação da norma jurídica segundo Kelsen e Hart. 3. A classificação de von Wright e a ausência de conceituação geral de "norma". 4. conclusão.

1. A classificação das normas proposta por von Wright e os elementos da norma prescritiva

Entre as várias contribuições do finlandês Georg Henrick von Wright para a filosofia do Direito, sem dúvida merece destaque a sua classificação das normas, por alguns já chamada até mesmo de clássica (Cf. LAGIER, 1995, p. 245).

Por ser bastante precisa e completa, a classificação das normas proposta por G. H. von Wright (1963), em sua obra *Norma e Ação*, é amplamente aceita pelos estudiosos da ciência do Direito. De fato, a proposta de von Wright (1963), embora não imune a críticas, é usada por diversos pensadores do Direito como mote para a descrição dos elementos caracterizadores da norma jurídica (e, dentro do abrangente espectro das normas jurídicas, as normas jurídicas prescritivas ou normas-mandato, em especial) em cotejo com outras espécies de norma.

Von Wright (1963) classifica as normas em seis espécies, sendo três principais e três secundárias.

Bruno Calabrich é mestre em Direitos Fundamentais pela FDV, professor da Escola Superior do Ministério Público da União e Procurador da República em Sergipe.

As espécies principais são as 1) *normas definitórias ou determinativas*, 2) *normas diretivas ou normas técnicas* e 3) *normas prescrições*.

As normas *definitórias ou determinativas* são o caso típico das regras dos jogos. Tais regras determinam quais são as ações permitidas e quais são as ações proibidas dentro de um determinado jogo. Se tais regras não são seguidas, diz-se que o jogo não está sendo jogado corretamente ou que não se está jogando o jogo em questão. No futebol, à exceção dos goleiros, nenhum dos jogadores pode jogar com as mãos (a não ser na cobrança de laterais). Tais espécies de regras seriam da mesma natureza das regras de gramática ou de cálculo lógico e matemático (alguém que não siga as regras de gramática do português pode até ser compreendido, mas certamente não falará o português *correto* e, quiçá, falará outro idioma).

As *diretivas* ou normas *técnicas* são normas que indicam um meio para se alcançar certo fim. Exemplo típico são as instruções de uso de um determinado aparelho eletrônico ou de um programa de informática (“para abrir um novo arquivo do Word, pressione ctrl-n”).

As normas técnicas não se destinam a dirigir a vontade do destinatário, mas sim a indicar-lhe o caminho (ou o melhor caminho) para obter determinado resultado. Assim, são hipotéticas, e dependem da vontade do sujeito para serem realizadas no plano fático.

Prescrições são normas que se destinam a orientar (dirigir, determinar) a conduta de alguém. Sua característica marcante é a superioridade do sujeito emissor em relação ao destinatário (SANTINO NINO, 2000, p. 66). Tal superioridade pode ser física (pela possibilidade de infligir um mal ao destinatário) ou moral (em sentido amplo). Emanam de uma vontade do emissor da norma, a quem se denomina *autoridade normativa*. São destinadas a um agente, a quem se chama de *sujeito normativo*. Para

fazer com que o *sujeito normativo* tenha conhecimento da vontade da *autoridade normativa*, esta *promulga* a norma. E para dar efetividade a essa vontade, a *autoridade normativa* acrescenta à norma uma sanção, que é justamente a ameaça da aplicação de um mal¹.

Ao lado dessas, von Wright (1963) concebe três espécies secundárias de normas: 1) *normas ideais*, 2) *costumes* e 3) *normas morais*.

As normas ideais não se referem diretamente a uma ação, mas sim estabelecem um padrão ou modelo *ótimo* dentro de uma classe. São dessa espécie as normas que indicam que alguém é um bom professor, um bom marido, um bom jogador de futebol. As regras ideais tratam das virtudes características dentro de uma classe.

As normas ideais aproximam-se tanto das regras técnicas (tende a ser melhor aquele que melhor conhece e realiza a regra técnica, ou seja, os meios adequados aos fins) quanto das regras determinativas (porque indicam um modelo a ser seguido).

Costumes são hábitos repetidos com regularidade na conduta de indivíduos em circunstâncias semelhantes. Distinguem-se os costumes dos demais hábitos porquanto são aqueles *sociais*, ou seja, são reiterados pelos indivíduos como prática verificável dentro de uma comunidade, e não como uma prática individual isolada. Em outras palavras, os costumes distinguem-se dos outros hábitos por serem compartilhados por toda a comunidade.

O caráter social do costume lhe imprime uma *pressão normativa*, um caráter de obrigatoriedade em vista da crítica e das san-

¹ Tal conceito, evidentemente, não abrange a sanção premial. Nada obstante, é possível adequá-lo, bastando que se diga que a vontade da autoridade normativa, que se realiza na conduta do sujeito normativo, será alcançada mediante um benefício, um prêmio que se o concederá caso este se conduza da forma querida pela autoridade, e não pela aplicação de um mal (no caso de o agente portar-se do modo não desejado pela autoridade).

ções da sociedade, que reconhece tal hábito como o único a ser adotado por todos.

Os costumes assemelham-se às prescrições por terem um caráter obrigatório. Entretanto, distinguem-se daquelas pelo fato de não emanarem de nenhuma autoridade. Seriam, assim, *prescrições anônimas*. Também se distinguem das prescrições por não exigirem uma promulgação explícita (escrita), porquanto o conhecimento de sua obrigatoriedade (pelo sujeito normativo) advém da observação de que sua prática é socialmente aceita e desejada.

Por outro lado, os costumes aproximam-se das regras determinativas, porquanto é por meio desses que se diferenciam as diversas comunidades.

As *normas morais* são muito difíceis de se identificar e classificar. Podem parecer-se com o costume (como as normas morais referentes à vida sexual) e com as regras determinativas (a *promessa* pode ser considerada um instituto, é a regra que quem promete deve cumprir).

Na filosofia, há duas grandes concepções sobre a moral. Segundo a concepção teológica, a norma moral emana da autoridade divina (Deus), e por isso deve ser cumprida. Conforme a concepção teleológica, a norma moral é uma espécie de regra técnica, que indica o caminho para obter um fim, seja esse fim a felicidade do indivíduo (eudonismo) ou o bem-estar da comunidade (utilitarismo). Dada a dificuldade de se conceituar e classificar as normas morais, são usualmente entendidas como normas *sui generis* ou autônomas.

A par dessa classificação, von Wright (1963) ressalta a importância, para o direito, das chamadas normas prescritivas. Sem descurar do fato de que, dentro de qualquer sistema jurídico, outras normas há que não somente as prescritivas, von Wright salienta que várias dessas seis espécies de normas são importantes para o direito. Dentro do direito, não se pode negar, coexistem normas de natureza técnica ou normas diretivas, definitórias (dos diversos

institutos jurídicos, como contratos, testamentos etc.), normas consuetudinárias (de premência evidente, sobretudo no Brasil, onde são expressamente integradas ao ordenamento pela Lei de Introdução ao Código Civil), ou ainda, para aqueles que admitem a existência natural, as normas morais (é inescandível a relação entre moral e direito natural).

As normas prescritivas, entretanto, ocupam posição especial no direito, seja porque a maior parte das normas jurídicas são prescritivas, seja porque, segundo muitos, é a própria existência de tais normas dentro de um ordenamento que permite qualificá-lo como jurídico.

Assim, partindo daquela classificação, o filósofo finlandês elenca os elementos que caracterizam as prescrições. São elementos das normas prescritivas: 1) *caráter* (que existe em função de algo que se deva, não deva ou possa ser feito; a dizer, a norma pode ter caráter de obrigação, proibição ou permissão; é o *operador deôntico* da norma); 2) *conteúdo* (o que a norma declara como proibido, obrigatório ou permitido; em outras palavras, a ação ou atividade sobre a qual recai a obrigação, a permissão e a proibição); 3) *condição de aplicação* (que é a circunstância que cria a oportunidade de realização do conteúdo da norma; as condições de aplicação podem ser categóricas ou hipotéticas); 4) *autoridade* (que é o agente do qual a norma é emitida; sob a análise do elemento da autoridade, as normas podem ser classificadas em teônomas – provindas de uma divindade – ou positivas – emitidas pelo homem – e heterônomas – dirigidas de um agente para outro – e autônomas – emanadas de um agente para si mesmo); 5) *sujeito normativo* (os destinatários da prescrição, ou seja, quem deve obedecer – para as normas de caráter obrigatório –, quem pode fazer algo – normas de caráter de permissão – ou não pode fazer algo – proibição); 6) *ocasião* (é o espaço e o tempo em que deve ser atendido o conteúdo da prescrição; é o quando e onde a norma prescritiva incide e

deve ser cumprida); 7) *promulgação* (é a sua manifestação ou expressão, por meio de um sistema simbólico – linguagem – para que possa ser conhecida e compreendida pelo sujeito normativo, da qual é destinatário); e, por fim, a *sanção* (que é a ameaça de um mal sugerido pela autoridade normativa em virtude do eventual descumprimento da prescrição).

Reconhecendo o relevo da análise da norma prescritiva de von Wright, Joseph Raz (1991) inicia seu estudo das normas como *razão prática* destacando a essencialidade de quatro desses elementos:

“... el operador deôntico; el sujeto normativo, es decir, las personas a las que se exige comportarse de cierta forma; el acto normativo, es decir, la acción que se exige de ellos, y las condiciones de aplicación, es decir, las circunstancias en las que se les exige realizar la acción normativa”.

Ainda com o objetivo de ressaltar a importância da contribuição de von Wright para a compreensão da teoria geral do Direito, diga que a interessante contraposição entre o conceito de norma jurídica entre H. L. A. Hart e Hans Kelsen ganha novos contornos, e muito mais clareza, quando se a estuda à luz da análise dos elementos da norma *prescritiva* apresentada pelo jusfilósofo finlandês.

Sem pretender adentrar a profundidade da discussão acima levantada, façamos apenas um breve enfoque, ressaltando a essencialidade do elemento *sanção* como caracterizador da norma jurídica.

2. A norma prescritiva segundo von Wright e a conceituação da norma jurídica segundo Kelsen e Hart

John Austin define as normas jurídicas como *mandados gerais formulados pelo soberano aos súditos*. Toda norma jurídica, segundo Austin, é uma ordem, ou seja, uma expressão do desejo de que alguém se comporte de determinada maneira e a intenção de infligir-lhe um mal caso este não

se comporte do modo desejado. O modelo de Austin, como se vê, não deixa de fora os elementos da norma prescritiva (que no direito é a norma por natureza, ou típica) verificados por von Wright. Sobressaem do modelo de Austin os elementos do *caráter* e do *sujeito normativo*.

Kelsen, de modo semelhante, expressamente define as normas jurídicas como *prescritivas*, no sentido de que estabelecem uma ordem, um mandado. Entretanto, a ordem contida na norma jurídica é, segundo Kelsen, uma ordem “despsicologizada”, ou seja, desvinculada da idéia de vontade do soberano ou mesmo de qualquer vontade que a tenha originado. O sentido da norma permanece independente da vontade da autoridade que a emanou.

Para Kelsen, o juízo prescritivo da norma jurídica é um juízo de dever-ser, ou seja, não suscetível de verificação como *falso* ou *verdadeiro*. A norma jurídica estabelece não uma *verdade*, mas sim um *sentido*, uma “intenção” de que alguém se comporte de determinada forma.

Não sendo a norma jurídica um mandado (no sentido declarado por Austin), o que distingue a norma jurídica deste é a sua *validade*, que se encontra dentro do próprio ordenamento jurídico, na norma que a fundamenta diretamente (e assim sucessivamente, até a norma fundamental). Além disso, o que distingue o direito dos demais sistemas sociais é a coação, realizada pela a sanção prevista na norma jurídica.

Segundo Kelsen, o que caracteriza a norma jurídica é que se trata de uma norma sancionadora. As normas jurídicas são normas que prescrevem sanções. Conseqüentemente, todas as normas jurídicas podem ser reduzidas numa mesma estrutura, de conexão de um ato ilícito a uma sanção.

Ocorre que os ordenamentos jurídicos contêm enunciados que não estabelecem sanções. Buscando integrar sua teoria e sanear a aparente contradição, Kelsen afirma que tais enunciados não são normas, mas sim *fragmentos de normas* (ou normas

não-independentes), considerando que é necessário que estejam associadas a outras normas (estas, sim, dotadas de sanção) para que tenham sentido. As normas não-independentes seriam enunciados necessariamente vinculados a outros que conectam a conduta proibida à sanção.

H. L. A. Hart, não se convencendo do argumento de Kelsen, encontra particular dificuldade de sua teoria no que diz respeito a normas permissivas, ou seja, normas que autorizam uma conduta (e por isso mesmo em nada vinculadas a uma sanção). Assim, Hart classifica as normas jurídicas em primárias (que prescrevem que os seres humanos realizem ou deixem de realizar certas condutas) e secundárias (que introduzem novas regras à norma primária, extinguem ou modificam regras anteriores, determinam seus efeitos ou controlam sua atuação). As regras do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo impõem direitos ou *potestades* públicas ou privadas.

A identificação da norma jurídica, o que permite também sua distinção das demais espécies de normas, deriva, segundo Kelsen, de sua validade, que é aferida na norma superior que a fundamenta. Mas, mais importante que isso, o que distingue a norma jurídica é seu caráter sancionador. A par da contribuição de Hart, pode-se divergir da última assertiva de Kelsen, para afirmar que

“... el criterio de juridicidad aplicable a las normas jurídicas no viene determinado por su carater sancionador, sino por la idea de validez, es decir, por su pertinencia al ordenamento jurídico. De esta manera se puede reconocer mucho más cómodamente la multiplicidad de estructuras y elementos que presentan las normas que forman parte del ordenamiento jurídico” (PECES-BARBA; FERNADEZ; ASÍS, 2000, p. 165).

Assim, vista a questão sob a ótica da classificação de von Wright, as normas jurídicas, sendo de regra *prescritivas*, distinguir-se-iam das demais normas

pelo critério da pertinência a determinado ordenamento jurídico, ou seja, por seu reconhecimento como *válida* dentro de um sistema específico.

3. A classificação de von Wright e a ausência de conceituação geral de “norma”

Viu-se que a classificação de von Wright e sua análise sobre as normas prescritivas é admitida por diversos estudiosos como deveras abrangente e precisa, no que interessa para a distinção entre a norma jurídica e as outras normas. Entretanto, no que diz respeito à sua classificação das normas, uma crítica que poderia ser formulada é a seguinte: considerando que há, de fato, *seis espécies* de normas, o que torna possível enquadrá-las dentro uma *classificação*? O que têm cada uma dessas espécies em comum com as outras, de modo a que se possa *classificá-las*? Afinal, qual o *conceito (geral)* de norma que permitiria esquadrinhá-las segundo a classificação proposta?

A crítica não é nova. De fato, em sua obra fundamental *Norma e Ação*, von Wright não separa um capítulo sequer para conceituar *norma*. Parte o jusfilósofo, já no intróito de sua exposição, para a distinção daquelas seis espécies, sem afirmar um conceito que as reuniria. A ausência dessa conceituação geral causou certa perplexidade, a exemplo do que anotaram Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin (1997, p. 17):

“Como ya hemos tenido la oportunidad de observar, el campo de normativo dista mucho de ser homogéneo y cabe distinguir, en consecuencia, diversos tipos de normas. En el primer capítulo de Norma y Acción von Wright distingue seis tipos de normas (...). Los criterios de clasificación de von Wright son desde luego discutibles y cabe adoptar otras clasificaciones, pero lo que se muestra claramente es que el termino ‘norma’ es sumamente ambiguo. Pero aún limitado nuestra atención a las normas de con-

ducta (prescrições en la terminología de von Wright) como enunciados que prescriben (es decir, ordenan, prohíben o permiten) ciertas acciones o actividades (...) subsiste todavía una ambigüedad, tal vez más sutil, pero no por eso menos-peligrosa."

A indefinição de von Wright no que toca ao conceito de norma parece ter sido também percebida por Carlos Alarcón Cabrera², no prólogo da edição mexicana de 2001 de outro livro de G. H. Von Wright (2001, p. 9), *Normas, Verdad y Lógica*:

"La aportación más conocida (y reconocida) de von Wright a la lógica deóntica y a la teoría de la acción es posiblemente Norm and Action (1963), libro además muy influyente en la teoría y filosofía jurídica de las últimas décadas, pero en el que sin embargo no aclara su opción ontológica. Las normas, dirá entonces von Wright, no son entidades extralingüísticas, simples regularidades sociales de comportamiento; pero tampoco se desprende de Norm and Action que sean entidades lingüísticas. Von Wright no afirma claramente ni que sean enunciados lingüísticos (situados, por consiguiente, a un nivel sintáctico), ni que sean proposiciones lingüísticas (a un nivel semántico), ni que sean atos de enunciación lingüística (a un nivel pragmático)".

Así, además de descartar que las normas sean entidades extralingüísticas ('las normas dependen del language [...]. Su existencia presupone necesariamente el uso del language') von Wright también parece negar en Norm and Action que sean enunciados deónticos ('deberemos distinguir entre la norma y la formulación normativa. La formulación normativa es el signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) la norma'), que sean proposiciones deónticas ('es evidente que a algunas normas no se les puede dar el nombre de proposiciones [...]. Las

normas no tienen por qué llamarse ni la referencia ni incluso el sentido o significado de la correspondiente formulación normativa') y que sean enunciaciones deónticas de enunciados ('la norma es algo distinto del hecho de dar a conocer a los sujetos normativos su carácter, contenido y condiciones de aplicación, lo cual es un eslabón esencial en el (o parte del) proceso a través del cual la norma se origina o cobra existencia (ser), pero no es la norma en sí misma')."

As críticas de Carlos Alarcón Cabrera são em tudo pertinentes. Von Wright não afirma que normas sejam enunciados lingüísticos, nem o nega; não afirma que sejam entidades que *regulam* o comportamento humano, nem o nega. Dentro das seis espécies de norma por ele identificadas, pode-se amoldar um ou outro conceito, mas nenhum daqueles conceitos pode ser aplicado a todas as espécies, a uma só vez.

O professor de Sevilha continua sua crítica, afirmando que von Wright não demonstrou, em obras posteriores, ter mudado sua postura quanto ao conceito de norma. Com efeito, a posição de von Wright (1983), na obra *Razão Prática*, é de repúdio à "extralingüisticidade" das normas, ao sublinhar que a atividade nomotética requer o uso da linguagem, exige do legislador o uso de signos lingüísticos para fazer o sujeito normativo conhecer aquilo que se quer que se faça ou deixe de fazer. Mas nem por isso aceita sua "lingüisticidade", considerando que as normas, segundo afirma von Wright (1983), não podem ser confundidas nem com signos lingüísticos em si mesmos (sintaticamente), nem com sua referência, significado ou sentido (semanticamente), nem com sua enunciação ou qualquer outra forma de materialização (pragmaticamente) (CARBERA, 2001, p. 10).

Por outro lado, se não é leviana a crítica à omissão de von Wright quanto ao conceito de norma, não se pode deixar de observar que o próprio von Wright jamais se propôs a fazê-lo, justamente por entender que não

² Professor do Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilha.

havia como reunir todas as espécies de norma por ele tratadas dentro de uma classe geral. Carlos Santiago Nino (2000, p. 67) lembra exatamente isso ao expor que:

"El lógico von Wright (Norma y Acción) propone una clasificación de las normas que puede servir adecuadamente (...). Advirte, al comenzar su exposición, que las que mencionará no son estrictamente subclases de la clase general de las normas – lo que supondría que hay características comunes entre todas que serían relevantes para la definición del concepto de norma – sino más bien distintos sentidos de la palabra 'norma' – que es ambigua e imprecisa –, aunque estrechamente relacionados entre sí".

Ora, é o próprio von Wright quem declara que referidas espécies reúnem-se numa classificação não por estarem abrangidas dentro de uma classe maior, geral, porquanto isso pressuporia um conceito geral que não lhe foi possível delinear. A reunião das diversas espécies de norma numa classificação decorreria, assim, não de um conceito que as abrangesse todas, mas sim da relação que se poderia detectar entre cada uma delas. E isso é proclamado categoricamente por von Wright (1963, p. 1) nas primeiras linhas de sua obra-mestra, *Norma e Ação*:

"The word 'norm' in english, and the corresponding word in other languages, is used in many senses and often with an unclear meaning. It can hardly be said to be a well-established term in the English philosophic vocabulary. This can be said, however, of the adjective 'normative'. 'Norm' has several partial synonyms which are good English. 'Pattern', 'standard', 'type' are such words. So are 'regulatio', 'rule' and 'law'. Directions of use and prescriptions are perhaps not often called 'norms', but we should not hesitate to call them 'normative'. Since the filed of meaning of 'norm' is not only heterogeneous but has vague boundaries, it would probably be futile to

try to create a General Theory of Norms covering the whole field. The theory of norms must be somehow restricted to its scope.

When constructing a restricted theory of norms, however, it is as well to remember that the various meanings of 'norm' are not logically unrelated. The word is not 'ambiguous' in the ordinary sense. A restricted theory of norms runs the risk of being defective if it does not pay due attention to conceptual affinities and logical relationships between the various parts of the whole field of meaning."

A par da impossibilidade da criação de uma "teoria geral das normas", pode-se afirmar, então, que a classificação de von Wright, em verdade, reúne diversos conceitos de norma; cada espécie de norma, segundo sua classificação, corresponde, na verdade, a um conceito particular e, a princípio, imiscível com os demais conceitos. Desse modo, estabelecendo vários conceitos (cada um correspondendo a uma espécie), von Wright passa a ocupar-se de identificar as relações entre eles, no que cada um desses conceitos têm de interessante para o reconhecimento da norma jurídica.

4. Conclusão

Embora não imune a críticas, a classificação das normas de von Wright representa uma significativa contribuição para a filosofia do Direito. Sua reconhecida e deliberada omissão quanto ao conceito de norma em nada diminui a importância de sua classificação. Não é por outro motivo que, juntamente com sua definição analítica de normas prescritivas, continua a servir de base para as mais variadas teorias sobre a natureza da norma jurídica.

Referências

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. México: Fontamara, 1997.

LAGIER, Daniel González. Acción y norma en G. H. Von Wright. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael. Curso de teoría del derecho. 2. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

RAZ, Joseph. Razón práctica y normas. Tradução de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SANTINO Nino, Carlos. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel, 2000.

WRIGHT, Georg Henrik Madrid Von. Normas, verdad y lógica. México: Fontamara, 2001.

_____. Norm and action, a logical enquiry. Londres: Routledge & K. Paul, 1963.

Paz

Notas para um estudo

Roberto Armando Ramos de Aguiar

Sumário

1. Introduzindo a questão. 2. Paz é relação. 3. Paz e teia. 4. Paz ativa e paz passiva. 5. Paz e natureza. 6. Paz e categorias de solidariedade. 7. Paz e poder. 8. Paz e política. 9. Paz e tecnologia. 10. Paz e sujeito. 11. Paz, tolerância e hospitalidade. 12. Paz e homens de palha. 13. Paz e violência. 14. Paz e justiça. 15. Considerações finais.

1. Introduzindo a questão

Um certo contratualismo ilumina os entendimentos da paz. Ela se torna mais um jogo de administração de interesses, de pesos e contrapesos, tendo como pano de fundo o inevitável conflito que surgirá caso as regras do jogo sejam inadimplidas. Logo, a paz, no interior desse realismo, é mais um armistício provisório, em que garras e dentes são escondidos, no aguardo de um outro conflito. Por outro lado, principalmente, após o surgimento do movimento da *new age*, a paz adquiriu uma dimensão metafísica, sentimental, aparentada aos cultos religiosos e conquistando prosélitos mais pelo sentimento do que por um coração informado pela razão.

Haverá possibilidade de o caminho para o não conflito ser o critério de fundo para as reflexões e práticas pacíficas? Haverá possibilidade de superarmos uma visão subjacente do ser humano, que o considera originalmente mau? Haverá modos

Roberto Armando Ramos de Aguiar é doutor em Filosofia do Direito; professor titular aposentado da UnB; professor do curso de mestrado do UniCEUB; ex-Secretário de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal (1995/1998) e Rio de Janeiro (2002).

de superarmos o entendimento de vitória, que sempre é considerada uma forma de aniquilar o inimigo? Será possível, quando deslocarmos o ponto-de-vista, considerar que a vitória é sempre para todas as partes envolvidas e que a aniquilação de uma sempre prejudicará a suposta vencedora? As mobilizações do mundo levarão à superação de crenças, pressupostos e conceitos, que induzem o ser humano a morrer pelo abstrato, a aniquilar-se pela inversão do real e a crer que a libertação virá, justamente, dos fundamentos que o oprimem?

Será que, um dia, os bem pensantes, imersos em sua racionalidade instrumental, permitirão que a ciência trate dos diversos entendimentos e vivências da felicidade?

A concepção comum das políticas contemporâneas vai continuar a admitir a paz como fruto da guerra, por outros meios?

Essas são algumas perguntas que nos animam a refletir sobre a paz e sobre o que dela pode decorrer.

2. Paz é relação

Assim como a ética, a moral e o direito, a paz não é um ente existente na concretude perceptível. Ela não é palpável enquanto objeto sensível. Ela é um estágio de relações. Para se tratar de paz, há que se considerar, previamente, os que estão envolvidos nela, ou na guerra. Ela é um resultado dinâmico, perpetuamente “in fieri”. Podemos, até mesmo, ousar dizer que traduz um equilíbrio, mas qual equilíbrio? O da opressão, da desigualdade de oportunidades, do isolamento da natureza? Essas circunstâncias podem até dar uma ilusão de equilíbrio e longevidade, como no caso da Pax Romana, mas, na primeira brecha, mais cedo ou mais tarde, o edifício ruirá.

Para se pensar em paz, devemos enfocar as características dos envolvidos e as marcas de suas relações. Do mesmo modo, precisamos lembrar que a paz traduz um conjunto de relações heterogêneas. O homogêneo e o unânime nunca levam à paz.

No máximo, conduzem à paz dos cemitérios. É a diversidade que possibilita a paz. É o provável e o possível que a constroem. A paz, como equilíbrio dinâmico, não transita em universo determinista e a diversidade, no lugar de ser um mundo de conflitos necessários, é possibilidade de bifurcações e novas formas de reconhecimento.

A paz não pode ser unicamente tratada nos foros das estratégias e táticas. Não que isso não seja importante, mas não esgota, de modo algum, os instrumentos que propiciam a paz. Antes de tudo, a paz é ética. Antes de desvendarmos o ser dessa relação, há uma anterioridade ética que ilumina os que nela estão imbricados.

Essa anterioridade ética traça algumas noções prévias que são pré-condição para o exercício da paz: ela não acontece na fome, ela não cresce na opressão, ela não medeia desigualdade de direitos, ela não opera entre sujeitos considerados abstratos, ela não pertence a um universo determinista, cujos comandos partem assimetricamente de cima para baixo, ela respeita as identidades diferentes.

3. Paz e teia

Enquanto considerarmos o ser humano como um ente isolado da natureza, alienado do outro e ignorante de si mesmo, não saberemos encontrar caminhos e iremos buscar instrumentos ou conceitos únicos para realizar a suposta paz. Ora usaremos as máquinas de guerra, ora a imposição de poderes políticos, ora as pressões econômicas. Nenhuma dessas vias chega à paz. A pressão econômica pode levar à devastação e esta às ditaduras ou ao fim das instituições mediadoras. A força bélica gerará reações e fricções permanentes, sincrônica ou diacronicamente, já que a dissimulação e o logro são a base do conflito bélico clássico¹. A imposição política destrói

¹ Sun Tzu (1983, p. 19-20) entende a operação de guerra como logro, em dois textos precisos:

“Toda operação militar tem o logro como base. Por isso, quando capazes de atacar, devemos parecer incapazes; ao utilizar nossas forças, devemos parecer

a diversidade e encarcera a liberdade, o que significa a continuidade da guerra.

O tratamento da paz implica a consideração da condição humana que tece as vidas pessoais e coletivas com os outros, consigo mesmos e com a natureza posta ou criada, por via dos artefatos quase naturais.

A consistência de cada um sempre está referida a um sistema complexo, que influi, deforma, estimula ou destrói a condição individual. No interior dessas miríades de possibilidades, podemos afirmar que a paz individual está ligada à saciedade das demandas mínimas do corpo, à liberdade de procurar caminhos e à educação para aceitar, colaborar e ser parceiro do outro. Essas dimensões não são fáceis, pois a condição humana impõe pulsões, desejos e sombras que introduzem o incontrolável, o não previsto e, apesar das resistências, o misterioso.

No mesmo plano estão as relações do humano com a natureza, ou melhor, com o ambiente, formado por objetos naturais e quase naturais, que dão o sustentáculo e as condições de vida. São seres vivos, entes inorgânicos e artefatos humanos, que possibilitam a construção da existência humana. Podemos dizer que o ser humano é mineral, vegetal, animal e espiritual e essas facetas só se aperfeiçoarão se estivermos em paz com elas, convivendo e protegendo-as, a fim de que elas nos protejam².

inativos; quando estivermos perto, devemos fazer o inimigo acreditar que estamos longe; quando longe, devemos fazê-los acreditar que estamos perto. Preparar iscas para atrair o inimigo. Fingir desorganização e esmagá-lo. Se ele está protegido em todos os pontos, esteja preparado para isso. Se ele tem forças superiores, evite-o. Se o seu adversário é de temperamento irascível, procure irritá-lo. Finja estar fraco e ele se tornará arrogante. Se ele estiver tranqüilo, não lhe dê sossego. Se suas forças estão unidas, separe-as. Ataque-o onde ele se mostrar despreparado, apareça quando não estiver sendo esperado”.

“Compete a um general ser calado e, assim, assegurar o sigilo; honesto e justo, mantendo dessa forma a ordem. Deve ser capaz de confundir seus oficiais e soldados com relatórios e aparências falsas, mantendo-os em total ignorância” (TZU, 1983, p. 89-90).

² Michel Serres (1990) desenvolve a idéia de uma nova pactuação com a natureza a fim de que a humanidade continue e o ser humano passe a ser entendido

A paz exige o aguçamento da sensibilidade, das percepções e das emoções, os olhos voltados para o estranhamento dos rearranjos das criações artísticas de diferentes expressões e culturas. Não há paz sem a sublimidade do criativo e do belo, entendamos esse conceito, como quisermos. Mesmo os que afirmam que a arte não tem compromisso com o belo, ela está voltada para a exacerbação perceptiva de nosso espírito, que, ao se espantar com o grotesco ou com o chocante, por oposição, tenta conceber seus antípodas.

Estar em paz com o outro nos leva a perguntar sobre qual é o outro a que estamos nos referindo. Esse outro pode ser aquele que considero igual ou semelhante, a partir de variados critérios, como o poder político, o econômico, a pertença a um grupo ou crença, a etnia ou o gênero. Essa similitude, que imporia o respeito e a solidariedade, não alcança a alteridade, pois esses outros são os mesmos, são replicações egoicas, uma referência subjetiva de quem os concebe. Estar em paz com o outro é construir pontes com o totalmente diferente, com o que não está enquadrado à nossa visão de senso comum, nem com o universo humano que transita em nosso cotidiano. Ele é o estrangeiro, o exilado, o órfão, o faminto, o abandonado, o oprimido, as vítimas das ditaduras, os seres destruídos por sistemas machistas e opressores, por religiões excludentes, por donos das verdades, por aqueles que, para salvar, matam, para libertar, prendem, para pregar verdades, aniquilam os espíritos, para glorificar os seres humanos, coisificam todos os outros que não se enquadram em seus entendimentos.

A paz com o outro se inicia com a admissão de que ele nos precede, ele já está aí, antes que eu me considere, antes que eu tente pensar meu eu, o rosto do outro está nos clamando. Ele é anterior, o que faz da ética a filosofia primeira, antes de tentarmos uma ontologia não dominadora, nem redutora do mun-

para além do contrato social, constituindo-se, também, em ser natural.

do ao um e ao mesmo³. Minha liberdade emerge quando garanto a liberdade do outro e esse é um dos caminhos para a paz nessa dinâmica e caótica teia das interações humanas.

O outro, nessa teia, assume outras facetas: é o outro virtual da contemporaneidade, o outro coletivo de etnias diversas, de nacionalidades, o outro de Estados adversários, de seres que desenvolvem práticas sociais e condutas diferenciadas. Essa questão leva a pensarmos numa criteriolgia universal para construir a paz. Não uma tábua metafísica prévia de princípios e valores da paz, mas uma acumulação de princípios advindos da superação de conflitos ou da vivência das assimetrias, que solidificam valores de respeito, de garantia da vida e de cooperação. Essa criação é cultural, mas não é de uma só cultura. Ela se põe como transcultural, como humana e, por isso, apta a iluminar a diversidade como manifestação de aceitação e respeito do ser humano. Mas essa acumulação histórica tem conteúdo ético, tem uma juridicidade principiológica, o que permite obstar a diferença que é letal, que se estrutura a partir dos valores da morte, que considera a alteridade sob a óptica da superioridade ou inferioridade, da salvação ou da danação, do amigo ou inimigo.

4. Paz ativa e paz passiva

A paz pode ser entendida como quietude imposta, ou como busca de harmonia nas relações, também podendo ser vista como co-construção solidária.

³ A Alteridade é o ponto central do pensamento de Lévinas. A precedência do outro sobre o mesmo leva esse pensador a considerar a Ética como filosofia primeira, já que a ontologia é um pensamento dominador a partir do mesmo para o outro. Lévinas afirma que o outro sai da categoria de objeto para se tornar sujeito, invertendo a lei de ouro, pois será a descoberta do outro que indicará a conduta adequada. Descamps (1991, p. 85), comentando, assim se manifesta: “a minha liberdade termina quando começa a dos outros, sendo substituída pela proposta de que minha liberdade é garantida pela liberdade dos outros”.

A quietude, geralmente, advém do terror, da imposição e da exclusão. Essa quietude, em termos internacionais, é manifesta pelos grupos alijados, sem possibilidade de expressar suas identidades e tradições, geralmente sem territórios, ou com seus territórios contestados.

A quietude, erroneamente divulgada como aceitação, dá-se no interior dos próprios grupos humanos, quando um gênero é obediente às normas do outro, quando uma religião é prevalente e exclusora de outras denominações ou dos não religiosos, além da separação mais evidente resultante da divisão entre os que acessam os bens materiais e espirituais e aqueles que não os acessam.

Muitas dessas clivagens advêm da inaceitação do diferente, seja sexualmente, etnicamente, politicamente e economicamente. Uma ordem dita pacífica, que está assentada sobre essas separações, aponta sempre para uma possibilidade de guerra ou para um contínuo processo de dissolução existencial e social dos pólos excluídos.

Situações como essa, se não desencadearem grandes guerras, originam conflitos de grande crueldade e de letalidade incontrolável; como nos casos presentes do Sudão e do Iraque.

Logo, o que chamamos de paz passiva é a paz tanática, a paz dos cemitérios, a paz da castração de identidade, do medo e da constante ameaça.

Esse tipo de relação leva a uma ética da subserviência, da vivacidade a varejo, das etiquetas de louvação e reconhecimento de inferioridade e à inviabilização de qualquer direito de reivindicar o fundamental. A paz passiva é sempre submissão e esta é um componente da guerra atual ou futura.

A paz não significa um entendimento edênico representado pela ausência de conflitos. A paz é um caminho para a re-significação dos conflitos e para a diminuição de sua letalidade, o que leva a novas práticas sociais de sua composição e à aceitação do princípio segundo o qual

vencer não significa destruir o outro. Essa hipótese leva a replicações de destruição do vencedor circunstancial. O caminho da resolução de conflitos tende para novos jogos, que não são os da guerra, mas mediações que levam em conta não somente os interesses dos envolvidos, mas também suas identidades e sobrevivência, além daqueles que os cercam.

A paz ativa, nas relações em todos os níveis, deve ser iluminada por uma razão do cuidado, no lugar da fria seriação da razão instrumental. Não se defende a vida por via de procedimentos letais, nem se sobrevive, a longo prazo, sem a operacionalização da solidariedade e cooperação intra e extra grupos humanos.

A paz ativa transcende fronteiras, não se submete a estados, pois ela se capilariza por nodos formais e informais de uma rede que vai se interconstruindo, dentro e fora dos estados, com ou contra os estados, pois os mecanismos de manutenção e reconstrução da vida permeiam o social e tecem teias que tematizam, discutem e interferem nos fenômenos, a partir de uma ética da vida que polifonicamente se vai construindo, norteadas pelo cuidado e pela compaixão⁴.

É essa tendência ativa que ainda nos faz acreditar na possibilidade da superação das sombras que impedem os seres humanos de serem uns com os outros. Não é uma utopia irrealizável, mas um caminho possível para que não permaneçamos na crença em um ser humano degradado do universo e irremediavelmente condenado a se destruir a partir de uma entropia social inexorável.

5. Paz e natureza

As concepções adversariais da natureza levam à crença de que ela é luta e disputa, sobrevivendo o mais forte e o mais apto,

⁴ Hoje, para tratarmos da paz, é impossível desconsiderarmos a noção de rede, até porque uma das facetas mais graves da crise do Estado está no confronto entre uma sociedade em rede e uma estrutura hierárquico-piramidal do Estado. Castels (1999) trabalha no aprofundamento do conceito de rede.

não havendo brechas para espécies mais fracas, nem para os seres vivos velhos ou jovens com problemas. A natureza é dos fortes, dos reis predadores agressivos. Esse entendimento tosco leva muitos cientistas a crer que o ser humano tem esses princípios gravados em seus genes, o que os conduz, necessariamente, à guerra, como modo de ser normal dos grupos humanos⁵.

Não podemos cair na ingenuidade de não ver o lado sombrio gravado em um inconsciente coletivo, mas também devemos admitir que a busca do ser humano de sua identidade mais profunda representa uma convivência e uma superação permanente da sombra. Isso se constitui em um caminho da paz, que não quer dizer a negação das contradições humanas, mas um processo de construção ética no sentido da inserção mais harmônica, coletiva e profunda, no complexo do mundo.

A natureza pode nos fornecer paradigmas inversos, na medida em que os conhecimentos atuais mostram que as espécies mais bem sucedidas são aquelas que cooperam mais e não as que são as mais fortes ou sanguinárias⁶. A aptidão tão decantada está em admitir as diferenças e desenvolver procedimentos complementares e não o entendimento vitoriano que temos da natureza. Infelizmente, para alguns, a natureza não é capitalista.

Dois grandes visões sobre a natureza, a vida e a evolução embasam entendimentos diferentes dos fenômenos biológicos: Darwin e Maturana. Para ser mais exato, uma certa leitura de Darwin, que objetiva a justificação do capitalismo, a naturalização da disputa e concorrência e a aniquilação do outro como características essenciais do

⁵ Os trabalhos de Prigogine (1991, 1996, 2002) sobre esse tema são importantes para entendermos os novos paradigmas pesquisados pela ciência contemporânea.

⁶ Maturana (1995, 1997, 1998, 2001) introduz novos conceitos sobre a evolução, o conhecimento e as origens biológicas das relações entre os seres vivos e das relações políticas e educacionais entre os seres humanos.

ser humano, como naturais, como formas de comportamento dos animais. Maturana (1995, 1997, 1998, 2001) mostra que os predadores não exercem poder e que, na procura de alimentos, não procuram aniquilar as vítimas. Alimentação não é domínio, nem é possível dizer que os devoradores obtêm vitória quando abocanham sua presa. Não existe domínio, nem a ganância de conquista. Podemos até dizer que as relações naturais são pacíficas, pois não há concorrência nem desejo de aniquilação no ato dos carnívoros e outros predadores. Se observarmos as espécies interiormente, veremos que são raras as mortes dentro delas. Encontramos violência tão-somente para a manutenção de determinada linhagem genética. Há na natureza o que Maturana chamou de amor biológico.

Assim, a justificação político-econômica a partir de uma suposta ordem natural não corresponde às relações na natureza. Por sua complexidade, o espetáculo da natureza exige outros olhos e outra atitude, pois não serão nossas limitações sociais que vão deformar o enigma natural, que, a cada momento, permite o desvendamento de algum de seus aspectos.

Além disso, precisamos nos reinserir na natureza. O ser humano tão-somente encarado como cultural, como vivente de um meio artificial, alija o homem de suas dimensões naturais, de suas facetas minerais, vegetais e animais. A natureza é complexa, bifurca-se e apresenta fractais. É desse fenômeno que o ser humano participa, imerso nesse caos em que as possibilidades são tantas.

6. Paz e categorias de solidariedade

A palavra solidariedade é polissêmica e sua origem está ligada ao direito de Roma: o *solidum* era o procedimento segundo o qual uma pessoa poderia responder pela totalidade dos débitos de um grupo. Esse sentido mostra a cooperação de uma pessoa com as outras, desde que dadas as condições de interesses e/ou vínculos comuns. Era um

processo que se dava no interior de uma relação de oposição, de débitos e créditos e tendente a proteger a solvibilidade de alguns e a exigibilidade de outros. Vê-se que essas práticas pouco têm a ver com as idéias correntes sobre solidariedade e mostram a diversidade interpretativa que suscita.

Podemos dizer que as formas mais tradicionais de solidariedade são construídas a partir dos elos de sangue, e dos procedimentos de defesa e definição de identidades e suas normas. Ela mostra procedimentos que emitiam dois discursos: o da cooperação e defesa e o da oposição e enfrentamento em relação àqueles que ameacem a estabilidade da ordem e a identidade social clânica. A solidariedade está inscrita como procedimentos e valores que se dão em culturas adversariais. Ela é parcial e estabelece limites para a cooperação e recortes para a lealdade.

As mesmas idéias podem ser tecidas em relação aos grupos étnicos, às culturas diferenciadas em relação às do meio circundante, aos grupos real ou potencialmente ameaçados ou às coletividades que vivem segundo padrões rígidos e excludentes dos que não seguem seus preceitos. Há um aumento do amálgama para a defesa de seus padrões.

Com as transformações sociais, a solidariedade passou a ser identificada com o altruísmo, com a gratuidade e com a afeição desinteressada. Esse tipo de solidariedade é a, atualmente, desejada, é a que anima a criação de organismos que se voltam ao tratamento dos grandes problemas contemporâneos, ao mesmo tempo em que se solidifica como fundamento de movimentos religiosos ou leigos no estudo, intervenção e mobilização perante essas questões. A construção de redes solidárias é um processo da contemporaneidade, e a mudança de paradigmas éticos, filosóficos, gnosiológicos e científicos também é fruto dessa ressemantização da solidariedade. A questão da paz também é tocada por ela, para além dos limites originais que a desenhavam.

Quando a tendência da solidariedade caminhou para o atual desenho, uma nova faceta perversa apareceu: pessoas e instituições passam a ser solidárias a partir da necessidade de trabalhar seus arrependimentos, ou procurando aumentar a faixa de seu mercado a partir da empatia que criam para suas atitudes e comportamentos. Assim, a filantropia, algo que cada vez mais cresce na sociedade, pode correr o risco de ser mais uma atividade de arrefecimento de consciências, de propaganda e criação de imagens públicas, ou mesmo de acobertar atos de corrupção, ou desvios financeiros e patrimoniais. A cultura adversarial, as lutas mesquinhas e as disputas de espaços políticos infiltram-se nos procedimentos solidários, procurando amesquinhá-los, ou domá-los, resgatando os valores da assimetria social e da dominação⁷.

Temos de refletir melhor sobre a solidariedade nacional neste mundo *on line*. Temos de reconhecer que as denominadas nacionalidades, em grande parte, foram construídas pelos estados, que amalgamaram etnias diferentes, línguas díspares e culturas divergentes sob seu mando. Certa artificialidade originária presidiu a constituição das nacionalidades, impondo unidade onde havia diversidade, criando tradições que, na realidade, não existiram⁸ e elaborando uma identidade que era mais uma desagregação hegemônica das diversidades culturais. A história posterior tentou replicar os caracteres construídos e costurar uma unidade que poderia suscitar a solidariedade. Mas a imposição inicial sempre aparece, originando movimentos autonomistas, separatistas ou, como vemos hoje, guerras civis e intervenções de outras nações.

⁷ Demo (2002) estuda as deformações da solidariedade motivadas por mudanças sociais, fenômenos econômicos e disputas de poderes.

⁸ Eric Hobsbawm e Terence Ranger (1984) publicaram ensaio desmistificador sobre as tradições, que, antes de serem história, de terem existido desde tempos idos, nada mais são do que invenções presentes motivadas politicamente e socialmente.

A solidariedade internacional está, ainda, presa aos mecanismos clássicos de juridicidade e das práticas hegemônicas e adversariais que presidem as relações entre estados e organismos transestatais⁹. Os estados nacionais, como são sistemas de referência construídos a partir do esvaziamento das diferenças e da imposição da unicidade do poder e de suas justificações, não conseguem ser fontes de solidariedade, salvo, em alguns casos, nos momentos de beligerância. A concretude social é feita de diversidades, sejam elas culturais, étnicas, políticas, econômicas ou regionais, sejam elas impostas por ordens políticas clivadoras da cidadania ou opressoras em relação aos que devem obedecer aos comandos dos imperativos hegemônicos internacionais. A solidariedade necessita ser exercida em relação a seres concretos e não a abstrações, ela transita do individual para o coletivo, do próximo ao distante, da maioria para a minoria, do igual para o diferente. Em suma, não serão construtos artificiais que obscurecerão a solidariedade central que se dirige para o outro e para a humanidade, construindo uma efetiva parceria e co-vivência, que rejeita qualquer tipo de disputa dissolutora dos seres envolvidos.

Podemos afirmar que a solidariedade é um valor. Um valor planetário que está se construindo em um mundo complexo, fragmentado, em que as velhas instituições já não mais respondem aos chamamentos novos, nem a ética corrente consegue tematizar, já que voltada para os átomos particulares das sociedades.

7. Paz e poder

Assim como a paz é uma relação, os poderes também o são. Poder não é uma coisa, uma faculdade, um ente que troca

⁹ Habermas (1999, p. 81-135) desenha os limites do direito clássico e aponta para novos entendimentos rumo a um direito cosmopolita em nível internacional. Em outra obra, retoma o tema sob o ponto de partida da legitimação (HABERMAS, 2001, p. 143-163).

de mãos, nem mesmo uma forma que deve ser capturada. Ele é uma relação¹⁰. As perguntas que emergem são as seguintes: é possível a paz coexistir com as práticas de poder? É possível um poder justo? A essência do poder não seria a injustiça, já que ele, necessariamente, instaura uma desigualdade nas relações?

A paz estabelecida por poderes centralizados tende a ser uma imposição paralizadora, uma ameaça onipresente, um conjunto de medidas e procedimentos dissolutores das identidades e destruidores da autonomia e da independência, o que significa um atentado às liberdades públicas e privadas. Logo, um poder centralizado, forte, ditatorial ou economicamente hegemônico não tem condições de estabelecer a paz, mas de desenhar formas passageiras de opressão e obediência.

Ela tem de ser construída na tessitura de relações entre núcleos de poder e ela prossegue historicamente se esses poderes forem progressivamente diminuindo. Logo, a paz só se realiza em ambientes que se democratizam e se constitui como um caminho para o não-poder, para a superação das assimetrias. O diálogo, um dos instrumentos da paz, não se dá numa ambiência assimétrica. Essa intuição básica já existia nos socialistas libertários e no marxismo: Estados assimétricos são aparelhos de classe, instrumentos de dominação e ineptos para a constituição de uma sociedade de paz.

O problema da paz também está ligado a uma compreensão equivocada de poder, seja pela consideração dos detentores dos poderes formais como legítimos interlocutores, seja pelo esquecimento dos poderes reais, seja pela não consideração dos micropoderes que pululam nas sociedades contemporâneas. Na paz efetiva, o que opera

é a autoridade, mesmo que desvestida de cargos, formas e instituições.

Se não encararmos os poderes como teias, como redes, como instáveis relações de comando e obediência, não poderemos pensar a paz. Certo cartesianismo preside algumas leituras de paz, que se desenvolvem em um mundo linear, causal, presidido por uma evolução inexorável, que caminha para a radicalização das desigualdades e para a sobrevivência do mais forte. Esse modelo impossibilita o estudo e a prática da paz, já que concebe as relações humanas como tão-somente conflitivas, como plenificadas pela vitória, que se traduz pela destruição do outro. Esse raciocínio não consegue dar conta dos fenômenos complexos, das sociedades complexas.

8. Paz e política

Todo processo de paz, por ser complexo, envolve a política, seja em termos de espaços públicos e privados, seja no que se refere a decisões grupais, coletivas ou em rede, seja por representar concentração ou desconcentração de poderes, assimetrias, opressões ou emancipação. A política é meio para a paz, é instrumento de diálogo, de mediações, de pacificação, podendo também ser um obstáculo à sua realização, pois é comumente encarada como expressão de um constante estado de beligerância, a continuidade do combate em tempos de relativa paz, conforme o entendimento de Clausewitz.

A dimensão simbólica da linguagem é utilizada para a composição de conflitos, para desenhar as partes em contenda e para indicar caminhos para a superação, que, em termos pacíficos, não significa vitória, entendida como a aniquilação do adversário, mas um jogo para diminuir as tensões, os preconceitos e as distâncias. Nesse processo político, assoma a retórica e a teoria dos jogos como instrumentos de paz.

Ademais, é preciso destacar que a paz é um processo da *polis*, um processo de participação dos cidadãos nas relações

¹⁰ Tanto La Boétie (1982), no século XVI, como Foucault (1977, 1986), na atualidade, trabalharam no conceito de poder como relação e não como faculdade, configurando-o, cada um de seu modo, como uma rede ou teia em constante tensão.

humanas e no usufruto dos bens de modo equânime, pelo menos enquanto objetivos, e o estabelecimento de atitudes de respeito, tolerância e hospitalidade. A paz que se inicia nos grupos humanos tende a ser posteriormente composta entre cidades, depois entre estados e nações e, hoje, é um processo que se dá mundializadamente.

Logo, as práticas antigas, fechadas e rasteiras da política não podem ser instrumentos de paz, pois estão a destempo das novas relações e opressões, que se dão *on line*.

Infelizmente instaura-se no mundo um certo culto da mediocridade, do raso e da farsa, em que a imagem tenta passar as sensações imediatas, nas quais não há mais possibilidade de percepção de fenômenos mais longos, de textos mais densos, ou de obras artísticas mais complexas. A repercussão disso na política é a instauração de um realismo político avalorativo, de uma busca de soluções provisórias que obtenham a sensação de definitivas. Assim, a paz, que é um processo permanente de intervenção coletiva em aspectos sociais relevantes, em relações nodais essenciais e em assimetrias que redundam em condutas violentas, passa a ser mero recurso retórico, mero jogo de imagens e de intenções procrastinatórias, em suma, um conjunto de políticas voltadas para os interesses separados dos sujeitos envolvidos.

Pelo que foi dito, podemos afirmar que os processos de busca de paz são processos de articulação e distribuição de poderes. Isso significa entender os poderes como relação, como redes de interação, de conjuntos de atos de comando e obediência que perpassam das microrrealidades até as macrorrealidades, estando indelevelmente marcadas na condição humana. Assim, qualquer reflexão sobre a paz é essencialmente política, mas de uma política em outro sentido, que transcende a planície das práticas violentas e mesquinhas.

Kant (2004) tem uma proposta de paz que identifica nas condutas políticas a pos-

sibilidade de sua construção. Ele trabalha com a paz e o risco da guerra, tendo como sujeitos os Estados, procurando estabelecer princípios de suas relações, como o que prescreve que um tratado, para ser válido, não pode ser feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura¹¹.

Ainda tendo o mesmo pano de fundo, enuncia nos artigos preliminares da paz perpétua que nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação. Essas práticas eram comuns na época em que escreveu seu texto e hoje, mais do que nunca, a interferência e invasão dos Estados acontece, apesar dos reclamos históricos pela autodeterminação dos povos.

Kant (2004) continua a tratar da paz apresentando uma proposta ousada que normatiza que os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer totalmente. Ele se punha contra a perpetuidade dessas organizações, já que apostava na paz.

Observando o endividamento dos Estados e as implicações na paz e na harmonia entre as nações, enuncia que não se devem emitir dívidas públicas em relação aos assuntos de política exterior.

A autonomia dos Estados é protegida pela máxima segundo a qual nenhum deles deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado. Essa é uma prescrição válida para hoje, quando assistimos diariamente à intervenção de força, quando as populações inocentes dos Estados são mortas e prejudicadas.

Mesmo considerando o estado de beligerância, Kant (2004) estabelece limites éticos para essa situação, estatuinto que nenhum Estado em guerra com outro deve permitir que tais hostilidades tornem im-

¹¹ Nos artigos preliminares para a paz perpétua entre os Estados, Kant (2004, p. 120) propõe o seguinte mandamento: "Não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura".

possível a confiança mútua na paz futura, por exemplo, com o emprego no outro Estado de assassinos (*percussores*), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação e a instigação à traição (*perduellio*), etc.

Nos artigos definitivos para a paz perpétua entre os Estados, Kant (2004) propõe inicialmente que a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana, fundada nos princípios da liberdade e na dependência de todos em relação a uma única legislação, e essa lei da igualdade está fundada num contrato originário. Logo, não podemos falar de poder militar, nem de dominação exterior, nem de dinastias absolutistas, hereditárias ou não.

Tratando do direito das gentes, acredita que ele deve se fundar numa federação de estados. De certa forma, ele antecipa as diversas uniões de estados que hoje afloram sob formas mais ou menos próximas das federações.

O terceiro artigo, ainda tratando do direito, prescreve que o *direito cosmopolita* deve limitar-se às condições da *hospitalidade* universal.

Aí Kant (2004) atinge um problema fundamental, pois até hoje o Direito Internacional não consegue ser cosmopolita, mas uma replicação das políticas internas de cada Estado, como bem demonstra Habermas, o que o torna inadequado para a contemporaneidade. A visão kantiana vai além da tolerância, que ainda é uma forma de relação que acentua as diferenças para admiti-las, mas propõe a hospitalidade que entende o estrangeiro, o outro e o diferente como portador dos mesmos direitos em solo estrangeiro, já que a superfície da terra é de todos. Essa máxima de séculos atrás ainda deve tirar o sono dos xenófobos e dos nacionalistas de direita. A reflexão contemporânea sobre a hospitalidade é retomada por Derrida.

A paz perpétua para Kant (2004) é garantida pela grande artista, a *Natureza* (*natura daedala rerum*), que, por seu curso mecânico, evidencia uma finalidade de, por

via da discórdia dos homens, fazer surgir a harmonia, mesmo contra a sua vontade. Por isso, também pode ser chamada de destino ou de providência. Embora Kant viva em um mundo que organiza o pensamento separando o homem da natureza e considerando que sua visão dela é mecânica, apesar disso, ele antecipa a necessidade de nos aprofundarmos nas relações do homem com a natureza e a faceta natural do gênero humano.

As máximas políticas do *fac et excusa*, traduzida por *faça e se desculpe*, *si fecisti nega*, o que significa se fizeste algo, nega, e *divide et imperat*, divide e impera, são a negação das possibilidades de paz, impondo uma política realista e pragmática que levará ao conflito e não estabelecerá um processo de paz, por estimular a conquista de hegemonias.

Pelo que vimos, no universo kantiano, a paz é fruto da harmonia política com a moral segundo o conceito transcendental no direito público. A fórmula transcendental do direito público é traduzida pela proposição: são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade. Assim, esse direito político soluciona a questão do direito interno quando prescreve que é a revolta o meio legítimo para que um povo rejeite o poder opressivo do chamado tirano e, no que tange aos direitos das gentes, ele operará se for fruto de contrato de uma associação constantemente livre.

É interessante como o pensamento kantiano foi retraduzido, constituindo-se uma separação radical entre valores e direito, instilando-se uma neutralidade que não estava nas idéias originárias desse filósofo seminal.

É preciso ressaltar que a visão kantiana trabalhava com seres humanos individuais e autônomos, portadores de uma racionalidade que os fazia criar direitos em harmonia ou desarmonia com os outros e com a Natureza e que se organizavam

em Estados por via de direitos internos e direitos das gentes. A atualidade nos traz outros problemas, que necessitam ser vistos por quem se preocupa com a paz.

O problema da paz e da guerra se desdobrou no aprofundamento do pensamento estratégico e tático, e no da arte da guerra, que já vinha sendo desenvolvida desde a Antiguidade, mas é interessante notar que os problemas da paz são tratados com instrumentos da guerra, enquanto a justificativa das guerras é a do estabelecimento da paz¹². Esse círculo perverso faz com que tenhamos dificuldade de pensar em vitórias que não aniquilem o inimigo, em jogos em que não haja ganhadores, em solidariedades que não sejam defensivas ou ofensivas, em relações que não sejam assimétricas, em discursos que sejam dúbios e carregados de duplo sentido, ou em entendimentos que ensinam que a realização e o sucesso se dão pelos pequenos assassinatos cotidianos.

9. Paz e tecnologia

Os conceitos clássicos de paz sofrem os desafios emergentes da revolução científica e da desenfreada e veloz transformação da tecnologia. Não há lugar para a lentidão que marcava épocas anteriores, em que os relacionamentos pessoais, sociais e políticos desenrolavam-se segundo ritmos mais lentos, mais cadenciados, que propiciavam um usufruir mais intenso e subjetivado¹³. Os tempos atuais, marcados pela velocidade, superficializam as relações pessoais e transformam as sociedades em mundos

¹² O fecho da tradução de Clavell da obra de Sun Tzu evidencia esse entendimento: "Na paz, preparar-se para a guerra; na guerra, preparar-se para a paz. A arte da guerra é de importância vital para o Estado. É uma questão de vida ou morte, um caminho tanto para a segurança como para a ruína. Assim, em nenhuma circunstância deve ser descuidada... (TZU, 1983, p. 115).

¹³ Esses aspectos são apresentados no romance "A lentidão", de Milan Kundera (1995), que desvenda uma compreensão de uma temporalidade diferente da atual, em que a velocidade e a instantaneidade são as marcas.

dos espetáculos e da fruição momentânea. A imagem tende a substituir a palavra. As sensações aos conceitos. A fruição rasa às sensações estéticas mais profundas. Dizem alguns que isso é o renascimento do ritual, mas acredito que é a perda das identidades pelas participações estridentes e sem maior significado.

Embora a tecnologia permita avanços, abra portas e contribua para o bem-estar dos cidadãos incluídos, a razão instrumental que preside suas transformações condiciona os que absorvem seus benefícios e os encaminham para a apatia, para a virtualização pura e simples das relações e para a vivência da velocidade nas pequenas guerras travadas na cotidianidade. As tecnologias militarizam o social, como afirma Virilio¹⁴.

Isso atinge as possibilidades de paz, já que a apatia introjeta um sentimento de indiferença e desinteresse, que despreza o outro, ou o considera incompativelmente diferente, infenso ao diálogo e perigoso, ameaçando, de modo vago e permanente, o viver das comunidades. A velocidade exige reações rápidas, mediações imediatas, descortino audaz, mas isso não é o forte do Estado, preso à verticalidade estrutural e a uma hierarquia pessoal, institucional e procedimental que torna lentas as respostas e sua efetividade no sentido da busca da paz.

O mundo virtual possibilita mudanças radicais nas relações humanas, propiciando mobilizações antes inimagináveis, espalhando notícias, idéias e utopias entre pessoas que nunca se encontraram ou se encontrarão, mas ela também levou à constituição de imaginários visuais, que diminuem o universo vocabular, ao mesmo tempo em que possibilitou a substituição dos seres humanos concretos com figuras ora abstratas, ora míticas, que separam os internautas do mundo e imobilizam sua ação no mundo do dado.

¹⁴ Virilio (1984, 1996) desenvolveu pesquisas sobre a correlação entre a velocidade, a guerra e a militarização do cotidiano.

Cabe ainda tratar da posse do *know-how* tecnológico e das assimetrias daí decorrentes. A paz é dificultada pela não disseminação das conquistas tecnológicas, ao mesmo tempo em que ela propicia elementos para a dominação mais eficiente nas guerras. A tecnologia, cada vez mais, oferece conforto e fruição para os seres humanos, mas, pela sua heteronomia, os torna dependentes e inseridos na dimensão adversarial de nossa cultura bélica e de militarização do cotidiano. As tecnologias estão ainda a serviço da disputa e da guerra (pequenas e grandes, macroscópicas ou microscópicas). Há necessidade de aprofundarmos a análise das tecnologias para a paz, ou do uso das atuais tecnologias para a paz.

10. Paz e sujeito

Quem são os sujeitos da paz? Eles são polimorfos, diferentes e imprevisíveis. Guardam entre si uma semelhança fundamental: são humanos. Ser humano não significa um diferenciamento radical e isolante dessa espécie do restante do mundo. É um ser que se considera pertencente a um mundo artificial, um mundo cultural, que se destaca da natureza pela ilusão de dominá-la, que acredita ser constituído de elementos que superam sua natureza mineral, vegetal e animal. O espírito humano existe, é complexo, arguto e criador, mas não pode abdicar de sua pertinência a Gaia e ao Cosmos, daí sua grandeza e pequenez, seu brilho, mas também sua arrogância. A paz é necessária para permitir a sobrevivência desses seres que são o universo que fala e se inflete, que dá nome ao cosmos, pelo menos no estágio atual do conhecimento. A perda dessa espécie demanda outras estratégias evolutivas até se chegar a um ser análogo. Mas a paz entre esses seres é interimplicada com outras relações essenciais para sua condição. É necessária a paz interior, a paz com as instituições de mediação, a paz com as dimensões animais, vegetais e minerais da natureza e a paz entre os nodos das re-

des que se vão constituindo. A política se afirma como o ofício do tecelão. O sujeito da paz se abre em miríades de criações, de papéis, de culturas e até mesmo de anatomia e fisiologia, quando a engenharia genética invade o universo humano, podendo trazer enormes contribuições positivas, mas a possibilidade de uma nova clivagem de exclusão: desta vez, entre seres humanos e coisas humanas.

11. Paz, tolerância e hospitalidade

A compreensão da paz exige o enfrentamento da polêmica antiga entre tolerância e hospitalidade, hoje representada pelos pensamentos de Habermas e Derrida. Aceitar o diferente significa tolerá-lo ou recebê-lo?

O verbo tolerar tem um sentido de aceitação, mas não uma simples aceitação, e sim aquela que vem de um pólo superior, que justifica essa atitude pela assimetria ética, pela aceitação dos que são diferentes, desde que esses não quebrem as normas que regem a vida social dos tolerantes. Assim, os tolerados não podem participar da cotidianidade dos tolerantes.

A tolerância abre espaço para os tolerados, mas sempre eles estão em território alheio, seja a territorialidade entendida como espaço físico ou como espaço cultural, ou relacionamento íntimo. Podemos dizer que tolerar é mais uma abertura da assimetria, sem perder sua condição de desigualdade e distância. Por detrás, percebe-se uma aceitação relativa da diferença, que pode ser exercida, desde que não mude os fundamentos das relações dos tolerantes e não invada suas peculiaridades.

A hospitalidade, por sua vez, apresenta uma abertura radical. Receber o hóspede significa permitir que ele participe da integralidade da vida dos hospedeiros, como se fosse um deles, como se suas casas fossem a casa daquele que é recebido. É a aceitação sem distância, é a superfície da terra como considerada patrimônio de toda a humanidade.

Pelas observações acima, podemos afirmar que a tolerância, embora possa significar avanço, tem menos condições para ser pano de fundo para a paz que a hospitalidade.

Isso ainda é ratificado pelas práticas das redes, que inauguram novas formas de cosmopolitismo e de territórios, novas formas de relações intensas e de organização transcultural das sociedades, novos movimentos de replicação em torno de idéias, posições e pressões sociais. Para morar na casa do outro, eu não mais preciso estar em sua casa física, mas habitar seu coração e sua mente.

12. Paz e homens de palha

Jean-François Mattéi cita em obra sua o poema *The Hollow Men*, de T.S. Elliot (2002a, p. 164-165)¹⁵:

*"We are the hollow men
We are the stuffed men
Leaning together
Headpiece filled with straw
Alas!*

...
*Shape without form, shade
Without colour,
Paralyzed force, gesture
without motion*

...
*This is the dead land
This is the cactus land
This is the way the world
Ends
Not with a bang but a
whimper."*

Tradução de Isabel Maria Loureiro, na mesma obra: "Nós somos os homens vazios,/ Os homens empalhados/ Buscando apoio juntos,/ A cachola cheia de palha/ Infelizmente!/ Silhueta sem forma, sombra

¹⁵ T.S. Elliot (2002a) denuncia o vazio das subjetividades humanas, a falta de significação das existências sem horizontes, o que paralisa as pessoas para qualquer projeto mais generoso, como é o caso da paz.

sem cor,/ Força paralisada, gesto sem movimento, Esta é a terra morta/ Uma terra de cactos/ É assim que o mundo acaba/ Sem grande estrondo mas num gemido".

Tomando outra faceta do tema, T. S. Elliot, em seu trabalho "Choruses from 'The Rock' I", citado na mesma obra de Mattéi, (2002^a, p. 164)¹⁶ diz:

*"The desert is not remote in southern
tropics,
The desert is not only round the corner,
The desert is squeezed in the tube-train
next to you,
The desert is in the heart of your brother."*

Tradução de Maria Isabel Loureiro: "O deserto não está longe nos trópicos do sul,/ O deserto não está apenas na esquina,/ O deserto está apertado no metrô a seu lado,/ O deserto está no coração de seu irmão".

Perante esse retrato de pessoas destruídas intimamente, de seres apáticos, faltos de conteúdo e insensíveis com relação ao mundo circundante e às suas próprias interioridades, pergunta-se sobre a possibilidade de construção da paz, já que nada os toca, por não terem forma nem cor, por não serem férteis e por caminharem para um anticlímax traduzido por um gemido sem conteúdo.

Como caminharmos para a paz num deserto humano que, embora povoado por seres, torna-se soma de individualidades auto-referentes e sem substância e identidades?

A poesia diz com concisão e estranhamento da profundidade dos fenômenos e nos alerta que o caminho para paz transita pela ética e pela reconstrução das subjetividades perdidas e das coletividades ignoradas, pela reposição dos pés na terra, pela aceitação do outro que nos precede e pelo mergulho em nosso interior toldado pela massa de palha que o entulha.

¹⁶ Um mundo sem alteridade, um olhar dissolutor, a desertificação que mora no interior das pessoas são temas da poética de Elliot e que espicaçam todos aqueles que refletem e agem no âmbito da pacificação.

Em outro trabalho, *Mattei* (2002b, p. 11-23)¹⁷ continua sua reflexão, agora voltada para o problema do terror:

“Ao terror dos criminosos responde a barbárie dos intelectuais quando eles escolhem abolir, com sua inteligência crítica, toda relação com a realidade e todo recurso à ética”.

Mattei (2002b) procura fugir do entendimento do terrorismo como espetáculo e da violência como ficção ou como simbólica, que põe de lado a dimensão ética, retirando qualquer limite para a “globalização policial” ou “terror securitário”. À catástrofe ética ele opõe a epístrofe ética, isto é, o retorno do espírito para a boa direção, subindo para a altura do bem, *épi*, em que a inteligência descobre sua morada hospitaleira. (MATTÉI, 2002b, p. 22)

Os seres humanos sem interioridade, massificados, que, mesmo quando pretendem criticar, explicar ou compreender, alijam a dimensão ética de seus discursos, não conseguem viver, entender e projetar condutas pacíficas e são sérios obstáculos para uma ação transformadora que as atitudes de paz projetam.

13. Paz e violência

A paz efetiva nunca será construída por medida de força, até porque não existe a hipótese de imposição, que é negação de sua natureza. A aparência de paz é resultado de exaurimento de forças, de aniquilação das vidas e identidades. A violência, como seu próprio nome indica, é uma violação, uma invasão dilaceradora, o exemplo do paroxismo da disputa e da necessária destruição do outro para que cessem as diferenças.

De certo modo, podemos dizer que a violência é o instrumento do um em contraposição à pluralidade, da identidade hegemônica em contraposição à diferença,

da morte dos corpos e espíritos e da dissolução dos laços que uniam os vencidos. A paz não pode ser resultado da vitória, mas emergente de diálogos, mediações e jogos em que não existem vencedores e vencidos necessários.

A violência procura aniquilar a possibilidade de reação e pode suscitar enfrentamento com as mesmas armas dos dominadores, o que só pode perpetuar ondas de vingança e acirramento da própria violência. Assim, por exemplo, um Estado dominador e violento nunca poderá ser um vetor da paz em virtude de replicar pelo mundo condutas invasivas e ensejadoras de reações também violentas, mas num crescente incontrolável, em que a procura de eficácia é tão grande que gera a destruição das pessoas para dilacerar outras, da construção de ideários alucinógenos que justificam toda sorte de crueldades, consideradas como reações normais, até porque no paroxismo das dominações e violências não existem mais considerações éticas, nem princípios que guardem um mínimo de solidariedade.

O direcionamento do saber nas sociedades violentas leva a alta produção e criatividade tecnológica, desde que esses inventos sirvam como artefatos bélicos, ao mesmo tempo em que atrela a produção artística, literária e científica às exigências deformadas das elites violentas, mediocrizando a própria consciência que o ser humano pode ter de si, replicando ideologias que bitolam as visões de mundo e fundamentam o calcinamento de gerações presentes em prol de uma liberdade que virá, ou torna famélicas as populações atuais, em nome de uma geração futura bem alimentada. É a ideologia em seu sentido mais bruto, isto é, o da inversão do real.

A violência radicaliza as visões de produção burguesa, isto é, a cada momento, o sujeito se torna mais abstrato, descorporificado e objeto de uma visão apática e banal, o que enseja nos cidadãos a indiferença ante os sofrimentos dos outros e das

¹⁷ *Mattei* (2002b) denuncia o distanciamento ético dos intelectuais que, em busca de uma objetividade, abrem mão dos valores e perdem sua dimensão transformadora e seu papel de mobilizadores do conhecimento e da ação das sociedades.

próprias dores, que se tornam naturais e pertencentes a uma falsa natureza humana, entendida como uma fera portadora de um verniz superficial de civilização. Isso é considerado mau, mas também é fundamento para o cometimento das mais desvairadas condutas.

Não se constitui a paz com covardia e violência, pois sua ameaçadora presença constante inibe as pessoas, diminui seus espíritos e as aterroriza e paralisa. Sua saída é assumir os mesmos instrumentos destruidores dos que as dominam, isto é, a perpetuação da violência pelos mesmos ou outros meios, pela força bruta ou pela dominação dos corações e mentes. Esse círculo tantálico só será quebrado pela alteração subversiva das condutas, pela formação de um outro nível de relacionamento a partir de novos padrões éticos coletivamente avençados.

14. Paz e justiça

Intuitivamente, podemos afirmar que a paz caminha junto com a justiça e esta se liga à não-coerção, ao reconhecimento e ao respeito dos diferentes. O problema é que o conceito de justiça se louvou de afirmações polissêmicas que davam a impressão de dizer alguma coisa, sem nada dizer. Como vamos dar a cada um o que é seu quando não sabemos *in concreto* qual é o seu de cada um? Como vamos viver honestamente se não sabemos segundo quais valores vamos nos conduzir? Como não lesaremos o outro, quando tudo é feito para obliterá-lo, transformando-o em algo informe que pode ser ferido e lesado sem que haja crises de honestidade ou princípios.

Assim, é impossível partirmos de princípios metafísicos para estabelecer a justiça, mas temos de imergir no mundo do dado para compreendê-lo, construindo uma ética baseada nos modos mais conseqüentes para a convivência, que se inicia pelo reconhecimento, se desenvolve pela cooperação, instrumentaliza-se pelo respeito e pela liberdade. Isso significa a construção per-

manente da justiça que também indica os caminhos da paz, rotas dinâmicas, plenas de fractais e bifurcações, recuos, tenteios e avanços. Mas é uma das razões mais fortes para dar sentido às vidas da humanidade.

Paz e justiça não devem ser vistas no interior de um mundo determinista enlaçado por causas e efeitos necessários. O conhecimento contemporâneo aponta para um cenário de probabilidades, sem a inexorabilidade necessária. Ora, no âmbito da paz e da justiça não há constância ou permanência, havendo sempre o risco do recuo, da dissolução de avanços, já que podemos dizer que ela, assim como a justiça, está situada num universo dialético não linear ambíguo e ambivalente. A dimensão sombria sempre pode ressurgir. Pois ela é constituinte do sujeito humano¹⁸.

Não se pode conquistar a paz estática e permanente, mas ampliá-la e mantê-la à custa da atenção permanente e da compreensão crescente da complexidade do mundo. Ela não é uma coisa, nem um estado de repouso. Ela é tecido tenso e tênue que pode historicamente se romper. A paz nunca é repouso: é vigília.

Ela não pode se realizar por via de uma retórica de intenções que em nome do auxílio cria novas formas de dominação, que engendra modos assimétricos de colaborar com os marginalizados na sobrevivência e na superação da violência, como uma forma de mitigar a consciência dos dominadores ou mercantilizar as ações ditas humanitárias. (DEMO, 2002, p. 148- 150)

A Paz, antes de tudo, é liberdade e emancipação. Ela é abertura para o outro, reconhecimento da alteridade e se constitui pela publicidade, cidadania e respeito (DEMO, 2002, p. 151).

¹⁸ Pedro Demo (2002, p. 15-16) assim preleciona em uma de suas obras: "entendo a realidade sob a ótica da *dialética histórico-estrutural*, tipicamente dinâmica, não-linear, ambígua e ambivalente. Suponho que toda dinâmica - para ser de direito e de fato dinâmica - precisa apresentar-se de modo não-linear, ou seja, perfazer a complexidade não só múltipla, mas sobretudo ambígua e ambivalente".

15. Considerações finais

Este pequeno trabalho tentou mapear alguns aspectos que devem ser aprofundados no tratamento da paz. Ele pretende ser um documento a partir do qual os leitores possam, por aceitação ou rejeição, ou a partir de entendimentos mais amplos, aumentar o leque de abrangência do tema. Em verdade, o problema da paz, embora tratado no cotidiano, não o é com profundidade, salvo em círculos restritos, em que, muitas vezes, sofre as deformações de um unidimensionalismo oriundo das opções cognitivas dos estudiosos.

Podemos afirmar que é impossível a realização da paz sem a consideração da radicalidade do outro, nem podemos tratá-la sem o pressuposto da permanente construção democrática. A Paz caminha para a procura de um reconhecimento crescente da igualdade de direitos dos diferentes, para além de fronteiras e nacionalismos restritivos. A paz transita no interior de um tecido feito de contrários (DEMO, 2002, p. 32), isto é, ela sempre está em um universo tenso e complexo, uma rede com várias meadas.

Não é possível tratarmos de paz sem destacar sua dimensão política das estratégias de dominação ou emancipação; dos poderes que procuram representar as comunidades e daqueles que, em nome delas, ratificam as práticas de dominação.

Para refletirmos sobre a paz, devemos recolocar o ser humano no interior da natureza, pois a prática histórica foi a de constituir um sujeito absolutamente separado dela. Assim, como quer Michel Serres (1990), há necessidade de se celebrar um contrato natural, a fim de que a própria espécie humana não seja erradicada do mundo e o sujeito possa considerar sua interioridade com raízes na naturalidade. A construção da paz com o ambiente e a natureza são condições de um processo emancipatório da humanidade¹⁹.

¹⁹ Não é possível trabalharmos com sujeitos abstratos quando tratamos de paz. Ele é um ser concreto,

Referências

- ARON, Raymond. *Pensar a guerra, Clausewitz*. Brasília: EDUMB, [19--?]. 71-72 v.
- BOËTIE, Etienne de la. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- _____. *Sur Clausewitz*. Bruxelles: Complexe, 2005.
- CARDOSO, Alberto Mendes. *Os treze momentos: análise da obra de Sun Tsu*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1987.
- CASTELS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CLAUSEWITZ, Carl von. *On war*. Middlesex: Penguin Books, 1978.
- _____. *Da guerra*. São Paulo: M. Fontes, 1979.
- DAPIEVE, Arthur. *Por que nós, brasileiros, dizemos não à guerra*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002.
- DESCAMPS, C. *As idéias filosóficas contemporâneas na França*. São Paulo: J. Zahar, 1991.
- DUVIGNAUD, Jean. *A solidariedade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- FERNANDES, Florestan. *A função social da guerra na sociedade tupinambá*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del outro*. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. *Constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC do Rio, 2006.
- KANT, Immanuel. *Textos selecionados*. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Coleção Os pensadores).
- _____.
intrinsecamente social e natural. Por isso, admitimos muitas das teses de Michel Serres (1990), que procura conceituar o contrato natural como procedimento de reinserção do ser humano na natureza e em sua própria natureza.

- _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KUNDERA, Milan. *A lentidão*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.
- LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- KÜNG, Hans. *Projeto de ética mundial*. São Paulo: Paulinas, 1993.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*: comentado por Napoleão Bonaparte e extratos dos discursos de Maquiavel acerca das décadas de Tito Lívio. São Paulo: Hemus, 1977.
- _____. *O príncipe*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.
- _____. *A arte da guerra*: a vida de Castruccio Castracani; Belfagor, o arquidiabo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*: ensaio sobre o i-mundo moderno. São Paulo: UNESP, 2002.
- _____. *A barbárie da inteligência, ou o ground zero do pensamento*. *Filosofia Política*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, 2002.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. Campinas: PSY, 1995.
- _____. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.
- _____. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- _____. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- _____. *As leis do caos*. São Paulo: UNESP, 2002.
- _____. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.
- SERRES, Michel. *Le contrat naturel*. Paris: François Bourin, 1990.
- TZU, Sun. *A arte da guerra*. Rio de Janeiro: Record, 1983.
- VIRILIO, Paul; LOTRINGER Sylvère. *Guerra pura: a militarização do cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- _____. *Velocidade e política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Escala, [19--?]. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, 24).
- WRIGHT, Robert. *Non zero: the logic of human destiny*. New York: Pantheon Books, 2000.

Proteção internacional dos direitos humanos

Comissões e cortes interamericanas e européias de direitos humanos e questões afins

Ulisses da Silveira Job

Sumário

1. Escorço histórico e apresto sistêmico. 2. Comissões e cortes interamericanas e européias de direitos humanos. 3. Intervenção direta das vítimas em juízo. 4. Conciliação entre as jurisdições nacional e internacional. 5. Efetividade das disposições das cortes de direitos humanos.

1. Escorço histórico e apresto sistêmico

O clima final da Segunda Guerra Mundial incorporou um sentimento que, com o suceder dos anos, só se fez aguçar. Concebeu-se que os danos causados à pessoa humana, sobremaneira pelas duas grandes guerras do século XX, não poderiam reincidir. A proteção dos direitos essenciais aos homens foi exaltada e efetivamente encampada com o estabelecimento de normas e de instrumentos para sua aplicação.

O substrato de várias convenções denotou que o direito internacional público alargou seu leque temático, tradicionalmente refletor das idiossincráticas pretensões estatais e das organizações internacionais, para absorver as idéias que se vinculavam aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em ato concomitante e correlato à incorporação dos direitos humanos na normatividade jurídica internacional, ganhou corpo a necessidade de mecanismos orientados para prestar efetividade aos direitos que se iam sedimentando. A saldar esse carecimento, foram criados, inicialmente,

Ulisses da Silveira Job é advogado, mestre e especialista em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

instrumentos mundiais e, posteriormente, mecanismos regionais, sendo alguns desses objeto do labor presente:

Foi [...] no nível da regulamentação regional da proteção dos direitos humanos que a evolução das normas internacionais atingiu seu maior refinamento, no que respeita à declaração dos direitos dos indivíduos e deveres dos Estados e, sobretudo, no aperfeiçoamento das técnicas de verificação de sua adimplência pelos Estados. (SOARES, 2002, p. 358).

Influenciada pela adoção da Carta da ONU, em 1945, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em maio de 1948, antecipando-se mesmo, pelo que se vê, à criação da Declaração Universal de Direitos Humanos pelas Nações Unidas, ocorrida em dezembro de 1948.

Em novembro de 1950, na cidade de Roma, os países europeus constituintes do organismo intergovernamental chamado Conselho da Europa instituíram a Convenção Européia de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (um conjunto de normas substantivas e adjetivas) e um corpo orgânico configurado pela Comissão e Corte Européia de Direitos Humanos – Estrasburgo (ao qual se atrelou o Comitê de Ministros do Conselho da Europa), todos destinados a atender o apelo que se disseminava e fortalecia, a salvaguarda de direitos humanos.

Sensível destaque da Convenção repousou na viabilização do acesso da pessoa humana à jurisdição internacional, seja por meio da Comissão ou da Corte Européia. À Comissão podia recorrer qualquer país membro, denunciando crimes efetivados por outro associado, bem como pessoa ou grupo de pessoas e organizações não-governamentais, representando por violações à Convenção que lhes atingisse, desde que, nessa hipótese, o Estado acusado reconhecesse a competência da Comissão para receber recursos não-estatais.

Em novembro de 1969, em São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, vigorante desde 1978, ratificada com reservas por muitos países, aberta para adesão de todos os membros compositores da OEA, dispôs sobre temas de natureza civil, política, econômica, social e cultural, consistindo em um reforço ao sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Proposta pela delegação brasileira na IX Conferência Interamericana de 1948, em Bogotá, apenas em 1959 a Convenção foi mais firmemente buscada, elaborando-se no Chile seu projeto. Muito embora tomando como exemplo o parâmetro europeu, produziu-se um diploma jurídico lastreado nas individualidades americanas.

Intentando assegurar efetividade às normas do Pacto de São José da Costa Rica (como também conhecida a Convenção sobre Direitos Humanos de 1969), concebeu-se no continente americano, à feição do patrocinado na Europa com a Corte Européia dos Direitos do Homem, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na capital costa-riquense. Engendrada pela Convenção Americana, a Corte assumiu o encargo de intervir sempre que provocada para tutelar direitos humanos violados.

Atuando em sintonia com a Corte, por disposição da Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já existente no bojo da OEA, seria mais um instrumento envolvido na implementação do direito codificado. Nascida com restrições de competência para proteger e promover os direitos humanos, da forma dita por Alonso Gómez-Robledo Verduzco (2000, p. 2), fez-se, com o passar dos anos, mais forte e influente.

2. Comissões e cortes interamericanas e européias de direitos humanos

Constituída por sete membros, eleitos pela Assembléia Geral da OEA para mandatos de quatro anos, reconduzíveis uma única

vez, exercentes da atividade a título pessoal, a Comissão Interamericana, visando a observância e proteção dos direitos humanos, assume o papel de emitir recomendações aos governos, de desenvolver e publicar estudos, solicitar informações sobre a efetiva aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e submeter relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, além de examinar denúncias de violação à Convenção.

No tocante à liturgia interveniente da Comissão, reserva-se a competência para denunciar Estado que presumidamente haja violado direito previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao indivíduo, a um grupo de pessoas ou a entidade não governamental reconhecida por um ou mais Estados membros da Organização, atuantes em nome próprio ou no de terceiros. Aos Estados também é permitido requerer análise de práticas de congêneres, desde que estes tenham outorgado competência à Comissão para tal. Resta mencionar impenhorar à própria Comissão o dever do impulso processual nas situações de conhecimento de ação delituosa.

Como pressupostos de admissibilidade de comunicações ou petições ofertadas à Comissão são indicados o esgotamento dos recursos de jurisdição interna pertinentes, a interposição nos seis meses seguintes à notificação do pretense ofendido da decisão definitiva interna, a não pendência de similar procedimento na ordem jurídica internacional e a descrição qualificativa dos demandantes. Contudo, os dois primeiros requisitos não se farão exigíveis quando não existir garantia interna do *devido processo legal* quanto ao direito suscitado, nos casos de negação aos pretensos lesionados de acesso aos recursos da jurisdição interna e desmesurado retardo na apuração do requerido.

Atendidos os requisitos precedentes, a Comissão pede informações ao Governo

denunciado. Recebidas ou não as informações, a Comissão verifica a sustentabilidade da petição. Padecendo de substância, será arquivada. Não havendo motivo para arquivamento, a Comissão fará minucioso estudo da questão. Realizado o exame, buscar-se-á uma solução amistosa entre as partes que, alcançada, dará vazão à feitura de um informe, com relato dos fatos e do acordo obtido, a ser distribuído ao peticionário e às partes da Convenção, bem como levado ao conhecimento público.

Não sobrevivendo solução amistosa, a Comissão apresenta reservadamente ao demandado um informe com proposições e recomendações que, não seguidas e não submetido o assunto à Corte Interamericana, autoriza a Comissão a emitir sua própria conclusão, fixando um prazo para a remediação do problema. Transcorrido esse prazo, avalia-se a situação e a pertinência de publicar o informe no seu relatório anual de atividade.

Por fim, considerando que determinado Estado não cumpriu as orientações do informe adotado, a Comissão deve submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo decisão fundada contrária da maioria absoluta dos seus membros ou não aceitação da jurisdição da Corte pelo respectivo governo questionado.

Ao lado da Comissão, superadas as etapas próprias de análise de questão no seu âmbito, podem os Estados pactuantes, excluídas as pessoas e instituições privadas, levar à apreciação da Corte fato que incrimine outro Estado, reconhecendo este tal competência ao ente judiciário.

Órgão jurisdicional do sistema regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes (atuantes a título pessoal), eleitos entre os nacionais dos Estados membros da OEA, pela maioria absoluta dos votos dos Estados-partes na Convenção, para mandatos de seis anos, e delibera, em sessões privativas (as audiências são públicas), com *quorum* mínimo de cinco dos seus magistrados.

No tocante às competências da Corte, são a consultiva, exercida mediante a solicitação de parecer de qualquer membro da OEA quanto à interpretação da Convenção ou de outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, e a jurisdicional, atinente às controvérsias sobre interpretação ou aplicação da Convenção e limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a jurisdição da Corte.

As decisões da Corte são vinculantes, configurando-se em verdadeiros títulos executivos a serem cumpridos na conformidade das legislações nacionais respeitantes.

As etapas processuais no âmbito da Corte, afora a eventual apresentação de exceções preliminares, têm início com a impetração da denúncia. Presentes os fatores de admissibilidade, o Presidente da Corte notifica o Estado reclamado para que exponha suas alegações dentro de quatro meses. Em regra, esgotado o prazo mencionado, faculta-se às partes a oportunidade para contraditar os argumentos expostos. Em seguida, dão-se as audiências indispensáveis, colhem-se os depoimentos testemunhais, elaboram-se os laudos periciais e ofertam-se as alegações finais. Em conclusão, a Corte profere sua sentença, reservando-se o direito de supervisionar o seu cumprimento.

Há, ainda, a possibilidade da utilização de medidas preventivas, tendentes a satisfazer necessidades urgentes de proteção de direitos humanos. Sem a exigência de aprofundada investigação, à evidência de circunstância de extrema gravidade, autoriza-se a concessão de medida provisional.

Quanto ao cenário europeu, apesar de o Protocolo n. 11, vigente desde 1998, ter findado com a Comissão e a Corte instituídas em 1950, estatuiu uma nova corte como única sucedânea orgânica do sistema protetivo dos direitos humanos, releva persistir no exame da Comissão, mormente com o fito de mantê-la como

parâmetro para a correspondente estrutura americana.

Isso posto, tem-se que, encaminhada petição, à Comissão Européia, composta por membros em igual número ao das partes presentes à Convenção, cabia a recepção e, em ato contínuo, o exame de sua admissibilidade, bem como a fixação do conteúdo nuclear das controvérsias e a oblação de seus préstimos em proveito de uma solução amistosa para o caso.

A Comissão devia rechaçar demanda encaminhada anonimamente, que já tivesse sido objeto pretérito de exame, proposta em outra instância internacional, fosse manifestamente infundada, interposta com abuso do direito de petição, não houvesse esgotado previamente os recursos internos ou sido extemporaneamente suscitada (após seis meses da decisão definitiva do recurso interno).

Admitida a petição, não obtida conciliação entre os querelantes, a Comissão redigia um informe no qual constava um relato do até então sucedido e um parecer sobre se existiu violação à Convenção por parte do denunciado. Dirigido o informe ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, a Comissão ou qualquer Estado pactuante envolvido, nos três meses seguintes, poderia submeter a causa à consideração da Corte, aceita a jurisdição obrigatória desta pelo Estado requerido. Não acionada a Corte pela Comissão ou rejeitada a denúncia formulada pela vítima, incumbia ao Comitê de Ministros averiguar se ocorrera violação à Convenção e, tendo ocorrido, determinar a reparação da vítima que, não efetuada, implicaria a reavaliação da questão e a imputação de novas obrigações aos inadimplentes, chegando essas, no extremo, à suspensão ou até expulsão do Estado infrator do Conselho da Europa.

Só na continuidade, portanto, de submetida demanda à Comissão pelos Estados ou particulares poderia a Comissão ou Estado requerer pronunciamento da Corte Européia.

Com o novo sistema traçado pelo Protocolo n. 11, proscritos os instrumentos e procedimentos passados em revista, remete-se toda a atenção para a Corte, tendo nessa origem e desfecho as discussões pertinentes aos direitos feitos tutelados pelo Conselho da Europa.

A jovem Corte, agora órgão permanente e de seguimento obrigatório, é exemplo representativo da ocorrência de um adensamento de juridicidade do sistema. Composta por tantos juízes quantos forem os Estados-partes no Convênio, eleitos pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, entre três nomes ofertados em uma lista por cada Estado, no gozo de consideração moral e reconhecida autoridade judicial, para mandatos de seis anos, autorizada a recondução, exercentes do ofício a título pessoal e não representativo de Estados, a Corte assume a tarefa decisória sobre admissibilidade e mérito das denúncias.

Quanto à legitimação para postular junto à Corte, é conferida a qualquer Estado-parte que entenda esteja verificando-se desrespeito ao Convênio e/ou a seus Protocolos por outro Estado membro ou a indivíduo que se julgue vítima pela violação praticada contra o Convênio por Estado-parte.

Formulada por particular, a demanda deve emergir nos seis meses seguintes à decisão pertinente tomada interna e definitivamente no país demandado, além de dever constituir discussão inusitada, estar amparada nos diplomas legais afetos e guardar um mínimo aparente de substância e seriedade.

Averiguada admissível, avalia-se o mérito da questão, observado o princípio do contraditório e a possibilidade de acordo amistoso. A sentença proferida pela Corte deve estar fundamentada, viabilizada a apresentação em anexo de entendimentos não agasalhados pela deliberação adotada.

Impossibilitada reparação total ou parcial da violação, a Corte estabelecerá a indenização correspondente. As sentenças da Corte são definitivas e obrigam os Esta-

dos-partes, sendo implementadas, todavia, da forma vaticinada pelo ordenamento jurídico interno, vez que o Convênio não prevê mecanismo para execução de sentenças. Ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa cabe a vigilância do cumprimento das decisões.

3. Intervenção direta das vítimas em juízo

A idéia do homem como sujeito de direito internacional é natural conseqüência da visualização dos concebedores, realizadores e destinatários do sistema jurídico internacional. Não pairam dúvidas que as leis existem para atender clamores humanos e que unicamente pela ação desses são criadas. A clássica e majoritária intervenção estatal no cenário global se dá formalmente por conveniência dos indivíduos, únicos detentores de vontade e operosidade.

O fato de os Estados intermediarem inúmeras vezes os interesses individuais não importa em alienação dos direitos e poderes desses de diretamente vindicá-los. O Estado está a serviço dos homens e como serviçal deve ser tomado. Tantas vezes quantas forem possíveis a imediata participação da pessoa humana nas tratativas globais, a ela, soberana titular do direito, deve-se assegurar o seu pleno exercício.

A doutrina clássica do direito internacional, por influência do direito natural, sempre reconheceu a personalidade internacional do homem. Foi a partir do século XIX que se conferiu ao Estado o monopólio das relações jurídicas internacionais, sendo só mais proximamente, no século XX, combatido, sob os auspícios da democracia, aqui tomada na literalidade dos termos de Abraham Lincoln, quais sejam, governo do povo, pelo povo e para o povo. Cançado Trindade (2006, p. 18) vale-se dessa visão histórica para defender o caráter de sujeito internacional do ser humano:

“Os chamados ‘fundadores’ do direito internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra

grociana) concebiam o ordenamento jurídico internacional como um sistema verdadeiramente *universal*. Hoje, depois da influência nefasta do positivismo jurídico superveniente, que personificou o Estado dotando-o de 'vontade própria', reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes 'concedia' – com conseqüências desastrosas –, vislumbro um renascimento da concepção universalista do direito internacional, consoante os ensinamentos dos 'fundadores' da disciplina.

[...]

No novo *jus gentium* do século XXI, o ser humano emerge como sujeito de direitos emanados diretamente do Direito Internacional, dotado de capacidade processual para vindicá-los."

Para efeito ilustrativo, mencione-se haver teorias negadoras e acolhedoras do indivíduo como sujeito internacional. Afetas às primeiras as idéias que afirmam ser o direito internacional produto unicamente da vontade estatal, quando muito das organizações internacionais (advindo essas do interesse estatal e participantes da elaboração das normas internacionais), ou as que sustentam gozar o homem da mera condição de objeto. As segundas vão da rejeição do Estado como sujeito de direito internacional (Umberto Campagnolo), situação em que se resumiria a uma união de indivíduos, à recepção da pessoa humana como sujeito indireto desse direito, sendo seu fim último.

Tendência é que, nas últimas décadas, por muitas vozes, as mais autorizadas, tem-se reconhecido a personalidade jurídica internacional do indivíduo e se atinado das conseqüências desse entendimento:

"[...] Quando o indivíduo adquire a condição de sujeito de direito na comunidade internacional – o que ocorre por meio do advento do DIDH –, a própria estrutura do Direito Internacional Público sofre um abalo, uma

vez que os Estados não podem mais se valer do argumento de estar no exercício de sua soberania a fim de justificar violações de direitos humanos em seu território. Isso ocorre porque, sendo a pessoa humana um sujeito de direito no âmbito da ordem jurídica internacional, a proteção de seus direitos passa a ser um dos objetivos do Direito Internacional Público" (ALMEIDA, 2006, p. 97).

Vinculada a esse caráter, o que se atribua aos indivíduos na ordem jurídica mundial, emerge uma das grandes demandas contemporâneas dos direitos humanos, qual seja, a viabilidade de agravados poderem, diretamente, recorrer à tutela dos tribunais internacionais de direitos humanos. A valia da reivindicação tem a dimensão traçada por Tatyana Scheila Friedrich (2004, p. 106):

"A consolidação de direitos humanos como *jus cogens*, ao nosso ver, está condicionada a duas mudanças estruturais do cenário internacional: o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional e de sua capacidade jurídica para interpor, perante as cortes nacionais ou internacionais, ação relacionada à violação do direito internacional."

O reclamo ganha contornos fáticos ao se constatar ter negado originalmente a Corte Européia e negar a Interamericana de Direitos Humanos reconhecimento a demandas diretamente formuladas por indivíduos. Sujeitando-se às resistências prestigiadoras da soberania estatal, houve-se por destinar às Comissões Européia e Interamericana a tarefa de intermediar as pretensões dos indivíduos junto aos tribunais regionais (em verdade, o que aconteceu foi a tutela de interesse de ordem pública e não do individualizado).

A par de novas circunstâncias, do atestado de que a intermediação prestada pelas Comissões mostrou-se deficiente, do encorpamento da defesa do homem como sujeito de direito internacional, ganhou respaldo

a necessidade de se discutir os aspectos conformadores da limitação precedente, a reformulação da sistemática.

A própria prática das Cortes já antecipava a imprescindível relativização da restrição¹, assegurando meios de aproximar as vítimas da atividade processual. Sucessivamente, o sistema europeu permitiu a oferta de argumentos escritos pelos próprios demandantes, a atuação de representantes legais dos indivíduos perante a Corte, enfim, proporcionou meios superiores de interação dos indivíduos.

Com a entrada em vigor, em 1998, do Protocolo n. 11/1994 (objetiva simplificar a estrutura do sistema protetivo da Convenção, dando-lhe mobilidade e um fortalecido caráter judicial) da Convenção Européia, garantiu-se ao indivíduo, esgotados os recursos existentes no ordenamento jurídico do Estado demandado, acesso direto ao tribunal, com plena capacidade jurídica, de parte ante a Corte.

Conformando-se às variantes do tempo, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, amparado na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e nos protocolos e aditamentos que se lhe agregaram, passou, mais proximamente, a refletir os valores da contemporaneidade, de outorga aos homens de maior oportunidade participativa na costura das relações internacionais e, por via de consequência, na de seus próprios destinos.

De se realçar não configurar o atendimento dessa reivindicação um tento coevo. José Francisco Rezek², ex-Ministro da Corte Internacional de Justiça, lembra que a Corte

¹ Acerca da necessária possibilidade de acesso direto das vítimas às Cortes, David Augusto Fernandes (2006, p. 32) realça terem os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, no seu exercício cotidiano, reconhecido a deficiência do mecanismo que impôs as Comissões como intermediárias entre demandantes e tribunais.

² Declaração prestada no II Congresso Euroamericano de Direito Constitucional e Internacional, Olinda-PE, 18 a 20 de maio de 2006 (Cf. REZEK, 1998, p. 357).

de Justiça Centro-Americana (1907-1918)³, à sua época, reconhecia aos indivíduos legitimidade para invocá-la e se valer da sua tutela. Estudo do Professor Fredys Orlando Sorto ([19--], p. 25), referência na análise da Corte de Justiça Centro-Americana (CJCA), bem visualiza o ineditismo dessa Corte na atribuição de personalidade jurídica internacional aos seres humanos:

“O acesso do indivíduo aos tribunais internacionais, ainda hoje, constitui matéria controvertida. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, só é acessível aos Estados. O Tribunal da América Central foi pioneiro, também nesse sentido, pois deu à pessoa humana a prerrogativa de acionar a justiça internacional e de tornar-se, por isso mesmo, sujeito de direito internacional [...]”

À vista os passos largos dados na Europa, passou-se a cobrar, no cenário interamericano, uma singular abertura para a participação direta das vítimas na Corte. Cançado Trindade, no que dizia ser uma interpretação apropriada do espírito da Convenção, defendia insistentemente a presença das vítimas em juízo, ou de seus representantes, desde que em casos já submetidos à Corte pela Comissão. Aduzia o autor (TRINDADE, 2002, p. 679) a chegada da hora de acabar com paliativos há muito excluídos do sistema europeu de proteção. Os avanços mais recentemente obtidos, como o da recepção dos argumentos e provas prestadas autonomamente pelos representantes das vítimas ou de seus familiares, na etapa de reparações, explanava, deviam ceder lugar à plena intervenção dos indivíduos em todos os momentos de processamento de caso na Corte.

Embora atendidas essas exortações com a entrada em vigor do quarto Regulamento da Corte (2000)⁴, restam questões de eleva-

³ Celso Mello (2002, p. 862) faz idêntica menção.

⁴ O próprio Cançado Trindade (2006, p. 136) anuncia os avanços: “[...] Con el Reglamento de 2000 de la Corte Interamericana, las presuntas víctimas, sus

da distinção pendentes. A viabilização de propositura direta de representação junto às Cortes pelos indivíduos é um caso destacado, sendo corolário do reconhecimento de direitos, pois dota seus destinatários de amplos instrumentos para defendê-los, é tributário da igualdade entre as partes querelantes, adensa a juridicidade do mecanismo de proteção, melhora a instrução processual e promove benefícios outros.

4. Conciliação entre as jurisdições nacional e internacional

Buscando eludir conflitos entre as jurisdições internacional e interna e, conseqüentemente, obter maior eficácia dos textos legais, os tratados de direitos humanos enunciam algumas medidas profiláticas. O esgotamento dos recursos internos como condição para a recorrência aos instrumentos internacionais (salvo se houver comprometimento da fiel apuração das violações aos direitos humanos pelo aparelho estatal, conjuntura na qual a busca pela tutela internacional pode se dar imediatamente) é hipótese ilustrativa, até porque incumbe precipuamente ao Estado a tarefa da proteção dos direitos humanos:

“A atuação dos organismos internacionais tem início quando esta proteção se revela falha ou deficiente. Dessa constatação derivou o princípio do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer à tutela prestada pelos órgãos internacionais” (AMARAL JÚNIOR, 1996, p. 259).

Outro artifício utilizado para prevenir confrontos entre ambas as legislações, de

familiares o representantes pasaron a poder presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante el Tribunal. Con este otorgamiento el *locus standi in judicio* en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasaran las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la Comisión Interamericana y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones)”.

cenários distintos, jaz nas reportadas cláusulas de derrogações que, pela própria terminologia, denotam a adoção de um regime de exceção ao pleno exercício do direito protegido internacionalmente, atendendo reivindicações de peculiaridades estatais.

Perigosas aos propósitos de salvaguarda dos direitos humanos, essas cláusulas, esculpadas em termos genéricos, encontram limites nas ações doutrinárias e jurisprudenciais, desejosas de evitar a utilização que transponha a regularidade, como nos casos de recurso abusivo aos denominados *estados de exceção* e suspensão indeterminada e demasiada de *exercício de direitos*.

Tem-se exigido, como refreio, a notificação da derrogação a todos os Estados-partes, a compatibilidade de sua utilização com o autorizado pela situação fática, a não-discriminação e a inderrogabilidade de direitos fundamentais em peculiar estágio de necessidade protetiva. Ademais, remanesce o dever do usuário de provar a excepcionalidade justificadora da medida e a intangibilidade das garantias judiciais.

As reservas, declarações unilaterais de um Estado, feitas quando da vinculação a tratado internacional, destinadas a excluir-lhe de certa incidência normativa, previstas nas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados, são, outrossim, alternativas de compatibilização das jurisdições. Desde que não proibidas pelas convenções afetadas e não incompatíveis com o seu espírito, justificadas pelos Estados, limitadas a circunstâncias excepcionais, aplicadas na saciação das exigências coletivas, respeitada a razoabilidade, fiscalizadas por órgãos independentes, interpretadas restritivamente, são recepcionáveis. Alberto do Amaral Júnior (1996, p. 259) ilustra esse entendimento:

“São admitidas desde que compatíveis com o objeto e os propósitos do tratado as cláusulas de reserva e limitação ou restrição de certos direitos em situações de emergência.”

De não se obscurecer, todavia, as severas críticas desferidas contra o seu uso,

notadamente quando incidentes sobre os tratados de direitos humanos, sendo o caso de mencionar Caçado Trindade (2002, p. 688), para quem as convenções de direitos humanos, por encarnarem valores supranacionais, interesses que transcendem os estatais, não devem se sujeitar às reservas, típicas de um sistema contratualista.

5. Efetividade das disposições das cortes de direitos humanos

Os problemas de implementação são os principais enfrentados no processo de afirmação dos direitos humanos. Esses, em verdade, não são imbróglis localizados, mas a desafiar todas as ordens jurídicas, sejam elas estatais ou a internacional, obviamente que em maior monta neste último panorama, por especificidade que não comporta aqui desfiar.

De se discutir, nesse instante, a efetiva recepção das sentenças dos tribunais internacionais no costume operativo dos países membros. A situação empírica demonstra a vulnerabilidade da aplicação das decisões, não se prescindindo da firme disposição dos Estados-partes, instrumentalizando-se, para dar cumprimento às deliberações dessas Cortes⁵.

Pouco vale o comportamento judiciário típico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, na lavratura de sentenças irrecorríveis determinantes de restauração da ordem e de indenização ao lesado, constatada prática contrária a direito tutelado em pacto, se não sucedido por disposição e medidas estatais de implementação.

Realce-se que, contrariamente ao correntemente pensado, as ações internas suscitadas não se restringem à seara governamental, mas pertinem a todas as outras

variantes de atuação do Estado, melhor, às condutas legislativas e judiciais.

Com a ratificação dos tratados, por imperativo da responsabilidade internacional, os Estados assumem a obrigação de adaptar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais constantes do instrumento então abraçado. Caçado Trindade (2002, p. 702-703) proclama que isso implica a regulamentação dos tratados ou a alteração das leis nacionais para harmonizá-las com as internacionais.

Quanto à responsabilidade do Judiciário, vez que fundamentos legais não figuram para entravar o seguimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, queda determinar o cumprimento dos referenciados dispositivos convencionais.

Havendo, considerados elevados gestos de momento, um completo descompasso entre o desiderato e o desempenho do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, remanesce concluir, em bom juízo, que a efetividade ensejada depende sobremaneira do cúmplice envolvimento de todos os agentes e instituições responsáveis pela feita, interpretação e execução das leis no ambiente interno e internacional.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Soberania, cosmopolitismo e o direito internacional dos direitos humanos (DIDH). *Política Externa*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 93-104, jun./ago. 2006.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: noções de direito*. Brasília: FUNAG, 1996.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal penal internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵ Veja-se o bem afirmado por Caçado Trindade (2006, p. 693): "A operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação".

- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *Sur*, São Paulo, ano 4, n. 3, p. 161-169, 2006.
- JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- MATTOS, Adherbal Meira. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2v.
- PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional no cenário contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El convenio europeo de derechos humanos*. [S. l.]: Tecnos, 2004.
- SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. 1 v.
- SORTO, Fredys Orlando. *Considerações sobre a primeira corte internacional de justiça*. [S. l.: s. n.], [19--].
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 1 v.
- _____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- VERDUZCO, Alonso Gomes-Robledo. *Derechos humanos en el sistema interamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

O genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais

Ricardo Ribeiro Campos

Sumário

1. Introdução. 2. O crime de genocídio. 3. Análise do tipo penal do genocídio. 4. A punição do genocídio pela justiça penal internacional. 5. Conclusão.

1. Introdução

Apesar do tempo já transposto desde o julgamento de Nuremberg e desde a aprovação da “Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, ainda permanecem muitos pontos controvertidos na dogmática do crime de genocídio, bem como na forma de concretizar a responsabilização pelo seu cometimento, seja no direito penal internacional, seja no âmbito nacional.

A demonstrar que muitos passos precisavam ainda ser dados, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal versando sobre genocídio cometido no território nacional¹ data de agosto de 2006. O julgamento, objeto do Recurso Extraordinário 351.487/RR (BRASIL, 2006, p. 50), versou sobre o denominado “Massacre de Haximu”², ocorrido

Ricardo Ribeiro Campos é juiz federal no Estado do Ceará, mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas/RJ, ex-promotor de Justiça do Estado do Ceará, ex-procurador do Estado de Alagoas.

¹ O Supremo Tribunal Federal, em 1967, julgou processos de extradição e *habeas corpus* envolvendo Franz Paul Stangl, servidor da polícia judiciária alemã, acusado de genocídio em campos de extermínio na Áustria (Hartheim) e Polônia (Sobibór e Treblinka). Vide RTJ v. 43, p. 168-220.

² Informações detalhadas acerca dos fatos podem ser obtidas no sítio da “Comissão Pró-Yanomami”(CCPY;2007).

no ano de 1993, que teve como resultado a morte de doze índios Yanomami, sendo um homem adulto, duas mulheres, uma idosa cega, três moças e cinco crianças entre um e oito anos de idade, bem como três índios feridos, entre eles, duas crianças. Ao contrário do que transparece a ementa do acórdão, muitas questões não foram solucionadas, como a aplicação cumulativa das penas de genocídio e homicídio, a competência para julgamento etc.

Assim, o estudo propõe-se a analisar o crime de genocídio, enfocando seus principais aspectos dogmáticos, bem como o histórico da sua responsabilização pelos tribunais internacionais, no período do julgamento de Nuremberg à constituição do Tribunal Penal Internacional.

2. O crime de genocídio

A palavra *genocídio* tem datação precisa. Anteriormente havia o vocábulo russo *progrom*, que designava os movimentos populares acompanhados de pilhagens e assassinatos, com cumplicidade ou omissão das autoridades públicas. “A palavra se origina de ‘pô’, prefixo, significando inteiramente, e ‘gromiti’, destruir, termos russos” (MACIEL, 1955, p. 501). O idioma iídiche se utilizou do termo para designar principalmente movimentos dirigidos contra judeus no período de 1881 a 1921, predominantemente ocorridos na Ucrânia.

Foi o jurista polonês Raphael Lemkin (1944, p. 79, tradução nossa), no estudo *Axis rule in occupied Europe*, de 1944, que propôs a sua criação:

“Concepções novas requerem novas palavras. Através de ‘genocídio’ queremos significar a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Essa nova palavra, cunhada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu estágio atual, é formada pelo Grego antigo *genos* (raça, tribo) e pelo Latim *cide* (matar), correspondendo assim à formação de palavras como

tiranocídio, homicídio, infanticídio, etc. Em geral, genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, a não ser quando consumada pela matança de todos os seus membros. Quer exprimir um plano coordenado de diferentes ações que convergem à destruição de alicerces essenciais da vida de grupos nacionais, com o objetivo de eliminar os próprios grupos. Os objetivos desse plano seriam a desintegração das instituições políticas e sociais, cultura, idioma, sentimentos nacionais, religião e a economia de grupos nacionais, bem como a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde, dignidade, e até mesmo das vidas dos indivíduos que pertencem a tal agrupamento. Genocídio é dirigido contra o grupo nacional como uma entidade e as ações envolvidas são dirigidas contra indivíduos, não na capacidade individual de cada um, mas como integrante de um grupo nacional”. (tradução livre)

O Novo Dicionário Aurélio converge à mencionada origem etimológica, como sendo do grego “*génos*” (povo, nação, raça) com o latim “*cidium*” (cortar, matar). Há, porém, controvérsia quanto à construção da palavra. Para Nelson Hungria (1980, p. 363), origina-se “do latim *genus*, raça, povo, nação, e *excidium*, destruição, ruína”. O jurista argentino Francisco Laplaza (apud LOZADA, 2003, p. 48) vê como incorreta a construção da palavra. Para ele, a denominação mais correta seria de *genticídio*, derivada de *gens* e seu genitivo plural *gentis*, indicando o grupo ou a pluralidade de pessoas por pertencerem a uma mesma raça ou povo.

O termo *genocídio*, porém, logo ganhou aceitação e foi adotado em instrumentos internacionais e nas legislações de diversos países.

Há uma proposta de J. R. Rummel (apud CHARNY, 1999, p. 18), cientista político da Universidade do Havaí, de criação do

termo *democídio*, cunhado a partir do sufixo “demo”, para povo³. Justifica-se ele afirmando que o termo seria mais abrangente, e, com isso, seria mais adequado à prevenção não só do genocídio, mas também do chamado *politicídio*, que seria o assassinato de pessoas por razões políticas, e dos assassinatos em massa (*mass murders*).

A “Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, aprovada na Assembléia Geral de Nações Unidas em 9 de dezembro 1948⁴, e promulgada no Brasil através do Decreto 30.822, de 6 de maio de 1952, contém a seguinte definição do crime de genocídio:

“Artigo II

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

³ Propõe-se, também, o termo *auto-genocídio* para tratar de assassinatos em massa em que tanto os executores como as vítimas são membros do mesmo grupo. Adverte, porém, Alicia Gil Gil (1999, p. 183): “En mi opinión el término autogenocidio no puede ser aceptado sino en un sentido técnico. La matanza masiva de personas pertenecientes a una misma nacionalidad podrá constituir crímenes contra la humanidad, pero no genocidio cuando la intención no sea acabar con ese grupo. Y la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino, por el contrario, destruir a la parte de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional sino como un subgrupo del grupo nacional cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal”.

⁴ A indescritível barbárie ocorrida na Segunda Grande Guerra não foi capaz de motivar, como esperado, uma imediata ratificação dos países aos termos dessa Convenção. A título ilustrativo, a Grã Bretanha só ratificou a Convenção em 1970, a Holanda, em 1978, os Estados Unidos da América, em 1988, a África do Sul, em 1998, Portugal, em 1999, e o Paraguai, em 2001. Para uma lista completa e atualizada, ver UNITED NATION HUMAN RIGHTS, [200-].

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

As condutas previstas nos itens “a)”, “b)”, “c)” são classificadas como espécies de *genocídio físico* e aquelas descritas nos itens “d)” e “e)” como *genocídio biológico*⁵ (GIL GIL, 1999, p. 219; VERDUZCO, 2002, p. 927). A Convenção não acolheu a previsão do chamado *genocídio cultural*, que seriam atentados contra as manifestações culturais de um grupo, como o uso da própria língua, destruição de monumentos históricos etc.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, celebrado em 17 de julho de 1998 e promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, veicula semelhante conceituação no art. 6º.

Em nível nacional, o crime foi tipificado na Lei 2.889/1956, mantendo os mesmos contornos da Convenção. Tratando-se de crime militar, o enquadramento da conduta se dará no art. 208 do Código Penal Militar, quando praticado em tempo de paz, e nos arts. 401 ou 402 do mesmo Diploma, quando praticado em zona militar ocupada.

A Lei 9.263/1996, que trata do planejamento familiar, tipifica a conduta de induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica, qualificando-a como genocídio “se o crime for cometido contra a coletividade” (art. 17, parágrafo único). Interessante que esse diploma não tenha sido lembrado no voto do Ministro Cezar Peluso, proferido no RE 351.487/RR, principalmente por haver aparente-

⁵ Em posição que não é compartilhada pela doutrina majoritária, Anor Butler Maciel (1955, p. 507) sustenta que “a figura da letra e constitui uma espécie de genocídio cultural, pois visa subtrair as crianças do seu meio cultural originário, para evitar a sua educação, sentimentos e crenças tradicionais”.

mente alargado a proteção à *coletividade* e não simplesmente ao *grupo nacional, étnico, racial ou religioso*⁶. Apesar da atecnia da redação, creio que na verdade não houve a ampliação dos sujeitos passivos do crime de genocídio. A esterilização é apenas uma das formas da prática do genocídio biológico, que também pode ocorrer, por exemplo, com abortos, castrações e segregações de homens e mulheres. Assim, o que houve foi apenas uma remissão ou explicitação de que a esterilização efetuada com um especial fim de agir implicará crime de genocídio e não o que é tipificado no *caput* do art. 17 da Lei 9.263.

3. Análise do tipo penal do genocídio

Questão fundamental à análise do tipo penal do genocídio diz com o bem jurídico por ele protegido. Para Claus Roxin (1997, p. 56), *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*.

No caso do genocídio, não se tutela em primeiro plano a vida humana, como ocorre no homicídio, até porque pode consumar-se por outros resultados diversos do que a morte de membros do grupo⁷. Na verdade, consoante pondera Carlos Canêdo (1999, p. 186), o bem jurídico do crime de genocídio diz com a idéia de pluralidade e diversi-

⁶ Segundo o Dicionário Houaiss, *coletividade* é um “grupo mais ou menos extenso de indivíduos que possuem interesses comuns”; para o Novo Dicionário Aurélio, é um “conjunto, agrupamento, agremiação”. *Coletividade* não é um termo unívoco na legislação pátria. É utilizado para referir-se de um modo aproximativo ora a uma simples pluralidade de pessoas (CDC, arts. 2º, p. único, 103, § 1º), ora com referência à população (CF, arts. 192 e 225; Lei 6.015/1973, art. 115; Lei 9.472/1997, art. 135; Lei 11.105/2005, art. 7º, III) e ora para designar uma associação (Lei 9.279/1996, art. 128, § 2º).

⁷ Discordamos, portanto, de Heleno Claudio Fragoso (1973, p. 31), para quem o bem jurídico tutelado é “a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos”.

dade humanas, que devem ser garantidas por um Estado Democrático de Direito, ressaltando-se, entretanto, que a vida e a integridade física e mental são também afetadas por esse crime.

Assim, a princípio, a competência para o julgamento do crime de genocídio no Brasil não seria do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, “d”, CF), já que não se tem um crime doloso contra a vida, mas sim da justiça comum. Deve-se ressaltar, porém, que a competência poderá ser atribuída ao júri, por conexão (art. 78, I, CPP), se se entender que o crime de genocídio não absorve os crimes de homicídio⁸, ou seja, se for admitida a autonomia do genocídio em relação ao homicídio. Importante registrar que, ao contrário do que transparece a ementa do RE 351.487/RR⁹ (BRASIL, 2006), o Supremo Tribunal Federal ainda não firmou posição quanto a esse tema. A leitura do inteiro teor do acórdão revela que apenas o seu relator, Ministro Cezar Peluso, manifestou-se pela autonomia do genocídio, tendo os Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence ponderado que essa questão, por aspectos formais, deveria ser decidida em outra oportunidade¹⁰.

O sujeito ativo do genocídio pode ser qualquer pessoa, embora mais comum a autoria por parte dos detentores de funções

⁸ A questão transcende à delimitação da competência. Heleno Cláudio Fragoso (1973, p. 32) destacava o “desconchavo em nosso direito, na comparação deste [genocídio] com o crime de homicídio, pois neste último a pluralidade de vítimas envolve sempre concurso de crimes (material ou formal). É, portanto, mais grave, nessa hipótese, o homicídio que o genocídio, solução despropositada em que não atentaram os que fizeram a Lei n. 2.889 e o eminente autor do anteprojeto de CP, que a reproduziu.

⁹ “[...] Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. [...]”

¹⁰ A solução ventilada por Alicia Gil Gil (1999, p. 321) é no sentido de que haveria concurso formal entre o crime de genocídio e os crimes antecedentes, sendo que, quanto a estes, haveria um concurso material.

públicas. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio esclareceu, no art. 4º, ser indiferente que se trate de “governantes, funcionários ou particulares”. O Estatuto de Roma, por sua vez, foi mais incisivo, esclarecendo que “a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena” e que “as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa” (art. 27, n^{os} 1 e 2).

Os sujeitos passivos são os integrantes de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto membros de tais grupos. É crucial a sua integração a um desses grupos e, ainda, que o autor da conduta tenha disso consciência. Prevalece o entendimento de que o genocídio estará consumado ainda que houver uma única vítima (FRAGOSO, 1973, p. 32; GIL GIL, 1999, p. 207). De modo contrário, Carlos Canêdo (1999, p. 105), partindo da literalidade das alíneas do art. 2º da Convenção, que trazem as expressões *grupo, membros, nascimentos e crianças*, conclui que inexistente a possibilidade de que a morte de uma pessoa pertencente a um grupo caracterize genocídio consumado, ainda que o elemento subjetivo seja a destruição total ou parcial desse grupo¹¹.

Assunto que, pela sua complexidade, demandaria a realização de um estudo próprio diz com a definição do que seja um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Bem por isso, cumpre apenas consignar dois pontos. *Primus*, o Pleno do Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de

¹¹ No prefácio que é feito a esta obra por Nilo Batista, ele elogia a sua “coragem” por não haver cedido ao “politicamente correto”.

decidir, no HC 82.424/RS (BRASIL, 2004, p. 17), qual o conceito jurídico da *raça*, ressaltando que, “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana”, e, em seguida, que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”. *Secundus*, a Justiça da Espanha, em decisão de novembro de 1998, com o objetivo de evitar a impunidade de quem comete genocídio, e por tratar-se de um delito internacional, estimou o grupo nacional não como grupo de pessoas pertencentes a uma mesma nação, mas simplesmente como “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado a uma coletividade maior”. E com base nessa interpretação, vem-se efetuando na Espanha julgamento de crimes cometidos na Argentina e no Chile¹² (GIL GIL, 2007, p. 190).

Por fim, um dos aspectos mais importantes ao tipo penal do genocídio é o elemento subjetivo especial consistente na intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Se a conduta não for praticada com essa intenção, não haverá crime de genocídio. Não se pode incorrer no equívoco, porém, de exigir-se que o autor tenha a intenção de pessoalmente destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. É suficiente que ele tenha conhecimento de que sua conduta faz parte de um plano que compreende atos tendentes ao resultado por ele desejado de destruição do grupo.

¹² O jornal El País, da Espanha, noticiou, na edição de 20 de junho de 2007, que sentença italiana considerou a ditadura militar argentina um verdadeiro genocídio. A sentença condenou cinco oficiais argentinos à pena de prisão perpétua em razão do desaparecimento de um casal de italianos e de sua filha (LA JUSTICIA..., 2007).

4. A punição do genocídio pela justiça penal internacional

A primeira tentativa de responsabilização de massacres de guerra mediante uma justiça internacional ocorreu após o fim da Primeira Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes, em seu art. 227, previa um tribunal especial para o julgamento do Imperador da Alemanha William II, acusando-o de infração à *moralidade internacional* e à *santidade dos tratados*. Como a Holanda se recusou a extraditá-lo, esse tribunal não chegou a funcionar.

A decisão de julgar os criminosos da Segunda Guerra Mundial, concretizada no Tribunal de Nuremberg, foi cultivada antes de considerada certa a vitória dos Aliados. À medida que vinham se tornando conhecidos os crimes praticados pelos alemães, houve, por diversas vezes, manifestações de repúdio e da intenção de responsabilização dos seus autores: em 25 de outubro de 1941, declaração de Roosevelt, seguida por Winston Churchill; em 13 de janeiro de 1942, a “Declaração de Saint James” firmada por representantes de países ocupados; em 20 de outubro de 1943, a criação pelos aliados da “Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra”; em 1º de novembro de 1943, a “Declaração de Moscou” firmada por Roosevelt, Churchill e Stalin¹³.

Em 8 de agosto de 1945, Estados Unidos da América, França, Grã Bretanha e União Soviética chegaram a um consenso, seguindo-se proposta do primeiro país mencionado no sentido de que os principais criminosos de guerra fossem submetidos a um julgamento coletivo, firmando suas diretrizes na Carta de Londres.

O Tribunal de Nuremberg funcionou de 20 de novembro de 1945 a 21 de outubro de 1946¹⁴. Realizaram-se 403 seções,

ouviram-se 94 testemunhas, 61 delas de defesa e as demais de acusação, foram lidos 1.089 documentos, constando a sentença, aproximadamente, de 50 mil palavras, lidas em dois dias pelo seu Presidente (30 de setembro e 1º de outubro de 1946) (CANÊDO, 1999, p. 65-66).

O crime de genocídio não foi previsto na Carta de Londres, mas seu cometimento encontrou indireto acolhimento na categoria de *crimes contra a humanidade*:

“Art. 6º - [...]”

c) Os crimes contra a humanidade: a saber, o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato inumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra; ou ainda as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, cometidos em prosseguimento a todos os crimes sob a competência do Tribunal Internacional, ou a eles vinculados, mesmo que tenham tais perseguições constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetradas”.

As críticas dirigidas ao Tribunal de Nuremberg foram muitas e verberadas com vigor. Exemplo ilustrativo tem-se nas palavras de Nelson Hungria (1980, p. 375-376):

“Foi este uma espantosa negação de elementares postulados do direito penal tradicional. Funcionando em nome da Democracia Liberal, começou, no entanto, por adotar a supressão de um princípio intransponível para a segurança e a liberdade do indivíduo, isto é, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para combater os chamados grandes criminosos de guerra,

de Controle da Alemanha realizou os julgamentos dos criminosos de guerra em sua respectiva zona de ocupação. No caso dos crimes cometidos pelos japoneses, foi criado em 1946 o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, ou Tribunal de Tóquio, seguindo-se basicamente os mesmos parâmetros do Tribunal de Nuremberg.

¹³ Para uma exposição mais detalhada sobre os antecedentes do Tribunal de Nuremberg, ver Leo Kahn (1973, passim).

¹⁴ Após desfecho do Tribunal de Nuremberg, ocorreram outros julgamentos por zona de ocupação, ou seja, cada um dos quatro integrantes do Conselho

utilizou-se de uma teoria que, mesmo na ferrenha Alemanha totalitária, era combatida pela Escola de Bonn contra a Escola de Kiel. Inspirou-se naquilo que os próprios Aliados condenavam, tanto assim que um dos primeiros atos do governo de ocupação da Alemanha Ocidental foi a revogação da famosa novela que dispensara a anterioridade penal. Deu efeito retroativo a um Plano de Julgamento, formulado *ad hoc*, para a incriminação de fatos pretéritos, não considerados crimes ao tempo de sua prática, e impôs aos acusados o enforcamento e penas arbitrárias, sem direito a qualquer recurso. [...] Repudiou as normas seculares sobre a obediência devida e a coação irresistível, para proclamar, pela boca do Juiz Biddle, com a mais despejada abstração da atual realidade político-social, que ‘os indivíduos têm deveres internacionais a cumprir, acima dos deveres nacionais que um Estado particular possa impor’¹⁵.

As principais objeções dirigidas ao Tribunal de Nuremberg, como se vê, foram basicamente no sentido de a Corte ter contrariado os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, bem como de tratar-se de um Tribunal *ad hoc* e destinado a atender apenas aos desígnios dos

vencedores da Segunda Grande Guerra. Os defensores do Tribunal de Nuremberg, por sua vez, replicaram ora pela não aplicação de tais princípios no âmbito internacional, ora no sentido de que outros interesses deveriam prevalecer.

Hans Kelsen (1947, p. 153-164, tradução nossa), no artigo *Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law?*, de 1947, expôs o seguinte:

“Uma lei retroativa que veicule punição individual para condutas que eram ilegais, salvo criminalmente, ao tempo em que praticadas, aparentemente viola a proibição de leis editadas *ex post facto*. O Estatuto de Londres é uma lei dessa natureza. É retroativa apenas no ponto em que estabeleceu responsabilidade penal individual para atos que anteriormente constituíam violações ao direito internacional, em que se previam exclusivamente sanções coletivas. A regra contra legislação retroativa constitui um princípio de justiça. A responsabilidade criminal individual representa um grau maior de justiça do que a responsabilidade coletiva, técnica típica do direito primitivo. Como os atos ilegais do ponto de vista do direito internacional para os quais o Estatuto de Londres previu responsabilidade penal individual eram moralmente censuráveis, e as pessoas que cometeram tais atos estavam cientes do seu caráter imoral, a retroatividade da lei aplicada em desfavor delas dificilmente pode ser considerada como absolutamente incompatível com a justiça. A justiça demandava a punição de tais pessoas apesar do fato de que pelo direito positivo elas não tinham responsabilidade pelos atos que a lei retroativa considerou puníveis. No caso de dois postulados de justiça entrarem em conflito, o postulado mais importante deve prevalecer; e a punição daqueles

¹⁵ No mesmo sentido, Carlos Canêdo (1999, p. 61): “Sem pretender adentrar demasiado na polémica, parece-nos claro que o Tribunal de Nuremberg apresentou duas máculas fundamentais [...] inobservância dos princípios da legalidade e da retroatividade da lei penal mais grave”. Quanto à crítica que Nelson Hungria (1980) fez à desconsideração da “obediência devida ou coação irresistível”, não é necessário ir longe para demonstrar o seu desacerto, bastando atentar para as palavras de um dos mais destacados membros do governo nazista, o comandante da força aérea Herman Goering, segundo no Comando do Terceiro Reich: “Este tribunal [Tribunal de Nuremberg] não percebe que acatar ordens é uma justificativa legítima para fazer quase tudo. O tribunal está errado. Note bem, eu disse ‘quase tudo’. Não considero o extermínio de mulheres e crianças apropriado, ainda que tenha sido feito um juramento” (GOLDENSOHN, 2005, p. 173).

que eram moralmente responsáveis pelos crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial certamente deve ser considerada mais importante do que simplesmente concordar com a regra que veda leis *ex post facto*, sujeita a muitas exceções”¹⁶.

Para outros, como Radbruch e Glasser (apud GIL GIL, 1999, p. 68-69), o princípio da legalidade se refere unicamente ao direito escrito, não sendo, portanto, aplicado ao direito penal internacional por tratar-se de um direito consuetudinário.

Yann Jurovics (2006, *passim*), ex-magistrado da Corte de Apelação dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, sustenta em excelente artigo que inexistiu retroatividade, porque: a) o direito internacional é costumeiro, bem por isso, “se faz parte da essência do direito internacional ser, de fato, um direito costumeiro, um direito fundado sobre padrões não escritos de comportamento, o princípio da

legalidade é aí avaliado pela medida dessa especificidade, enunciando-se então não como *nullum crimen sine lege*, mas como *nullum crimen sine jure*”; b) haveria no caso leis morais ou de direito natural preexistentes tendo os instrumentos internacionais, portanto, caráter declarativo de infrações; c) haveria proibições legais similares preexistentes; e d) já que nem todos os países consideram o princípio da retroatividade um princípio absoluto, ele seria um princípio inferior, sendo, portanto, muito mais justo e, portanto, juridicamente superior, punir o autor de atos prejudiciais à humanidade do que satisfazer o formalismo de um princípio de força absolutamente relativa e sujeito a tantas exceções.

Qualquer fenômeno jurídico deve ser enfocado segundo o contexto histórico e social em que inserido. Há atualmente razoável consenso de que inexistente direito imutável no tempo e no espaço. Mesmo os que se dedicam ao estudo dos direitos fundamentais não negam que se trata de direitos delimitados espacial e temporalmente (PEREZ LUÑO, 2004, p. 47).

É interessante, nesse ponto, registrar a defesa que Alicia Gil Gil (1999, p. 72-73) faz da prevalência do princípio da legalidade no direito internacional. Depois de mencionar que esse princípio deve ser respeitado no direito penal internacional, tal qual o é no direito interno, como exigência de segurança jurídica, como garantia contra o arbítrio e por ser expressão do princípio da igualdade, a ilustre penalista espanhola evoca diversos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, a Convenção Européia de Salvaguarda de Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969¹⁷.

¹⁶ Tradução livre. No original: “A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they were committed, seems also to be an exception to the rule against *ex post facto* laws. The London Agreement is such a law. It is retroactive only in so far as it established individual criminal responsibility for acts which at the time they were committed constituted violations of existing international law, but for which this law has provided only collective responsibility. The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility, the typical technique of primitive law. Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against *ex post facto* laws, open to so many exceptions”.

¹⁷ Mesmo no estágio atual do direito, o princípio da legalidade é encarado, por alguns, como não inerente ao Estado de Direito. Assim, José Cerezo Mir pondera que o princípio da legalidade “no está essencialmente

Acontece que esses instrumentos internacionais tiveram como motivação justamente os eventos julgados em Nuremberg, ou seja, conforme ressalta José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 25), “foi durante e depois da II Guerra Mundial que se sentiu de modo particularmente intenso a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos dos cidadãos nos diversos Estados”. Além do aspecto temporal, não se pode olvidar também que os instrumentos destinaram-se justamente à defesa daquelas pessoas que foram vítimas das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial e não dos autores desses fatos, ou seja, não se pode subverter, em favor destes, instrumentos formalizados em defesa dos primeiros.

Assim, parece-nos equivocada a visualização da justiça penal internacional com os olhos que enxergamos a justiça penal nacional. Embora constitua ideal a ser atingido a sujeição de ambas a um sistema semelhante de princípios, não se pode desprezar as peculiaridades de cada uma, primordialmente o objetivo da justiça penal internacional, que é o de defesa de direitos humanos, quando perpetrada exatamente por governantes que deveriam zelar pela não ocorrência de tais transgressões. Havia vários interesses e valores que foram sopesados na Corte de Nuremberg, em aplicação do que seria hoje qualificado de *balance*. Não há negar também que o direito internacional era, principalmente à época, predominantemente um direito costumeiro.

Quanto à crítica dirigida ao Tribunal de Nuremberg de se tratar de um tribunal “*ad hoc*”, pode-se objetar que, se não representou a solução ideal, foi sem dúvida a melhor e a mais justa opção que existia à época.

vinculado, sin embargo, como suele suporse, al Estado material de Derecho. En los países anglosajones, Inglaterra y los Estados Unidos, existe un Estado material de Derecho y la seguridad jurídica se ve garantizada en parte de otro modo” (JOSÉ CERESO MIR, *Derecho penal - Parte General*, p. 248).

Aliás, a opção no sentido de que a responsabilização se desse através de um processo judicial não foi firmada sem resistência. Consta que o Primeiro Ministro Churchill escreveu a Joseph Stalin, em setembro de 1944, dizendo que os líderes nazistas deveriam ser executados como “foras da lei” em seis horas após capturados e que os seus destinos eram uma questão política e não jurídica. Stalin, por sua vez, teria recomendado a Roosevelt e a Churchill que de cinquenta a cem mil oficiais germânicos deveriam ser fisicamente eliminados. Do lado americano, por sua vez, o Secretário do Tesouro Hans Morgenthau submeteu a Roosevelt, em novembro de 1944, um plano de execução sumária de dois mil e quinhentos membros do partido nazista (SHELTON, 2005, p. 764-765).

As duas outras opções que existiam – julgamento pela justiça local dos países dos réus ou julgamento pela justiça nacional dos países aliados – eram inviáveis de adoção. No primeiro caso, não somente porque se estava diante de uma Alemanha arrasada, como também porque não se tinha noção precisa do grau de comprometimento das instituições germânicas com os ideais e projetos defendidos pelos futuros réus. Deve-se recordar, inclusive, que a Carta de Londres propunha o julgamento também de organizações. No segundo caso, havia impossível acordo quanto à determinação de quais réus seriam julgados por cada um dos Aliados e, principalmente, se adotada a opção, pesaria com mais vigor a acusação de se tratar de um *tribunal de vencedores*, esta, sim, uma crítica válida. O Tribunal de Nuremberg foi, sem dúvida, uma corte de vencedores. Não foi por acaso que os ataques aéreos não foram incluídos na Carta de Londres (SHELTON, 2005, p. 765), pois, se isso ocorresse, seria imperiosa também a consideração dos bombardeios americanos e britânicos a cidades alemãs, como Hamburgo e Dresden. Não há dúvida de que, se os crimes cometidos pelos alemães dependessem de igual julgamento dos crimes

praticados pelos Aliados, o julgamento de Nuremberg não teria ocorrido. De qualquer forma, a ausência de responsabilização dos crimes de guerra perpetrados pelos Aliados não consubstancia argumento legitimador de qualquer crime, praticado por quem quer que seja.

O Tribunal de Nuremberg representou um marco no direito penal internacional. Conforme Carlos Canêdo (1999, p. 63), “a grande contribuição do Tribunal de Nuremberg foi, sem dúvida, implementar a idéia – já desenvolvida antes, mas em termos doutrinários e com escassa aplicação prática – da responsabilidade dos indivíduos no plano internacional”.

Segundo Joanisval Brito Gonçalves (2005, p. 645),

“Nuremberg pode ser considerado um marco para o Direito Internacional Público. A partir daquele julgamento, fica evidenciada uma grande mudança nas relações de Direito das Gentes. No novo sistema que se estruturou no pós-guerra, foi significativa a influência do Julgamento de Nuremberg, sobretudo no que concerne ao Direito Humanitário, Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal.

O legado de Nuremberg alcançou a última década do século XX com a instituição das Cortes *ad hoc* para o julgamento dos crimes de guerra cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda. Estender-se-á ainda pelo século XXI, em virtude do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (TPI), esperança de justiça e paz para o Novo Milênio.”

Seguiram-se ao Tribunal de Nuremberg os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda. O primeiro, criado em 1993 por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, funciona em Haia e apura crimes cometidos durante a Guerra dos Balcãs. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por sua vez, foi criado em

novembro de 1994, em funcionamento no norte da Tanzânia, para apurar o genocídio de aproximadamente quinhentas mil pessoas ocorrido no período de abril a julho de 1994, executado pelo governo e pela maioria hutu contra o grupo étnico minoritário de tutsis.

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 52/160 de 1998, convocou a “Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”, ou simplesmente “Conferência de Roma”, que se realizou nos dias 15 de junho a 17 de julho de 1998. Como resultado, aprovou-se o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, entrando em vigor no dia 1º de julho de 2002.

Destaca-se, no Estatuto de Roma, o reconhecimento dos princípios da legalidade e da irretroatividade, ao determinar-se que “o Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto” (art. 11, § 1º) e que, “se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado” (art. 11, § 2º).

Adotou o Estatuto de Roma o princípio da complementariedade, opção elogiada por Gilberto Vergne Sabóia (2000, p. 6-13):

“O princípio da complementariedade, que constava já do projeto da CDI, é um dos elementos mais importantes do Estatuto. Seu objetivo é assegurar que o TPI exerça o papel que lhe é atribuído sem interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, os quais continuam a se incumbir da responsabilidade primária de investigar e processar os crimes. Ao contrário dos tribunais *ad hoc*, que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais, o TPI tem caráter excep-

nal e complementar, e sua jurisdição, além de aplicar-se apenas aos crimes de extrema gravidade nele definidos, somente será admissível (art.17) nos casos em que se verifique claramente a incapacidade ou a falta de disposição dos Estados em processar os responsáveis. Salvo nessa hipótese, o TPI não examinará casos ou alegações que estejam ou hajam sido objeto de investigação por parte das instituições competentes de um Estado.”

O princípio da complementaridade, porém, é atenuado para evitar que sirva de via de impunidade. Ao mesmo passo em que o Estatuto de Roma (art. 20) estabelece que nenhuma pessoa poderá ser julgada quando já absolvida ou condenada por outra Corte, excepciona essa regra possibilitando um novo julgamento pelo Tribunal Penal Internacional quando o julgamento tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal ou quando não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

As principais críticas formuladas pela doutrina nacional ao Tribunal Penal Internacional são de violação à Constituição Federal de 1988 nos pontos em que proibiu a extradição de brasileiro nato e do naturalizado (art. 5º, inc. LI), e repeliu a aplicação de pena de prisão perpétua (art. 5º, inc. XLVII, “b”), o que estabelecem os arts. 77 e 89 do Estatuto de Roma.

No que diz com a primeira crítica, há evidente diferença entre a *extradição* de um nacional para ser julgado por um tribunal estrangeiro e a sua *entrega* para ser julgado por um tribunal internacional, do qual o Brasil faz parte (Cf. REZEK, 2000, p. 66-69).

A segunda crítica enseja reflexões mais profundas. Até recentemente ela era afas-

tada com base na orientação do Supremo Tribunal Federal de não exigir em processos extradicionais a comutação da prisão perpétua por prisão privativa de liberdade de prazo limitado de duração (TIBURCIO, 2005, p. 128). Todavia, esse entendimento foi alterado no ano de 2004, quando se decidiu que “o deferimento da extradição dependeria de o Estado requerente assumir o compromisso de comutar, em pena não superior a trinta anos de reclusão, as penas de prisão perpétua impostas ao extraditando, uma vez que a regra contida na alínea *b* do inciso XLVII do art. 5º da CF, que veda a cominação de penas de caráter perpétuo, precederia a outras de ordem convencional ou legal” (BRASIL, 2005).

É impossível louvar a nova decisão do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 não impõe a comutação da pena de caráter perpétuo em processos extradicionais. A seguir-se a lógica do Supremo Tribunal Federal, inúmeros outros dispositivos de caráter penal e processual penal previstos na Constituição de 1988 também deveriam figurar como pressupostos para o deferimento de extradições¹⁸, o que tornaria o Supremo Tribunal Federal um órgão jurisdicional revisor das decisões prolatadas pela Justiça de outros países, inclusive quanto ao processo adotado e quanto à execução posterior da pena ao extraditando. Na verdade, as condições para

¹⁸ A título ilustrativo, deveria igualmente haver análise quanto: às *limitações probatórias* (incisos XI, XII e LVI, art. 5º, CF); ao *julgamento pelo júri*, inclusive quanto à forma de funcionamento (inciso XXXVIII); à *irretroatividade plena da lei penal*, na forma do inciso XL (a Lei Fundamental da Alemanha só veicula a irretroatividade da pena e não da lei penal); à *proibição de penas de trabalho forçado* (inciso XLVII, “c”); à *forma da execução da pena privativa de liberdade* (incisos XLVIII a L), à *necessidade do trânsito em julgado para afastar-se a presunção de inocência* (inciso LVII); à *necessidade de ordem judicial para decretação de prisões* salvo em flagrante delito, na forma do inciso LXI (em inúmeros países, prevê-se a competência do Ministério Público ou da própria polícia no caso); ao foro por prerrogativa de função (arts. 102 e 105) etc. Não é necessário consignar que há na lógica uma total incompatibilidade com juízos de mera delibação, ínsitos a procedimentos extradicionais.

o deferimento dos pedidos de extradição ou decorrem diretamente da Constituição de 1988 (art. 5º, incisos LI e LII; art. 102, inciso I, “g”) ou se inserem no poder de decisão do Legislativo (art. 22, § XV) e do Executivo (art. 84, inciso VIII). Diante disso, como a vedação de prisão de caráter perpétuo se destina apenas às instituições nacionais, conclui-se que inexistem óbices a que seja aplicada, com base no direito internacional e por um tribunal internacional, pena de prisão perpétua a um brasileiro que cometa algum dos delitos previstos no Estatuto de Roma.

Passados aproximadamente seis anos da instalação do Tribunal Penal Internacional, tem-se o seguinte balanço: o seu Procurador abriu investigações para apurar crimes nos países de Uganda, Congo, Sudão (região de Darfur) e República Centro-Africana e foram expedidas pelos seus juízes oito ordens de prisão. Com a execução de uma delas, o primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional, previsto para ter início em final de 2007, começou em junho de 2008, tendo como réu Thomas Lubanga Dyilo, antigo líder da milícia União dos Patriotas Congolezes¹⁹.

5. Conclusão

A história demonstrou que, por mais vergonhoso que seja para qualquer ser humano lembrar do que foi capaz a sua espécie durante a Segunda Guerra Mundial, isso é incapaz de demover um atroz e inexplicável sentimento que lhe orienta, de quando em quando, à reiteração das barbáries então cometidas. Talvez no Tribunal de Nuremberg, os seus julgadores já pressentissem que não estavam fechando um livro, mas apenas virando uma página de um enredo que voltaria a repetir-se.

O princípio da responsabilidade individual no plano internacional, sufragada

em Nuremberg, constitui verdadeiro marco do direito penal internacional, não por haver representado a formação de um sistema perfeito, mas sim por ter fincado o alicerce da estrutura que, posteriormente, seria erguida para a responsabilização do genocídio.

Com o Tribunal Penal Internacional, ponto culminante do anseio difundido no pós-guerra, muitas das críticas dirigidas à Corte de Nuremberg foram superadas. Outras surgiram, o que é natural no direito e que deve até ser estimulado para o desenvolvimento da ciência e das instituições.

Não se deve perder de vista, por outro lado, que a competência do Tribunal Penal Internacional obedece ao princípio da complementaridade, ou seja, atuará primordialmente quando o judiciário e as instituições locais falharem na defesa de direitos humanos. Será verdadeiro soldado de reserva na luta contra a transgressão a tais direitos. Por isso, cumpre envidar esforços para que nossas instituições exerçam a contento a repressão e a prevenção ao crime de genocídio, harmonizando os elevados valores em jogo, não prestigiando, sem qualquer balanceamento de interesses e valores, aspectos formais e secundários.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 855. Relator: Min. Celso Mello. Santiago, 26 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 273. Relator: Min. Victor Nunes. Polônia, 07 de junho de 1997.

_____. _____. Habeas Corpus n. 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Porto Alegre, 30 de setembro de 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 311487/RR. Relator: Min. Cezar Peluso. Boa Vista, 15 de agosto de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 nov. 2006.

¹⁹Dados obtidos no pronunciamento do Presidente do Tribunal Penal Internacional, Juiz Philippe Kirsch, de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/presidency/PK_20070627_en.pdf>, Acesso em: 21 jul. 2007.

- CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CCPY: Comissão pró-Yanomami. [S. l.]: NORAD, 2007. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br>>. Acesso em: 6 abr. 2008.
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Pernambuco: Ara Editores, 2007.
- CHARNY, Israel W. (Ed.). *Encyclopedia of genocide*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 1999. 2. v.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, v. 9/10, p. 27-36, jan./jun. 1973.
- GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999.
- _____. Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas*. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GONÇALVES, Joaquisval Brito. O legado de Nuremberg. In: LEÃO, Renato Zerbini Carneiro (Coord.). *Os novos rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005. 4 v.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 6 v.
- JUROVICS, Yann. O processo internacional penal diante do tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 61, p. 181-213, jul./ago. 2006.
- KAHN, Leo. *Nuremberg: epílogo da tragédia*. Tradução de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973.
- KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law?. *International Law Quarterly*, London, v. 2, p. 153-164, 1947.
- LA JUSTICIA italiana califica la dictadura argentina de "genocidio". *El País*, Madri, 20 jun. 2007. Internacional. Disponível em: <http://www.elpais.com/solotexto/articulo.html?xref=20070620elpepuint_5&type=Tes&anchor=elpepuint> . Acesso em: 2 abr. 2008.
- LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- LOZADA, Martín. Genocidio: un crimen internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 46-80, abr./jun. 2003.
- MACIEL, Anor Butler. Genocídio. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 169, p. 501-508, jan./mar. 1955.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- REZEK, Francisco. Princípio da complementariedade e soberania. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n. 11, p. 66-69, maio/ago. 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 1997.
- SABÓIA, Gilberto Vergne. A criação do tribunal penal internacional. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 11, p. 6-13, maio/ago. 2000.
- SHELTON, Dinah L. (Ed.). *Encyclopedia of genocide and crimes against humanity*. Detroit: Thomson Gale, 2005. 3 v.
- TIBURCIO, Carmen. A EC 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- UNITED NATION HUMAN RIGHTS. Geneva: OHCHR, [200-]. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/1.htm>> . Acesso em: 02 abr. 2008.
- VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo. El crimen de genocidio en derecho internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 105, p. 917-946, set./dez. 2002.

Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras

Paulo Vargas Groff

Sumário

Introdução. 1. Direitos Fundamentais na Constituição de 1824. 2. Direitos Fundamentais na Constituição de 1891. 3. Direitos Fundamentais na Constituição de 1934. 4. Direitos Fundamentais na Constituição de 1937. 5. Direitos Fundamentais na Constituição de 1946. 6. Direitos Fundamentais na Constituição de 1967. 7. Direitos Fundamentais na Constituição de 1969. 8. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 9. Considerações finais.

Introdução

O Brasil já teve oito Constituições ao longo da sua história como país independente. Essas Constituições sempre trouxeram um espaço para os Direitos Fundamentais. Esse espaço foi sendo ampliado a cada nova Constituição, num caminhar crescente, de ampliação e introdução de novos direitos fundamentais, acompanhando as mudanças que foram ocorrendo no cenário mundial. Desse modo, essas Constituições também foram recepcionando as diversas gerações de direitos, na época em que esses direitos apareceram nas primeiras Constituições dos países democráticos.

Essa evolução dos direitos fundamentais nas Constituições é o objeto deste trabalho, e, para isso, trataremos separadamente das diversas Constituições brasileiras, analisando diversos aspectos que têm relação com os direitos fundamentais, em cada

Paulo Vargas Groff é doutor em Direito pela Université de Paris I (PANTHÉON-SORBONNE), mestre em Ciência Política pela Université de Paris III (SORBONNE NOUVELLE), bacharel em Direito pela UNISINOS, professor da Graduação, da Especialização e do Mestrado em Direito da URI (Campus de Santo Ângelo-RS), pesquisador e advogado.

período político-constitucional em que as Constituições estavam em vigor. Portanto, trataremos da Constituição de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

1. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1824*

A Constituição de 1824 foi influenciada pelas idéias liberais e pelo constitucionalismo em voga na Europa. Todavia, a preocupação maior das elites brasileiras era a construção de um Estado-nação, o que relegava para um segundo plano a implantação de uma democracia liberal. O regime monárquico mesclava a adoção de uma lógica e de uma prática liberal e autoritária. A Monarquia era vista como a única maneira de manter a unidade nacional (Cf. GROFF, 2002, p. 11). Nesse contexto, havia grandes dificuldades para o avanço dos direitos fundamentais.

1.1. *A Constituição de 1824 e a monarquia centralizadora*

A Constituição foi outorgada por D. Pedro I, em 1824. Ela foi elaborada por um Conselho de Estado, que ocupou o lugar deixado pela Assembléia Constituinte, que foi inicialmente convocada, mas posteriormente dissolvida em função de divergências com o Imperador. O projeto de Constituição foi ainda submetido à aprovação das Câmaras Municipais, o que não lhe retirou a ilegitimidade.

A Constituição realizou uma divisão administrativa do território brasileiro, dividindo-o em províncias, que substituíram as capitanias (art. 2^o), mantendo a forma unitária de Estado, com a centralização do poder político. A forma de governo adotada foi a monarquia hereditária, constitucional e representativa (art. 3^o).

A Constituição de 1824 sofreu a influência do pensamento político da época, precisamente da teoria de Benjamin Constant, no que se refere a criação do poder neutro ou moderador. Dessa maneira, havia quatro

Poderes (art. 10): Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Poder Moderador, afirmava a Constituição, era a chave de toda a organização política. Esse Poder era exercido pelo Imperador, e se destinava a velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros Poderes (art. 98). A pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma (art. 99). Naturalmente, tal instituição desfigurava a idéia de equilíbrio e controle recíproco entre os poderes.

O Poder Executivo era exercido por um ministério, de livre nomeação e demissão pelo Imperador, que era também o chefe do Poder Executivo (art. 102). Assim como o Imperador não tinha qualquer responsabilidade, os seus ministros não tinham o dever de prestar contas, embora fossem responsáveis por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, § 6^o).

O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia Geral, composta por duas Câmaras: Câmara de Deputados e Câmara de Senadores ou Senado (art. 14). A Câmara de Deputados era composta por deputados eleitos por período temporário (art. 35) e o Senado era composto de senadores vitalícios e de livre escolha do Imperador, a partir de lista tríplice eleita pelas províncias (art. 40). As eleições eram indiretas, tanto para senadores como para deputados, pois os cidadãos elegiam em assembleias paroquiais os eleitores das províncias (art. 90). Havia também a possibilidade de o Poder Moderador exercer o direito de dissolução da Câmara dos Deputados (art. 101).

O Poder Judiciário era composto de um Supremo Tribunal de Justiça, que era um órgão superior localizado na capital do Império (art. 163). Esse Tribunal foi criado pela Lei Complementar de 18 de setembro de 1828. Ainda existiam os Tribunais de Relação nas Províncias, os juizes de direito, os juizes de paz e os jurados. Esse Poder também era frágil, pois podia o Imperador, no exercício do Poder Moderador, suspender os magistrados (art. 101). Muitos membros

do Supremo Tribunal de Justiça foram aposentados mediante decreto do Poder Executivo (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 36-37). O texto constitucional era contraditório, pois ao mesmo tempo em que afirmava que os juízes seriam perpétuos (art. 153 c/c art. 155) acabava negando as garantias constitucionais da magistratura: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 153 c/c art. 154).

O controle de constitucionalidade não era atribuído ao Poder Judiciário. Essa função foi destinada à Assembléia Geral, que, nos termos do art. 15, n. 80, tinha a faculdade de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, seguindo o modelo revolucionário francês. Consta que o Legislativo fez esse controle em apenas duas oportunidades (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 36-37). A função de uniformização da jurisprudência poderia ter sido atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça, mas isso não constava no rol das suas atribuições (art. 163). Desse modo a jurisprudência não era uniformizada em todo o país, o que acabava gerando uma aplicação desigual da lei entre cidadãos de um mesmo país, sendo algo atentatório aos direitos fundamentais.

Além dos aspectos constitucionais analisados, a verdade é que a Constituição formal e a Constituição real estavam muito distantes. O Brasil teve um governo que estava muito longe dos ideais liberais colocados em prática nos países desenvolvidos. Tínhamos, em verdade, um governo autoritário, com fortes caracteres absolutistas.

1.2. Os Direitos civis e políticos

A Constituição de 1824 tinha como seu Título 8º: Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Este era o último título da Constituição. Também o art. 179, que trazia um extenso rol de direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, era o último artigo da Constituição. Isso demonstra que a Constituição não destinou um espaço de relevância para os direitos fundamentais.

O art. 179 afirmava que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Inspirava-se para isso no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Porém, diferente da Declaração francesa, não fez menção a um quarto direito natural: o direito de resistência à opressão.

No art. 179, constavam 35 incisos, contemplando direitos civis e políticos. Entre os direitos, encontravam-se: a legalidade, a irretroatividade da lei, a igualdade, a liberdade de pensamento, a inviolabilidade de domicílio, a propriedade, o sigilo de correspondência, a proibição dos açoites, da tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis, entre outros direitos e garantias.

É interessante também assinalar a presença de direitos sociais na Constituição de 1824 no rol do art. 179: o direito aos socorros públicos (XXXI) e o direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII), apesar de os direitos sociais serem um evento próprio do século XX.

Em relação a proteção judicial dos direitos fundamentais, a Constituição de 1824 não criou instrumentos apropriados para a defesa dos direitos fundamentais. O *habeas corpus* não foi criado explicitamente pela Constituição de 1824, muito embora Pontes de Miranda (1999, p. 170) sustente que era possível extraí-lo da Constituição, quando esta decretou a independência dos poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer de tudo quanto se entendesse como inviolabilidade penal. Pontes (1999) assinala ainda que de nada adianta o direito material prever um determinado direito sem um remédio processual capaz de garanti-lo, como é o caso do *habeas corpus*. Por outro lado, Pontes (1999) observa que o *habeas corpus* já existia no direito brasileiro mesmo antes da Constituição de 1824, com o Decreto de 23 de maio de 1821, embora não com o nome de *habeas corpus*, mas com a denominação

de “ação de desconstrangimento”. Com o nome de *habeas corpus*, essa ação foi criada pelo Código de Processo Criminal do Império de 1832. Pontes (1999) observa que o *habeas corpus* é pretensão, ação e remédio. Como pretensão estava no Código Criminal (arts. 183-188), de 1830, e como ação e remédio estava no Código de Processo Criminal do Império de 1832.

Os direitos políticos dos cidadãos eram graduados segundo suas rendas e *status* social. A Constituição estabelecia claramente a renda necessária para o cidadão votar na escolha dos eleitores da província: renda líquida anual de cem mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou de empregos (art. 92). Para ser candidato a deputado, a renda líquida anual deveria ser de quatrocentos mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou de empregos (art. 95). Portanto, reinava o chamado voto censitário, o que não consistia numa particularidade brasileira, mas algo também existente nos principais países europeus (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 60). Vedava-se também o voto aos analfabetos (art. 92), que representavam mais de 80% da população no fim do século XIX, e às mulheres, que constituíam em torno de 50% da população. Em todo o Brasil somente 1% da população participava do processo eleitoral (Cf. FURTADO, 1969, p. 150).

No fim da Monarquia, houve importantes alterações do processo político e eleitoral. A Lei n. 3.029, de 9/01/1881, conhecida como “Lei Saraiva”, aboliu as eleições indiretas, introduzindo a eleição direta, e adotou o voto do analfabeto. Apesar desse passo importante, esta última inovação foi em seguida confiscada pela Constituição de 1891 (art. 70, § 1º, item 2º). Os analfabetos foram readquirir o direito ao voto quase um século depois, por meio da Emenda Constitucional n. 25, de 15/05/1985, que alterou o art. 147 da Constituição de 1969. Para estes o voto passaria a ser facultativo. A Constituição de 1988 manteve essa mesma previsão.

Apesar da declaração de direitos e garantias expressas na Constituição (art.179), resultante das idéias liberais da época, foi mantido o sistema escravocrata durante todo o Império, estando isso relacionado com a base econômica da época e a monocultura latifundiária. Somente no fim do Império, em 1888, é que foi abolida a escravidão. Isso demonstra o quanto esse regime político-constitucional era contraditório.

2. Direitos Fundamentais na Constituição de 1891

A monarquia no Brasil teve o seu fim com a proclamação da República, em 1889. Essa mudança foi formalizada pelo Decreto n. 1, de 15-11-1889, que introduziu a República e o federalismo. A proclamação da República representou um marco fundamental no constitucionalismo brasileiro, momento em que surgiam novas instituições, baseadas na matriz constitucional norte-americana. Porém, essas instituições passaram a conviver com uma cultura política conservadora e autoritária. Nesse contexto a garantia dos direitos fundamentais, embora formalmente prevista na Constituição, ficava prejudicada na prática.

2.1. A Constituição de 1891 e o Estado oligárquico

Em 1891 surge a primeira Constituição republicana, promulgada em 24-02-1891. Ela foi elaborada e promulgada pelo Congresso constituinte, e teve como referência o projeto de Constituição elaborado por comissão nomeada pelo chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca. A inovação constitucional ficou por conta da introdução da República, do federalismo (art. 1º), do presidencialismo e da separação dos três Poderes, harmônicos e independentes entre si (art. 15). A Constituição de 1891 seguiu o modelo constitucional norte-americano e foi inspirada nos ideais republicanos e liberais.

A Federação e a República são elementos centrais do Estado brasileiro, afirmando Geraldo Ataliba (apud ROCHA, 1996, p. 71) que eles são os princípios mais importantes, exercendo um papel principal na exegese. A forma federal de Estado, nessa primeira fase da República, foi a consagração das oligarquias rurais, que detinham o controle de todos os níveis de poder, do central ao local. Essas elites se reuniam em torno de um partido único, com autonomia em nível estadual, o partido republicano, que nem sempre era homogêneo (Cf. CARONE, 1976, p. 143). A forma federal aparece como sinônimo de descentralização política, para dar maior autonomia e pacificar as províncias, num país de território continental e com diversidades culturais as mais variadas possíveis. A República implantada em 1889 é motivo de críticas por muitos autores. A República é acusada de não ter legitimidade popular, devido a inexistência de participação popular na proclamação da República. Carmem Rocha (1996, p. 48-53) afirma que o povo não resistiu ao fim da Monarquia, sendo a apatia do povo talvez devido a desagregação progressiva do antigo regime ligado ao fim da escravidão e às questões religiosas e militares. A apatia do povo se explica ainda pela falta de mudança de elites políticas, das oligarquias. Faoro (1977, p. 567) observa que a República, após dez anos de vida, havia deixado de lado o povo, como tinha feito o Império após 1840.

O Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República, conjuntamente com o Vice-presidente (art. 41), acumulando as funções de chefe de Estado e de governo, caracterizando assim o sistema de governo presidencialista. As eleições do Presidente e do Vice-presidente passaram a se dar por eleições diretas, para um mandato de 4 anos (art. 43).

O Poder Legislativo era representado pelo Congresso Nacional (art. 16), composto pela Câmara dos Deputados, integrada por deputados federais eleitos por três anos

(art. 17), e pelo Senado, integrado por senadores eleitos por nove anos, sendo 3 por Estado, com renovação trienalmente por um terço (art. 31).

O Poder Judiciário tinha o seu órgão máximo que era o Supremo Tribunal Federal (art. 55), que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça do Império. Foi criado um Poder Judiciário federal e outro estadual. Os magistrados possuíam a garantia constitucional da vitaliciedade, somente podendo perder o cargo mediante sentença judicial, e irredutibilidade dos vencimentos (art. 57), e, além disso, não podiam mais ser suspensos como no período da Monarquia (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 38).

Os órgãos do Poder Judiciário podiam realizar o controle de constitucionalidade sobre o caso concreto, seguindo o modelo norte-americano de controle difuso pela via indireta ou incidental. Mas os republicanos brasileiros esqueceram de trazer o efeito *erga omnes* daquele sistema, em que as decisões da Suprema Corte, em nível recursal, têm efeito *erga omnes*. Durante toda a Primeira República, o nosso controle de constitucionalidade tinha apenas o efeito *inter partes*. Como a Constituição de 1891 não destinou ao STF um *judicial control* pleno, mas apenas um *judicial control* restrito ao controle da constitucionalidade das leis estaduais diante da Constituição Federal, o STF se satisfez com o seu papel estabelecido nos restritos termos da Constituição, negando-se a "criar e engrandecer um princípio que se não harmonizava com as nossas praxes políticas [...] qual o da jurisprudência a derrubar a lei, contra a autoridade, em favor dos direitos individuais" (CALMON, 1937, p. 187). Nessa mesma linha, o STF entendeu que a Constituição não lhe havia atribuído a competência para uniformizar a jurisprudência a respeito da norma constitucional, negando-se a alterar a interpretação dada pelos Tribunais estaduais. Foi preciso esperar a emenda constitucional de 3 de setembro, dentro da reforma de 1926, que explicitou a atribuição

do STF para uniformizar a interpretação da Constituição e das leis federais. A falta de criatividade desse novo Tribunal devia-se muito ao fato de ser composto por juízes do velho regime, sem consciência do seu papel no novo regime (Cf. NUNES, 1943, p. 59). A revisão ainda estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal.

Do mesmo modo que a Constituição de 1824, a Constituição de 1891 formal ficou muito aquém da Constituição real.

2.2. Declaração de direitos e direitos políticos

A primeira Constituição republicana tinha como título IV – Dos Cidadãos brasileiros, e nela a Seção II – Declaração de direitos. Nessa seção o artigo 72 trazia um rol de direitos e garantias individuais, ou seja, direitos da primeira geração, não muito diferentes daqueles previstos na Constituição de 1824.

Ao rol de direitos da Constituição de 1824 foram acrescentados os seguintes direitos e garantias: extensão dos direitos aos estrangeiros; igualdade republicana; liberdade de culto; casamento civil e gratuito; cemitérios seculares; ensino leigo nos estabelecimentos públicos; fim da religião de Estado; direitos de reunião e associação; ampla defesa; perda da propriedade em decorrência de desapropriação por necessidade e utilidade pública, mediante indenização prévia; abolição das penas de galés e do banimento judicial; abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra; *habeas corpus*; propriedade intelectual e de marcas e instituição do júri. É importante destacar que alguns acréscimos se deram em função da separação entre o Estado e a Igreja.

A Constituição trazia um rol apenas demonstrativo de direitos, deixando em aberto a possibilidade do reconhecimento de outros direitos não-enumerados, “mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”

(art. 78). Isso representa uma inovação em comparação com a Constituição de 1824. Com isso, a Constituição de 1891 introduz no constitucionalismo brasileiro um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, surgindo também na doutrina uma teoria dos direitos fundamentais “implícitos e decorrentes” (Cf. SARLET, 2007, p. 92).

A Constituição de 1891 foi a primeira a constitucionalizar a garantia do *habeas corpus*, e fez isso no art. 72, § 22: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”. A previsão constitucional do *habeas corpus* gerou um forte debate referente a interpretação do dispositivo introduzido na Constituição (Cf. MIRANDA, 1999, p. 227-236). Existiam duas correntes, sendo uma tradicional e outra renovadora. A tradicional, que foi recepcionada pelo STF, afirmava que o enunciado colocado na Constituição não tinha alterado em nada aquele *habeas corpus* existente durante o Império, pelo Código Criminal de 1930, do Código de Processo Criminal de 1832 e as demais leis do Império. A primeira corrente admitia o *habeas corpus* somente para amparar a liberdade de locomoção. A segunda corrente entendia que o constituinte foi mais longe que o legislador do Império, pois, segundo o enunciado da Constituição, o *habeas corpus* seria dado sempre que alguém sofresse ou se achasse em eminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. A revisão constitucional de 1926 mudou a redação referente ao *habeas corpus*: “Dar-se-á o *hábeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Portanto, foi explicitado que o *habeas corpus* serviria para proteger apenas a liberdade de locomoção. Todavia, foi simplesmente feita a restrição referente ao cabimento do *habeas corpus*, sem a criação

de outro instrumento judicial apropriado para a defesa dos direitos individuais (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 63).

A regulamentação do *habeas corpus*, durante a primeira República, continuou sendo pelo Código de Processo Criminal de 1832, que vigorou até a vinda do Código de Processo Penal de 1941.

Pontes de Miranda (1999, p. 223) aponta a função social do instituto do *habeas corpus*:

“[...] o *habeas corpus* exerceu no Brasil, após mais de século de adoção, principalmente, até 1930 e entre 1934 e 1937, extraordinária função coordenadora e legalizante. Se as nossas estatísticas fossem perfeitas, se tivéssemos notícias e dados exatos de nossa vida social e moral, estaríamos aptos a avaliar o grande bem que à evolução do país tem produzido o *habeas corpus*. Nos territórios pobres, em que a existência é penosa e o trabalhar árduo, com princípios de religião formalista e autoritária e o inevitável resíduo do fato econômico-jurídico da escravidão – nós ainda vivemos, no interior, como se coexistissem na mesma forma social o presente da civilização universal e o passado da nossa realidade histórica. Há pequena minoria que explora, com o auxílio do analfabetismo, da força policial e política, etc., a grande maioria dos indivíduos nascidos no Brasil”.

Porém, Baleeiro (2001b, p. 51) observa que o *habeas corpus* quase não existia, na prática, no Rio Grande do Sul, em função da existência de governos alicerçados nas idéias do positivismo inspirado em Augusto Comte, e que pregava uma ditadura científica. Durante o governo de Júlio de Castilhos, este promoveu processos contra juízes que ousaram conceder *habeas corpus*.

Apesar de ter sido uma Constituição que não tenha trazido avanços sociais, a Constituição (art. 75) tratava do direito de

aposentadoria aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço do Estado. Podemos constatar que a previsão de aposentadoria aos funcionários públicos é somente para uma situação bem restrita. A Constituição de 1824 nada referia a respeito de aposentadoria. Na fase final da Primeira República, surgiram algumas legislações de cunho social, embora apenas no nível infraconstitucional. Isso em decorrência das idéias surgidas e expandidas pelas nações vitoriosas da Primeira Grande Guerra (1914-1918). A primeira delas surgiu em 1919 e foi a primeira Lei de Acidentes do Trabalho. Depois, em 1924, apareceu a Lei Eloy Chaves, que criou o primeiro Instituto de Aposentadorias, o dos Ferroviários. Posteriormente, em 1926, surgiu a primeira Lei de Férias para trabalhadores (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 51).

No que se refere aos direitos políticos, poderemos apontar algumas particularidades. A Constituição de 1891 introduziu o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República. Também a eleição direta passou a ser a regra em nível estadual e municipal. Para ser eleito (candidato), era necessário ter 21 anos de idade (art. 70). Não podiam votar os mendigos, os analfabetos e as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior (art. 70). Em comparação com a Constituição de 1824, a Constituição de 1891 não fazia a exigência de uma determinada renda para ser eleitor. Contudo, o poder local continuava sob o domínio dos coronéis (fazendeiros), como no Império. Esses coronéis detinham o poder econômico e se favoreciam do voto a descoberto, ficando, assim, prejudicada a introdução do voto direto.

Embora constasse na Constituição uma declaração de direitos e garantias, não havia muita aplicação prática, pois a sociedade civil era fragilmente organizada. Além disso, a descentralização vinda com a Constituição de 1891, passando a magistratura ao domínio dos Estados e deixando

o poder para as oligarquias, representou uma regressão do sistema de garantias das liberdades individuais que o Império havia começado a organizar (Cf. TORRES, 1965, p. 81).

3. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1934*

A “revolução de 1930” rompe com o Estado oligárquico e introduz na prática um Estado do tipo populista. Ela apresentou renovação das estruturas e das instituições, apesar de as mudanças não terem sido muito profundas. É mais apropriado se falar de reforma do Estado do que em uma transformação (revolução) do Estado.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, considerada avançada para o seu tempo, que introduz novos direitos, direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais.

3.1. *A Constituição de 1934 e a Revolução de 30*

Instalado o governo provisório, sob o comando de Getúlio Vargas, foi editado o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Essa norma alterou a Constituição de 1891, e vigorou até a Constituição de 1934. O Decreto concedeu plenos poderes ao governo provisório, inclusive com poderes legislativos, até a elaboração de uma nova Constituição. O decreto também dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias legislativas dos Estados e as Câmaras dos Vereadores dos Municípios, previu a indicação dos governadores pelo governo provisório federal e a magistratura perdeu suas garantias.

Em 16-07-1934, foi promulgada pelo Congresso constituinte uma Constituição inspirada na Constituição alemã de Weimar, de forte conotação social, introduzindo matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária.

Nesse período ocorreu a elaboração de um grande número de legislações e

ações do governo na área social. Já haviam sido criados, no primeiro mês do governo provisório, dois grandes Ministérios: o Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio e o Ministério da Educação e da Saúde Pública, dos quais decorreram diversos órgãos e ações de grande importância e repercussão nacional.

A Constituição de 1934 manteve os principais fundamentos constantes na Constituição de 1891, como a República, o federalismo e o presidencialismo. Todavia, no que se refere ao federalismo, houve um aumento da enumeração das competências da União.

No Poder Legislativo houve inovação. A Câmara ou Assembléia Nacional era o órgão legislativo por excelência, e era composta por deputados eleitos, segundo o sistema proporcional, e deputados classistas, profissionais diversos eleitos por suas respectivas categorias de trabalhadores. Ao Senado cabia colaborar com a Câmara em relação ao tratamento de algumas matérias, e tinha também outras atribuições privativas. Suas atribuições se relacionavam mais com as matérias federativas. Portanto, a Constituição mitigou consideravelmente as atribuições legislativas do Senado. A idéia do anteprojeto de Constituição elaborado pelo Poder Executivo era suprimir o Senado e criar em seu lugar um Conselho Supremo, que seria um órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas.

A Constituição de 1934 tinha a preocupação em limitar o poder do Presidente da República; por isso em matérias sensíveis, a última palavra cabia sempre ao Poder Legislativo, como no caso de decretação do estado de sítio (art. 56, n. 13 c/c art. 175) e na intervenção federal nos Estados (art. 56, n. 12 c/c art. 12, § 1º).

Em matéria de controle de constitucionalidade, o avanço que pode ser considerado se deu na atribuição conferida ao Senado para suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, dando efeito *erga*

omnes à decisão tomada dentro do controle difuso. Com isso, a decisão do STF poderia passar a ter efeito *erga omnes*, mas não em decorrência da força da sua decisão, como ocorre no sistema norte-americano, mas sim por meio de um órgão do Poder Legislativo, o Senado. Foi ainda introduzida a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que não é um controle em abstrato puro, mas um meio termo entre o controle em tese e o concreto, pois o controle é um pressuposto da intervenção federal. Pela Constituição de 1934, o Procurador-Geral da República submetia ao STF a própria lei de intervenção e não a lei estadual inquinada de inconstitucional por violar princípio constitucional sensível (art. 7^a). A Constituição ainda criou o recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância, quando se questionasse sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição (art. 176, III).

A Constituição era uma Carta que inovou o constitucionalismo brasileiro e era muito avançada para a época. Ela trazia como valor maior o bem comum (Cf. BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 9). No entanto, a Constituição de 1934 teve uma duração muito curta e quase não foi aplicada. Em 1935 houve a tentativa de um golpe de Estado pelos comunistas, chamada de "intentona comunista". O Presidente aproveitou esse momento e conseguiu a aprovação de Emenda Constitucional, em 18 de dezembro de 1935, que lhe permitia a declaração de Estado de sítio e de guerra. Em 1937 houve o golpe de Estado. Em verdade, entre 1933 e 1937, tinha-se a presença de duas ordens: uma revolucionária, conduzida por Getúlio Vargas; outra constitucional, regulada pela Constituição de 1934.

3.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

A Constituição de 1934, dando continuidade à tradição das Constituições brasileiras, previu um capítulo sobre direitos e garantias, e repetiu em seu art. 113 e seus 38

incisos extenso rol de direitos individuais, além de terem sido acrescentados outros incisos.

No rol dos novos direitos individuais, constam: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; explicitou o princípio da igualdade; permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais; instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão; instituiu o mandado de segurança; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; impediu a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião, e, em qualquer caso, a de brasileiros; criou a assistência judiciária para os necessitados; determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos; isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor; e atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

É importante destacar a inovação em nível da garantia dos direitos fundamentais, com a criação do mandado de segurança, para proteção de direito "certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade". O fato de ter previsto que o direito deveria ser incontestável e inconstitucional serviu de argumento para se criar obstáculo ao cabimento de mandado de segurança. Esse remédio jurídico foi criado para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, que foi instituído pela Constituição de 1891 e era de larga abrangência, e que, a partir de 1926, tinha ficado restrito a proteção da liberdade de locomoção. Ainda nesse período, surgiu a Lei n. 191, de 16/01/1936, que foi a primeira norma

infraconstitucional a regulamentar esse novo remédio constitucional.

Foi ainda criado outro remédio, a ação popular, surgindo assim o primeiro instrumento de defesa da cidadania, para anular qualquer ato lesivo ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

Inovou ainda a Constituição no que se refere ao direito de propriedade, afirmando que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, XVII).

O *habeas corpus* estava previsto no art. 113, § 23. Todavia, fazia-se ressalva que não cabia o *habeas corpus* em relação às transgressões militares.

Além dos tradicionais direitos individuais, a Constituição de 1934 inovou ao introduzir no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais, de segunda geração. Esses direitos foram tratados separadamente dos direitos individuais, constando dentro do Título que tratava “Da Ordem Econômica e Social”.

No rol das normas de proteção social do trabalhador, constavam: proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador; limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres; repouso semanal, de preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica sanitária ao trabalhador; assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação

do exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; e obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos. Para dirimir os conflitos resultantes das relações trabalhistas, regidas pela legislação social, a Constituição criou a Justiça do Trabalho (art. 122), vinculada ao Poder Executivo.

Em relação aos direitos culturais, a Constituição previa: direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana (art. 149); obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150); ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno (art. 153); liberdade de ensino e garantia de cátedra (art. 155).

Fruto da introdução desse Estado social, havia ainda outras previsões na Constituição. Quando tratava da ordem econômica, afirmava que estava garantida a liberdade econômica, dentro dos limites da Justiça e das necessidades da vida nacional, “de modo que possibilite a todos existência digna”. Afirmava ainda que “os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País” (art. 115).

Essas matérias relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais até então não eram consideradas matérias constitucionais. Essa constitucionalização se deu sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919, e de outras Constituições daquele período, que também passaram a tratar desse tipo de matéria.

Em relação aos direitos políticos, houve algumas alterações. Para a eleição de Presidente da República, o sufrágio, além de universal e direto, seria também secreto (art. 52). Apesar dessa previsão, a própria Assembléia Nacional Constituinte elegeu,

de forma indireta, o Presidente da República. As eleições que seriam diretas, em 1937, não ocorreram em função do golpe de Estado. Também os membros do Senado e os governadores foram eleitos de forma indireta, pelas Assembléias Constituintes dos Estados (art. 3º, das Disposições Transitórias).

O sufrágio feminino estava assegurado, em igualdade com o masculino (art. 108): “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”. Idéia essa também presente na declaração de direitos da própria Constituição (art. 115), ao estabelecer a igualdade e vedar quaisquer privilégios, distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Na verdade, o voto feminino já havia sido introduzido pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro, veiculado pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

Outro avanço em nível eleitoral, trazido pela Constituição, foi a criação da Justiça Eleitoral, incorporando-a ao Poder Judiciário. Essa medida já constava no Código Eleitoral de 1932. Entre as competências da Justiça Eleitoral estava a de “conceder *habeas corpus* e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral” (art. 83, f).

Reafirmando o compromisso da Constituição com os direitos fundamentais, previa como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentassem contra “o gozo ou o exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais” (art. 43).

4. Direitos Fundamentais na Constituição de 1937

Getúlio Vargas provocou um golpe de Estado, em 1937, apoiado pelos militares, para permanecer no poder, instalando o denominado “Estado Novo”. Faltava um mês para as eleições presidenciais, e Getú-

lio não era candidato a reeleição. A versão oficial do regime para o golpe foi a ameaça comunista e integralista que pairava sobre a nação. O fundamento para o golpe foi um plano que tratava de um projeto de golpe de Estado pelos comunistas, chamado “plano Cohen”, mas que na verdade se tratava de um falso plano elaborado pelo governo. O regime imposto tentou angariar alguma legitimidade, apresentando uma nova Constituição. Diante dessa conjuntura ditatorial, os direitos fundamentais ficam sem qualquer garantia.

4.1. A Constituição de 1937 e a ditadura do Estado Novo

A Constituição de 10-11-1937 institucionalizou um Estado autoritário, o Estado Novo. Ela concedeu amplos poderes ao Presidente da República, colocando-o como suprema autoridade estatal; restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário; retirou a autonomia dos Estados-membros; dissolveu a Câmara, o Senado, e as Assembléias Estaduais; restaurou a pena de morte; os partidos políticos foram dissolvidos; a liberdade de imprensa era inexistente; entre outras medidas ditatoriais. Houve inclusive um ato solene de queima das bandeiras dos Estados, para simbolizar a dominação do poder central e a unidade nacional, alegando-se que os Estados estariam representados, a partir daquela data, pela bandeira nacional (Cf. CARONE, 1976, p. 164).

A Carta de 1937 teve como referência a Constituição polonesa de 1935, por isso a oposição ironicamente a chamava de “polaca”. Era uma Constituição de cunho fascista, inspirada no regime fascista italiano e alemão. Além do mais, a Constituição de 1937 foi outorgada, assim como também foram as Constituições estaduais, pelos respectivos governos (art. 181).

A Carta do Estado Novo não foi uma Constituição no sentido real do termo. Ela não passou de uma grande fraude política ou até mesmo um estelionato político, de-

vido aos diversos artigos que concederam plenos poderes a Getúlio Vargas, e um mandato indefinido. Afirmava o art.187 que a Constituição entraria em vigor e vigoraria até a realização de plebiscito nacional, de acordo com forma estabelecida por decreto do Presidente da República. Todavia o decreto não foi expedido. Em decorrência dessa omissão, não podiam ser aplicados outros dispositivos, como: “o atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187” (art. 175). Previa também a Constituição um Parlamento Nacional, todavia condicionava a realização das eleições para depois do plebiscito, quando seriam marcadas pelo Presidente da República.

Autores como Fernando Whitaker da Cunha (apud BARROSO, 1996, p. 13) negam a existência jurídica da Constituição de 1937, porque ela não teria sido submetida ao plebiscito previsto no seu artigo 187. Nesse caso, a Constituição teria “apenas um valor histórico”. O próprio Francisco Campos, que foi o principal autor da Constituição de 1937, quando do seu rompimento com Getúlio em março de 1945, em entrevista concedida à imprensa, disse que ela era um documento que não podia “invocar em seu favor o teste da experiência”, pois não foi “posta à prova”, permanecendo “em suspenso desde o dia de sua outorga” (PORTO, 2001, p. 17). Afirmava ainda que a Constituição não tinha mais vigência, era “de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico por não haver adquirido ou haver perdido sua vigência”.

Quanto ao Judiciário, aparentemente independente, sofria o controle do governo, devido a um dispositivo constitucional que permitia ao Presidente da República a aposentadoria compulsória de qualquer agente (art. 177 e Lei Complementar nº 2). A magistratura perdeu suas garantias. Foi criado um Tribunal de exceção, o Tribunal

de Segurança Nacional, para processar e julgar os crimes contra o Estado e a estrutura das instituições (art. 172). As leis que fossem declaradas inconstitucionais pelo Judiciário poderiam ser validadas pelo Presidente da República (art. 96, § único c/c art. 180). Além disso, foi extinta a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, sendo apenas órgãos do Poder Judiciário o STF; os juízes e tribunais dos Estados, Distrito Federal e dos territórios (Tribunais de Apelação); e os juízes e tribunais militares (art. 90). A Justiça Eleitoral foi recriada no fim do Estado Novo, pelo Decreto-lei n. 7.586, de 28/05/1945.

Entre tantos abusos permitidos pela Constituição de 1937, também em matéria de controle constitucional houve retrocesso. Previa o controle difuso, mas não previa a remessa para o Senado para dar efeito *erga omnes*. Além disso, a Constituição previa que o Presidente da República poderia submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional pelo STF, que, pelo *quorum* de dois terços, poderia revogar a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo STF.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Presidente foi pressionado a fazer a abertura política. Pelo Decreto n. 9, de 28/02/1945, o governo organizou as eleições presidenciais, para os governadores dos Estados e para o Congresso Nacional, tendo este ainda a atribuição de elaborar uma nova Constituição. Porém, Getúlio é afastado do poder antes das eleições, sob suspeita de que desejava permanecer no poder, como em 1937.

4.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

Em qualquer regime ditatorial, não há espaço para os direitos fundamentais, ou seja, são incompatíveis o regime ditatorial e os direitos fundamentais.

José Afonso da Silva (2000, p. 169) afirma que essa Constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”.

A Carta de 1937 extinguiu o remédio heróico do mandado de segurança, criado pela Constituição de 1934. Apesar disso, o Decreto-lei n. 6, de 16/11/1937, restaurou o mandado de segurança. Do mesmo modo, o primeiro Código de Processo Civil nacional, de 1939, refere-se ao mandado de segurança. Em ambas as normas infraconstitucionais, o mandado de segurança não era cabível contra os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Foram instituídas a censura prévia e a pena de morte. Esta última para os casos expressamente especificados, inclusive para a subversão da ordem política e social por meios violentos e para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Apesar de tudo, a Constituição de 1937 consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122. Além da tradicional repetição dos direitos fundamentais clássicos, trouxe algumas novidades: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamentos dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular. Mas tudo isso não teve qualquer efetividade.

Pontes de Miranda (1999, p. 300) assinala que “A Carta de 1937, apenas outorgada, longe estava de aceitar a liberdade física e as demais liberdades com direitos do homem”.

Esse regime ditatorial, no seu transcorrer, agiu contra as liberdades individuais, punindo e perseguindo os “adversários” do regime. Todavia muitas das ações governamentais vieram ao encontro da grande massa de trabalhadores, como foi o caso da criação da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Nela estava previsto o *habeas corpus* (art. 122, XVI), porém era uma Constituição

que possuía os arts. 166-173, e no art. 186 anunciava: “É declarado, em todo o país, o estado de emergência”. O país viveu em constante estado de emergência, e, nesse ambiente, os direitos que, mesmo previstos na Constituição, não alcançam efetividade.

5. Direitos Fundamentais na Constituição de 1946

Este período é chamado da “Redemocratização” ou da “Quarta República” porque vem após o regime ditatorial do Estado Novo, e é uma tentativa de implantação da democracia. Havia uma onda de democracia no mundo todo, após o fim da Segunda Guerra Mundial. Todavia, o fim da guerra trouxe a “guerra fria”, geradora de grande instabilidade política no mundo, na América Latina e, em especial, no Brasil.

Esse período foi inaugurado com uma nova Constituição, que se espelha na Constituição de 1934, inclusive em relação aos direitos fundamentais.

5.1. A Constituição de 1946 e a redemocratização

A Constituição promulgada em 18-09-1946 se propôs a ser uma Carta democrática, tendo sido promulgada por uma Assembleia Constituinte. A Constituição não foi baseada em nenhum pré-projeto, tendo como referência as Constituições de 1889 e 1934, motivo pelo qual, para Silva (2000, p. 87), ela teria voltado as costas para o futuro. A Assembleia constituinte era composta na sua maioria de conservadores, podendo ser vistos em sua composição, pois mais de 90% eram pessoalmente ou vinculados à propriedade, principalmente a imobiliária.

A forma federal de Estado foi restabelecida na Constituição de 1946, mas o poder encontrava-se bastante centralizado na União, numa tendência que se verificava também em outras federações. A centralização do poder, principalmente financeira, tornava os Estados dependentes do apoio da União.

Houve uma preocupação especial com o Município, em que se buscou resgatar a sua autonomia. Para isso foi relevante a mobilização proporcionada pelo movimento municipalista, o “municipalismo”, que reunia os municípios brasileiros em torno de reivindicações comuns, muitas delas consagradas pela Constituição de 1946.

O Senado voltou a ocupar a posição que detinha na Constituição de 1891, como Casa de representação dos Estados, como prevê a teoria clássica do federalismo. E, na Câmara dos Deputados, desapareceu a representação classista criada pela Constituição de 1934.

No Poder Judiciário, houve alteração na estrutura. Foram mantidos o STF, os Juízes e Tribunais Militares (art. 94), bem como os Juízes de Direito e Tribunais estaduais (art. 124). Foram restabelecidos os Juízes e Tribunais Eleitorais. A partir da Constituição de 1946, os órgãos da Justiça Eleitoral irão manter-se: Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais e Juntas e Juízes Eleitorais (art. 109). Os Juízes e Tribunais do Trabalho foram colocados dentro da estrutura do Poder Judiciário (art. 94), saindo da estrutura do Poder Executivo. Também a estrutura da Justiça do Trabalho vai-se manter nas Constituições ulteriores: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas e Juízes de Conciliação e Julgamento (art. 122)¹. Foi criado o Tribunal Federal de Recursos, que seria o segundo grau da Justiça Federal (art. 104), sem, no entanto, prever o primeiro grau dessa Justiça Federal. O primeiro grau seria criado somente em 1965, por norma infraconstitucional.

A Constituição de 1946 não trouxe qualquer avanço em matéria de controle de constitucionalidade. Ela se restringiu a resgatar o controle difuso da Constituição de 1934, com a possibilidade de remessa ao Senado, para ampliar os efeitos para

¹ A Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, alterou a Constituição de 1988, extinguindo as Juntas de Conciliação e Julgamento, mantendo apenas juízes singulares nas novas Varas de Trabalho (art. 116, CF).

erga omnes (art. 64). Apenas em 1965, pela Emenda Constitucional n. 16, é que foi implantado no Brasil um modo de controle de constitucionalidade em que a decisão do STF tivesse efeito *erga omnes*.

Todavia, houve uma alteração na forma da ação interventiva (representação). Diferentemente da previsão da Constituição de 1934, que submetia ao controle de constitucionalidade a própria lei federal que autorizava a intervenção, com a Constituição de 1946, o ato estadual inquinado de inconstitucional, por violar princípio constitucional sensível, é que era submetido ao crivo do STF, por meio de ação proposta pelo Procurador-Geral da República. Isso era pré-requisito para a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República. Essa configuração da ação interventiva seria mantida nas próximas Constituições, inclusive na Constituição de 1988.

5.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

A Constituição de 1946, que veio dentro do contexto da democratização do país, também restabeleceu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934.

A Constituição previa capítulos referentes à “Nacionalidade e Cidadania”, aos “Direitos e Garantias Individuais”, dentro do Título IV – Da Declaração de Direitos (arts. 129 a 144).

No referente aos direitos individuais, foi estabelecida a total liberdade de pensamento, podendo apenas haver censura a respeito de espetáculos e diversões públicas (art. 141, 5º).

A Constituição de 1946 introduziu o princípio da ubiqüidade da Justiça (art. 141, 4º) ao enunciar que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário qualquer lesão de direito individual”. Para Pontes de Miranda (Cf. HERKENHOFF, 1994, p. 79), essa foi a mais prestante criação do constituinte de 1946.

Foi abolida a pena de morte, a não ser em caso de guerra, bem como a prisão perpétua (art. 141, § 31).

Além disso foi estabelecida a soberania dos veredictos do júri (art. 141, § 28) e a individualização da pena (art. 141, § 29).

Foram restaurados o *habeas corpus* (art. 141, § 23), o mandado de segurança (art. 141, § 24), a ação popular (art. 141, § 31) e os princípios da legalidade (art. 141, § 2º) e da irretroatividade da lei (art. 141, § 3º).

Os direitos sociais, seguindo as Constituições anteriores, eram tratados fora do Título referente à Declaração de Direitos. Eles eram tratados no Título referente à Ordem Econômica e Social.

No art. 157, foram arrolados diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores. Os novos direitos sociais introduzidos foram: salário mínimo capaz de satisfazer conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; repouso semanal remunerado; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; assistência aos desempregados; previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes do trabalho; direito de greve (art. 158); e liberdade de associação profissional e sindical (art. 159).

Além disso, a Constituição previu um Título especial (Título VI) para a proteção à família, educação e cultura.

Os direitos culturais foram ampliados: gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos; obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino

primário para os servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

A decretação do Estado de sítio ficou ao encargo do Congresso Nacional (art. 206), e não mais do Poder Executivo.

Em relação aos direitos políticos, a Constituição de 1946 reafirmou o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o sistema eleitoral proporcional, um regime de partidos nacionais e a Justiça Eleitoral (Cf. LIMA SOBRINHO, 2001, p. 49).

Os partidos políticos obtiveram liberdade de organização, e, pela primeira vez no Brasil, tiveram caráter nacional. Foi também a primeira vez que surgiu no Brasil o pluripartidarismo, podendo ser contabilizado em 1964, às vésperas do golpe militar, um total de 14 partidos políticos (Cf. BALEEIRO, 2001a, p. 21).

Os demais direitos civis, políticos e sociais eram aqueles da Constituição de 1934 que não haviam sido recepcionados pela Constituição autoritária de 1937. Isso em função de que a Constituição de 1946 teve como referência a Constituição de 1934.

6. Direitos Fundamentais na Constituição de 1967

Os militares provocaram um golpe de Estado em 1964, sob pretexto de defenderem o interesse geral da nação brasileira perante a ameaça que pesava sobre a ordem pública. A República foi duramente atingida com o regime militar. Rocha (1996, p. 31) observa que, durante esse período, não houve nem República, nem Federação, e que se pode justamente falar da existência de uma República nominal e de um Estado federal formal. Para nós, o que desapareceu foi o próprio regime constitucional, com tudo que o representa, e, principalmente, a garantia aos direitos fundamentais.

6.1. A Constituição de 1967 e a ditadura militar

A Constituição de 1946 foi oficialmente substituída pela Constituição de 1967. No entanto, desde o golpe militar, em 31 de março de 1964, tinha-se encerrado o ciclo constitucional capitaneado pela Constituição de 1946. Portanto, ao tratarmos da denominada “Constituição” de 1967 estaremos tratando de todas as normas que eram materialmente constitucionais desde 1964.

Os militares quiseram manter uma aparência de legalidade na sua ação, para legitimar o regime ditatorial. Para isso, mantiveram formalmente a Constituição de 1946. Contudo, a Constituição não tinha mais a supremacia na ordem jurídica do país. Os “Atos Institucionais” (AI) ocuparam o lugar central, como pode ser ilustrado pelo artigo 10 do Ato Institucional n. 5: “no interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os chefes da revolução, que estabelecem o presente ato [...]”. Somente a Emenda Constitucional nº 11/78 é que revogou os Atos Institucionais e Complementares “no que contrariassem a Constituição Federal”.

O primeiro desses documentos, o Ato Institucional n. 1, de 9 de Abril de 1964, manteve a Constituição de 1946 e já promoveu algumas modificações: a eleição indireta do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, pelo Congresso Nacional; a suspensão das garantias de postos vitalícios e de estabilidade; a possibilidade de demissão, licenciamento ou aposentadoria dos funcionários federais, estaduais e municipais; a possibilidade de suspensão dos direitos políticos durante dez anos e a revogação dos mandatos parlamentares federais, estaduais e municipais. Em função deste último, eram concedidos poderes aos editores do Ato e ao próximo Presidente da República para, até 60 dias depois da posse, cassar mandatos eletivos populares e suspender direitos políticos. Tais atos não estavam sujeitos a apreciação pelo Poder Judiciário (art. 7º, 4º). Poderia

ainda o Presidente da República decretar estado de sítio sem ouvir o Congresso Nacional (art. 6º). O Congresso Nacional continuou a funcionar, mas tinha perdido completamente a sua autonomia.

Os Atos Institucionais de n. 2, 3 e 4 seguiram uma tendência cada vez mais centralizadora, e mais tarde eles foram incluídos na Constituição de 1967. Do mesmo modo que no AI-1, os atos praticados pelo governo com fundamento nesses Atos Institucionais e Complementares estavam excluídos da apreciação pelo Poder Judiciário.

O Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, marca a ruptura com o regime político estabelecido pela Constituição de 1946. No Ato consta que a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas seriam mantidas com as modificações constantes do Ato. Os poderes excepcionais do Ato n. 1 foram mantidos. Os partidos políticos até então existentes foram extintos, surgindo no lugar deles apenas dois partidos, a ARENA e o MDB, sendo o primeiro o partido oficial e o segundo a oposição consentida. Ele dava ainda poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. Esse novo documento era o símbolo do início de um novo regime, o regime militar-autoritário, ou, de acordo com a expressão do cientista político argentino Guillermo O’Donnell, regime “burocrático-autoritário”. Esse Ato vigorou até a Constituição de 1967.

O Ato Complementar n. 23, de 20 de outubro de 1966, permitia ao regime a decretação da suspensão temporária do Congresso Nacional até 22 de novembro do mesmo ano.

Em virtude do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, o primeiro Presidente do regime militar, o Marechal Humberto Castello Branco, fez uma convocação extraordinária do Congresso Nacional para votar o projeto de Constituição, entre 12 de dezembro e 24 de Janeiro de 1967. Isso visava a dar uma maior legitimidade para o regime ditatorial. Mas o que ocorreu foi

a instauração de um processo totalmente ilegítimo. Por um lado, o Congresso não estava investido do poder constituinte originário (Cf. BARROSO, 1996, p. 34). Por outro lado, tratava-se de uma convocação autoritária, com todos os meios de pressão e de repressão que não permitiam a livre expressão. O texto da Constituição foi imposto, dado que os deputados não tiveram tempo de examiná-lo. Como consequência, o texto da Constituição foi aprovado com pequenas alterações.

Essa Constituição se baseou na Carta de 1937, e teve preocupação fundamental com a segurança nacional. Ela centralizava todo o poder na União, e o seio da União no Poder Executivo (Cf. CAVALCANTI, 2001, p. 37).

A Constituição de 24-01-1967 trocou o nome da Constituição e do Estado brasileiro. As Constituições anteriores portavam o título de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”; a nova Constituição passou a se chamar “Constituição do Brasil”.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a única alteração se deu em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, quando foi implantado no Brasil um modo de controle de constitucionalidade em que a decisão do STF passou a ter efeito *erga omnes*. Parece um paradoxo o fato de uma ação direta de inconstitucionalidade genérica, que se presta a proteção dos direitos fundamentais, ter sido criada por um regime ditatorial, que fora implantado em 1964. Por outro lado, isso pode ser entendido como uma maneira de se ter um maior controle sobre a constitucionalidade das leis, evitando as decisões judiciais por meio do controle difuso. Nesse aspecto o único com titularidade ativa para a ação direta era o Procurador-Geral da República, que era cargo de confiança do Presidente da República.

6.2. Os Direitos e suas limitações

Como em qualquer regime ditatorial, os direitos fundamentais foram duramente afetados desde as primeiras horas do golpe militar, em 31 de março de 1964.

Os direitos fundamentais sofreram restrições com os Atos Institucionais. Herkenhoff (1994, p. 81) afirma que os Atos n. 1 e 2 não se compatibilizam com as franquias presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas seguintes razões:

“a) os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração;

b) o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8º da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo que revogou o princípio da ubiqüidade da Justiça e excluiu de apreciação judiciária as punições da Revolução;

c) o tribunal independente e imparcial, a que todo homem tem direito, não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10;

d) a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21, que confere a todo homem o direito de participar do governo de seu país.”

A Constituição de 1967 previa um capítulo sobre direitos e garantias individuais (art. 153) e um artigo (165) com um rol de direitos sociais dos trabalhadores, para a melhoria das suas condições sociais.

No que se refere aos direitos e garantias individuais, em comparação com a Constituição de 1946, houve as seguintes limitações: o acesso ao Poder Judiciário poderia ser limitado pela lei, que poderia condicionar esse direito a que fossem exauridas as vias administrativas; houve restrição da liberdade de publicação de livros e periódicos, ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados como de propaganda de subversão da ordem, bem como as publicações e

exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes; foi restringido o direito de reunião, facultando à Polícia o poder de designar o local para ela; foi estabelecido o foro militar para os civis (art. 122, 1º); criou-se a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo STF, para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício do trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151); e foram mantidas todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais – isso só terminaria com a Anistia em 1979.

Em contraste com o acima mencionado, a Constituição de 1967 determinou que se impunha a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Em matéria de direitos sociais, houve os seguintes retrocessos: a redução para 12 anos da idade mínima de permissão de trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, como alternativa; as restrições ao direito de greve; e a supressão da proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior.

Por outro lado, houve algumas pequenas melhorias: inclusão, como garantia constitucional, do direito ao salário-família, em favor dos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 1946; participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; e aposentadoria para o professor após trinta anos e, para a professora, após vinte e cinco anos de efetivo exercício em função de magistério, com salário integral.

7. Direitos Fundamentais na Constituição de 1969

O regime militar tornou-se ainda mais violento a partir de 1968, tendo sido simbolizada a ampliação da agressividade pelo Ato Institucional n. 5. Embora fique difícil falar em norma constitucional num regime autoritário, não podemos desconsiderar que, mesmo num regime autoritário, existem algumas normas que são consideradas superiores às demais. Desse modo o AI-5 é uma norma de natureza superior, que trouxe alteração na maneira de agir do Estado, assim como a nova “Constituição”, de 1969.

7.1. O AI-5 e a “Constituição” de 1969

O regime constitucional da Constituição de 1967 terminou, em rigor, com o Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968. Ele manteve a Constituição de 1967, mas introduziu profundas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais.

O ano de 1968 é marcado no Brasil pela forte repressão proporcionada pelo regime militar, como resposta à intensidade das contestações populares a esse regime. Portanto, houve um endurecimento do regime, que acentuou as restrições às liberdades e às garantias individuais e coletivas. O célebre AI-5 (o Ato Institucional n. 5) foi bastante simbólico dessa mudança do regime. Bonavides (1885, p. 87) afirma que o processo de centralização parecia ter chegado ao seu limite no Estado Novo: “no entanto uma repetição mais violenta ocorreu mais tarde, durante os dez anos em que durou o AI-5. Nunca tínhamos estado tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, que nestes anos de incerteza e perplexidade”.

Em 17-10-1969, foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1, que de fato introduziu uma nova Constituição. Muitos autores (Cf. VIEIRA, 1988, p. 91) a consideram como emenda, mas outros como sendo a criadora de uma nova Constituição, a Constituição de 1969. José Afonso da Silva (Cf. SILVA, 2000) entende que, técnica e te-

oricamente, houve uma nova Constituição, tendo mudado inclusive a denominação da Constituição, de Constituição do Brasil para Constituição da República Federativa do Brasil. A emenda foi elaborada por uma Junta Militar, que reivindicava o poder constituinte derivado, devido ao recesso do Congresso. Portanto, não houve nenhuma votação, e a Carta foi outorgada, mesmo constando, no seu art. 1º, § 1º, que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

A Constituição de 1969 ampliou a centralização do poder e o autoritarismo. Ela incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais; consagrou a intervenção federal nos Estados; cassou a autonomia administrativa das capitais e outros municípios; impôs restrições ao Poder Legislativo; validou o regime dos decretos-leis; manteve e ampliou as estipulações restritivas da Constituição de 1967, quer em matéria de garantias individuais, quer em matéria de direitos sociais.

Como a Constituição de 1969 manteve o AI-5, ela realmente entrou em vigor com o término do AI-5, em 1978.

7.2. Os Direitos e suas limitações

O Ato Institucional n. 5 restaurou os atos institucionais anteriores; repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao Presidente da República pelo AI-2; suspendeu o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; concedeu total arbítrio ao Presidente da República para a decretação de estado de sítio; e houve novamente a exclusão das medidas aplicáveis do exame pelo Poder Judiciário.

O AI-5 previa o confisco de bens, sem direito de defesa, em contradição com o art. 18 da Declaração Universal: “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Herkenhoff (1994, p. 84) lembra que: “Com a supressão do *habeas corpus*, com a

suspensão das garantias da magistratura e com a cassação da liberdade de imprensa, a tortura e os assassinatos políticos foram largamente praticados no país, sob o regime do Ato Institucional n. 5”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos fundamentais.

Em 1979 veio a Anistia política, com a Lei n. 6.683, de 28 de agosto. Ela concedia anistia aos perseguidos políticos e os que praticaram crimes em nome do regime.

8. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

O regime militar começa aos poucos uma gradual abertura. O período entre 1978 e 1985 é caracterizado pela “abertura democrática”, com o retorno do multipartidarismo, em 1978, e as eleições diretas para governadores, em 1982. Em 1984 surge o movimento pelas “Diretas Já”, que defendia a aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional prevendo as eleições diretas para Presidente da República. Esse movimento conseguiu mobilizar grandes manifestações de massa, e é um ponto marcante da democratização, embora não tenha conseguido a aprovação da Emenda nesse período. Foi apenas com a Constituição de 1988 que as eleições passaram a ser diretas em todos os níveis. No entanto, a oposição, defensora das “diretas já”, conseguiu vencer as eleições indiretas para Presidente da República, em 1984, elegendo Tancredo Neves para Presidente e José Sarney para Vice-presidente. Porém, Tancredo faleceu antes da posse e assumiu o Vice-presidente, tendo sido o primeiro Presidente civil depois de 20 anos de ditadura. Isso marca o início de um novo período político no Brasil, a Nova República.

8.1. A Constituição de 1988 e a Nova República

Com a posse do Presidente civil e a instalação de um regime democrático, impôs-

se a elaboração de uma nova Constituição, agora democrática. Desse modo, houve a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, por meio da Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Essa Assembléia realizou os seus trabalhos entre 01 de fevereiro de 1987 e 05 de outubro de 1988, tendo sido a Constituição promulgada e publicada nesta última data.

O constituinte de 1988 quis criar uma Constituição democrática chamada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Desse modo, desde o preâmbulo, a Constituição deixa evidente a sua legitimidade democrática, ao mencionar que ela foi elaborada e promulgada por representantes do povo. No artigo primeiro, ela afirma que o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito. Desse modo, é a primeira vez que a Constituição se refere expressamente a um tipo determinado de Estado, e além disso criou um tipo de Estado que é considerado o mais avançado.

A Constituição traz uma sistematização bastante atual e inovadora. Nesse sentido, o título I é destinado aos princípios fundamentais e o título II aos direitos e garantias fundamentais. O título I traz uma inovação considerável. No artigo primeiro, anuncia quais são os princípios sobre os quais se fundamenta o Estado brasileiro. No artigo terceiro, traz os princípios relativos à finalidade do Estado brasileiro. No artigo quarto, traz os princípios que devem reger o Brasil nas relações internacionais. O conteúdo e a riqueza desses três artigos é uma singularidade da Constituição de 1988, que contribuem enormemente para colocar essa Constituição entre as Constituições mais avançadas do mundo, do ponto de vista da construção de um Estado democrático, social e de direito, e em consonância com os princípios maiores do constitucionalismo moderno.

A estrutura do Estado brasileiro se manteve com a forma que vem desde a Constituição de 1891. A forma de Estado é a federativa (art. 1º), a forma de governo é

a República (art. 1º), o sistema de governo é o presidencialista (art. 76), a separação dos três Poderes independentes e harmônicos (art. 2º). No âmbito do Poder Legislativo, foi mantido o Congresso Nacional, com as suas duas Casas, ou seja, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

No Poder Judiciário, houve algumas alterações de razoável monta. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passou a ser o guardião das leis federais (art. 105), absorvendo essa competência que era do STF. Na estrutura da Justiça Federal, houve a substituição do Tribunal Federal de Recursos, que tinha sede em Brasília, por cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), que passaram a ter sedes em cinco diferentes regiões do país (art. 106). Além disso, importante inovação foi a criação dos Juizados Especiais (art. 98), estaduais e federais, para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Esses Juizados significaram um importante avanço no que se refere ao acesso à justiça, ou seja, na concretização do direito fundamental individual à tutela jurisdicional efetiva.

O sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1988 é bastante complexo. Na verdade a Constituição de 1988 consagra uma gradativa progressão que alcançou o constitucionalismo brasileiro em matéria de controle de constitucionalidade. Temos atualmente um sistema que poderemos considerar como misto, pelo fato de realizar o controle difuso, de origem norte-americana, e o controle concentrado, de origem européia, além de outras particularidades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Inicialmente, podemos dividir o sistema brasileiro em controle preventivo e controle repressivo ou jurisdicional. O controle preventivo é realizado durante o processo legislativo, tanto pelo Congresso Nacional – Comissões de Constituição e Justiça, e pelo Plenário da Casa legislativa (art. 58) – como

pelo Presidente da República – veto jurídico (art. 66, § 1, CF). O controle repressivo, em regra, é realizado pelo Poder Judiciário, mas pode também ser feito pelo Legislativo. O controle repressivo realizado pelo Legislativo ocorre em três situações: o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V); o Congresso Nacional pode rejeitar Medida Provisória, considerada inconstitucional, retirando do ordenamento jurídico esse instrumento com força de lei – atos normativos perfeitos e acabados, apesar do caráter temporário (art. 62); a terceira situação ocorre quando o Senado suspende a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF, pelo controle difuso (art. 52, X).

O controle judicial ou jurisdicional ocorre de dois modos: pela via de exceção, indireta, incidental ou defesa (controle difuso, concreto ou aberto); pela via direta (controle concentrado ou reservado). O controle difuso é reconhecido a todas as instâncias do Poder Judiciário (art. 97), e o controle concentrado (art. 102) é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF). O controle difuso era adotado no Brasil desde a Constituição de 1891, e o controle concentrado foi adotado fundamentalmente após 1965, com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade genérica. A Constituição de 1988 prevê diversas espécies (ações) de controle concentrado de constitucionalidade. Existem as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn): genérica (art. 102, I, a, “1ª parte”), interventiva (art. 36, III) e por omissão (art. 103, § 2ª); a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, “in fine”), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1ª). Essas três últimas ações foram introduzidas pela Constituição de 1988, e as duas primeiras já existiam. A ADIn interventiva passou a existir a partir da Constituição de 1934, e a ADIn genérica, desde 1965 (EC n. 16, de

06/12/1965). Como importante avanço referente ao controle concentrado, podemos apontar a ampliação da titularidade para as ações do controle concentrado. As Constituições anteriores atribuíam apenas ao Procurador-Geral da República. Este continua sendo o único titular para a ADIn interventiva, mas para as demais ações ele divide a titularidade com outras autoridades e órgãos (art. 103).

8.2. Os Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 colocou no seu centro os direitos fundamentais. A própria localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais, no início do texto constitucional (Título II), demonstra a intenção do constituinte em lhe dar grande importância. Além disso, já no preâmbulo e depois no Título I, é possível constatar o acento forte dado aos direitos fundamentais. Podemos dizer que, além de os direitos fundamentais constituírem os princípios fundamentais da Constituição, eles se encontram presentes de uma forma direta ou indireta em todo o corpo da Constituição.

A Constituição contempla as três gerações ou dimensões de direitos apontadas pela doutrina moderna: direitos de primeira, segunda e terceira geração. Essa classificação realizada pela doutrina baseia-se na ordem cronológica em que esses direitos foram recepcionados em nível constitucional, e são cumulativos. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais, civis e políticos, que surgiram no fim do século XVIII. Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgiram na primeira metade do século XX. E os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, que surgiram na segunda metade do século XX. As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 apenas traziam direitos de primeira geração. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram direitos

de primeira e segunda geração. Portanto, inova a Constituição de 1988 com os direitos de terceira geração, embora não trate de forma sistemática desses direitos, que estão dispersos na Constituição.

O Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) está subdividido em cinco capítulos:

a) Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º): corresponde aos direitos de primeira geração; são os direitos individuais que se subdividem em direitos civis e políticos; nesse capítulo estão basicamente os direitos civis; tratam das denominadas liberdades negativas, pelo fato de se dirigirem contra o Estado e exigirem a abstenção deste;

b) Capítulo II – Dos Direitos Sociais (arts. 6º-11): corresponde aos direitos de segunda geração; são as denominadas liberdades positivas dos indivíduos, pelo fato de exigirem a intervenção do Estado, que deve assegurar certas prestações aos indivíduos;

c) Capítulo III – Da nacionalidade (arts. 12-13): está dentro dos direitos de primeira geração, são direitos políticos;

d) Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14-16): está dentro dos direitos de primeira geração;

e) Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17): está dentro dos direitos de primeira geração, são os direitos políticos.

Além dessa estrutura inicial referente aos direitos fundamentais, a Constituição traz mais dois títulos relacionados aos direitos de segunda geração. O Título VII, que trata da “Ordem Econômica e Financeira” e o Título VIII, que trata da “Ordem Social”.

Os direitos individuais tiveram uma ampliação considerável no seu catálogo, pois o art. 5º possui atualmente 78 incisos e 4 parágrafos, contabilizando 82 dispositivos². Comparando com a Constituição de 1969, esta possuía simplesmente 36 parágrafos. É bem verdade que nem sempre

essa ampliação significou a introdução de novos direitos, pois se tratou muitas vezes em dar um tratamento mais adequado a determinados direitos que já estavam previstos nas Constituições anteriores. Mas, mesmo que tenha sido para esse fim, isso demonstra também a atenção dada pelo constituinte aos direitos fundamentais. Os direitos individuais foram ainda consideravelmente reforçados, recebendo o *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). É a primeira vez que uma Constituição brasileira coloca algum direito fundamental como cláusula pétreia, pois, na Constituição de 1969 (art. 47, § 1º), eram consideradas cláusulas pétreas apenas a República e a Federação, o que também ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores.

Também é significativo no que se refere ao avanço dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 o que, para Ingo Sarlet (Cf. SARLET, 2007, p. 79), é, talvez, a inovação mais significativa o dispositivo previsto no art. 5º, § 1º, que afirma: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Embora esse dispositivo se refira de forma genérica aos direitos e garantias fundamentais, o entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência é que nem todos os direitos de segunda e terceira geração teriam aplicação imediata. Portanto, esse dispositivo estar-se-ia referindo especificamente aos direitos individuais. A eficácia imediata vincula primeiramente os órgãos estatais, no que a doutrina denomina de eficácia vertical dos direitos fundamentais, e também os particulares, constituindo a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os Direitos Sociais passaram a ser tratados no Título II, referente aos direitos fundamentais, e não mais na Ordem Econômica sob o Título “Ordem Econômica e Social” das Constituições anteriores, desde a Constituição de 1934. Agora a Constituição de 1988 trata dos direitos sociais no Capítulo II do Título II e também no Título

² Isto incluindo a Emenda Constitucional n. 45, de 08-12-2004.

VIII destinado à Ordem Social. O art. 6º anuncia quais são os direitos sociais, e trata apenas nesta parte (art. 7º - 11) dos direitos relacionados ao trabalho. De um modo não muito sistemático, a Constituição detalha os demais direitos de segunda geração no Título VIII (Da Ordem Social). Portanto, a Constituição de 1988 separou a Ordem Econômica da Ordem Social, e trouxe para dentro da ordem social os direitos sociais e culturais que eram tratados em separado, no título consagrado à família, educação e cultura, isso também desde a Constituição de 1934. Os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, tiveram um tratamento privilegiado na Constituição, com uma amplitude do seu catálogo sem precedentes nas Constituições anteriores. Por exemplo, o art. 7º, da atual Constituição, que trata dos direitos trabalhistas, tem 34 incisos e um parágrafo único, contra 20 incisos e um parágrafo único, do art. 165, da Constituição de 1969.

Os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. A Constituição de 1988 não sistematizou esses direitos. Assim podemos encontrá-los ao longo da Constituição. O direito ao meio ambiente, no art. 225; o direito a informação prestada pelos órgãos públicos, no art. 5º, XXXIII; o direito a autodeterminação dos povos e a paz, no art. 4º, que trata das relações internacionais; os direitos dos consumidores, no art. 5º, XXXII. Além disso, ao tratar das atribuições do Ministério Público, no art. 129, fala do Inquérito civil e da ação civil pública, que são instrumentos destinados à proteção dos interesses difusos e coletivos (inciso IV).

A Constituição de 1988 repetiu a previsão de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que constava nas Constituições anteriores, desde a primeira Constituição republicana, a Constituição de

1891. Tal previsão está no art. 5º, § 2º, que afirma: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Da forma como está redigido, o dispositivo inclui todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de terceira geração que não constavam nas Constituições anteriores.

No que se refere às ações constitucionais ou remédios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, a Constituição consagrou a progressão que ocorreu ao longo da história constitucional brasileira. O artigo quinto trata do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da ação popular, do direito de certidão, do direito de petição, e inova ao criar o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo. A Constituição prevê a ação civil pública ao tratar das atribuições do Ministério Público. Em nível constitucional, é a primeira vez que é feita referência a essa ação, embora a lei (Lei n. 7.347/85), que trata da ação civil pública, seja de 1985. Além disso, existem outros titulares referidos pela lei, além do MP mencionado na Constituição.

Portanto, a Constituição de 1988 traz avanços consideráveis em relação aos direitos fundamentais. O que nos leva a repetir com Bobbio que agora a preocupação maior é dar efetividade a esses direitos, pois foram sem precedentes os progressos alcançados no que se refere ao reconhecimento desses direitos.

9. Considerações finais

Existe uma relação direta entre o regime político e os direitos fundamentais. Durante períodos de regimes ditatoriais no Brasil, os direitos encontravam-se declarados nas Constituições, mas outros dispositivos da própria Constituição e a prática acabavam por negar esses direitos. Por outro lado, durante períodos de relativa democracia existiam previsões de direitos, e as demais

normas constitucionais estatuíam um Estado limitado, o que oferecia condições para uma prática que respeitasse os direitos fundamentais. Desse modo, apesar das declarações de direitos nas diversas Constituições brasileiras, seja em regimes democráticos, seja ditatoriais, houve constantes violações aos direitos fundamentais, e ainda continua havendo nos dias de hoje, apesar de termos uma das mais lindas declarações de direitos na Constituição atual, de 1988. Sem sombra de dúvida, existe um grande fosso entre o dever-ser e o ser ou entre o ideal e o real.

A análise da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão dos direitos no Brasil, em todos os níveis. Nesse contexto, a Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, coloca os direitos fundamentais no seu centro e representa a consolidação de todos os direitos conquistados. A posição privilegiada dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 decorre tanto em função da extensa posituação dos direitos como também pela proteção, aplicação e eficácia desses direitos. É importante compreender essas conquistas e buscar meios que possam dar plena efetividade aos direitos e garantias, pois a simples declaração de direitos não nos torna pessoas detentoras de dignidade e não transforma a nossa sociedade em justa, livre e solidária.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. A constituinte e a constituição federal de 1946. In: _____; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001a.
- _____. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001b.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.
- BURSZTYN, Marcel. *Autoritarisme, politiques de développement régional et légitimation dans le Nord-est brésilien: essai sur le rapport pouvoir local - pouvoir central*. *Sciences Economiques*, Paris, 1982.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1937.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 5. ed. Bauru: Edipro, 1995.
- CARONE, Edgard. *O estado novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro: Difel, 1976.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Introdução à análise da constituição de 1967: o esquema político da Constituição. In: _____; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.
- FAORO, Raymonde. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977.
- FURTADO, Celso. Obstáculos políticos al crecimiento económico del Brasil. In: OBSTACULOS para la transformación de América latina. Mexico: Fondo de cultura económica, 1969.
- GROFF, Paulo Vargas. Constitucionalismo brasileiro: uma breve análise crítica da sua evolução. *Destaque Jurídico: Revista de Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, n. 1, 2002.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 1 v.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. O direito eleitoral e a constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- MARTINS, Luciano. *Pouvoir et développement économique: formation et évolution des structures politiques au Brésil*. Paris: Anthropos, 1976.

- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. 1 t.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal, 2002.
- TORRES, João Camillo de Oliveira. *Estratificação social no Brasil*. São Paulo: Difusão européia do livro, 1965.
- VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF

José Ribas Vieira
Deilton Ribeiro Brasil

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Fundamentos doutrinários do Efeito Vinculante. 3. Desfecho final.

1. Considerações iniciais

O direito é interpretação. O Supremo Tribunal Federal vem exercendo inegavelmente dois papéis de extrema importância: o de resolver litígios judiciais, que se volta para as partes e para o passado, e o de complementar e desenvolver o direito positivado, que se volta para a coletividade e para o futuro, daí o reconhecimento ao Poder Judiciário como fonte de produção normativa em uma perspectiva que se busca uma pretensão de correção das decisões judiciais (Cf. SILVA, 2005, p. 305) que representam um caso especial do discurso racional prático em geral (ALEXY, 1993, p. 60). É, portanto, um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. A correção desses enunciados tem por pressuposto serem eles o resultado desse procedimento, ou seja, do discurso racional (ALEXY, 1993, p. 60).

Uma argumentação racional tem por pressuposto o estabelecimento de regras objetivas nas quais o discurso se dará. Tais regras devem atender, em um juízo de otimização máxima, as duas seguintes

José Ribas Vieira é coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho/RJ. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Montpellier-França. Doutor pela UFRJ em Direito.

Deilton Ribeiro Brasil é doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG.

condições: a) devem possuir o conteúdo valorativo mais forte possível, excluindo outros juízos de valor com o fito de aumentar sua significação de decisão; b) devem ser o mais abstrato possível, a fim de obter ampla aceitação¹.

Com efeito, como observa Robert Alexy (2001), em qualquer forma de discurso jurídico são apresentados argumentos justificativos. Assim, qualquer pessoa que justifique algo está implicitamente exigindo que essa justificação seja correta e, portanto, que seja correta a afirmação. Não é permitível nos discursos jurídicos, e também nos discursos práticos gerais, afirmar algo e depois se negar a justificá-lo sem dar razões para isso (ALEXY, 2001, p. 213). Um outro forte argumento que aponta para a exigência de correção da decisão judicial é que ela, por expressa determinação constitucional, deve ser necessariamente justificada² sob a base do princípio da legalidade e da regra da lei³.

Friedrich Müller insiste de modo incisivo em uma não-identidade entre norma e texto da norma. A partir dessa constatação, Müller expõe sua distinção entre âmbito da norma e programa da norma. Enquanto o segundo faz referência ao teor literal da norma, isto é, o texto propriamente dito, o primeiro é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si no âmbito de regulamentação (MÜLLER, 2000, p. 57).

Uma norma carece de interpretação não só porque sua formulação lingüística não é unívoca⁴, mas sobretudo porque ela tem de ser aplicada no caso. Muitas vezes, embora uma norma seja perfeitamente unívoca no

papel, pode ser pouco clara no embate com certos casos limites. Tal ocorre pelo fato de que a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída (MÜLLER, 2000, p. 62). Daí por que ser uma falsa oposição o confronto entre vontade da lei e vontade do legislador. Tanto as chamadas correntes subjetivistas quanto as objetivistas pressupõem a existência prévia de um sentido autônomo a ser reconstruído pelo intérprete. Como bem observa Müller, a simples futuridade dos casos coloca por terra essa noção voluntarista.

Para Friedrich Müller, depreendem-se ainda outras conseqüências para o emprego da idéia de pré-compreensão. Ele defende que haja, no seio da pré-compreensão geral ou ideológica que cerca os membros de uma determinada sociedade e atua em qualquer processo de compreensão, uma pré-compreensão jurídica, normativa, que possa ser controlada e delimitada racionalmente. Assim, a possível racionalidade do Direito aumentaria na proporção direta de uma crescente consciência dos pressupostos adotados pelos operadores jurídicos, abarcando conhecimentos relativos a diferentes concepções teóricas do Direito, nexos materiais e dados da experiência. A ciência jurídica deve tornar patentes seus pressupostos⁵. Isso, porém, não deve significar um apego a conceitos e valores prévios rigidamente fixados, mas sim a necessidade racional de um processo de diálogo em que o operador do Direito, a partir da consciência

¹ Sobre uma formulação de regras do discurso jurídico, Cf. Alexy (2001, p. 179-240).

² Art. 93, IX, da CF/88.

³ Arts. 5º e 37 da CF/88.

⁴ A esse respeito, são conhecidas as observações de Karl Larenz (1997, p. 282-285) sobre a necessidade da interpretação das normas, identificando a inadequação do brocardo *in claris non fit interpretatio* em função de as normas estarem expressas na linguagem ordinária, sendo esta naturalmente imprecisa e vaga.

⁵ Eis o argumento de Friedrich Müller (2000, p. 65): a objetividade jurídica não pode alegar defrontar-se com a prescrição e o caso sem "pressupostos". Tais pressupostos já são dados com a linguagem que abrange tanto as prescrições jurídicas quanto os intérpretes. Eles atuam, igualmente, como conhecimento de nexos materiais, de dados da experiência e, sobretudo, como posições, esforços e teores materiais de teoria jurídica, de teoria do Estado, de teoria constitucional, de dogmática e de teoria do direito e da constituição; por conseguinte, como forças motivadoras preexistentes à concretização individual. A ciência jurídica deve, não em último lugar, verificar nesse sentido os seus pressupostos, diferenciá-los e expô-los sem falseamento e embelezamento em termos de método.

clara dos pressupostos pertinentes ao seu sistema jurídico, possibilite, no embate com novos elementos e valores, a transformação daqueles de maneira fundamentada.

Em Richard Posner (2007, p. 401), temos que a justiça da interpretação depende do objetivo do tipo específico de interpretação, o que talvez explique, por exemplo, por que a interpretação musical não é uma analogia útil à interpretação das leis. Mas não existe consenso sobre qual seja o objetivo da interpretação das leis ou constitucional. Talvez haja vários objetivos – fidelidade à intenção dos autores do texto constitucional, certeza, coerência, bons resultados do ponto de vista pragmático. São objetivos afins, mas intérpretes diferentes irão atribuir-lhes pesos diferentes⁶.

O texto não é apenas uma fonte de informações sobre as conseqüências das interpretações *alternativas*; entre as conseqüências a serem consideradas, há também o impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder legislativo e o Tribunal. Normalmente, na verdade, se é possível reconhecer a intenção comunicativa ou o propósito legislativo – em outras palavras, se a reconstrução imaginativa funciona –, isso representará o fim do caso (POSNER, 2007, p. 402).

Essa função interventiva do Supremo Tribunal Federal visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados na Constituição, implica a superação da função judicial na sua concepção clássica de legislador negativo e o reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do Poder Legislativo, na criação do direito (SILVA, 2005, p. 98), tal como se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45/DF

⁶ Para Hans Georg Gadamer (1978, p. 315, 313), o intérprete não é um ser isolado, pois aceita e comunga da existência dos outros. Sua verdade não é uma verdade isolada, mas compartilhada, porque só faz sentido com a aceitação dos outros, com quem compartilha uma vida social. E numa visão positiva, não cética, acredita que, a despeito de todos os possíveis mal-entendidos, as pessoas buscam o consenso.

e na construção pretoriana que reforça o alcance de suas decisões (a decisão em RExt valendo *erga omnes* e vinculativamente).

2. Fundamentos doutrinários do Efeito Vinculante

Como a Constituição Federal coloca em seu vértice maior o Supremo Tribunal Federal, ao poder de criação do direito deve ser reconhecida maior autoridade e, portanto, o poder de vincular⁷ os Tribunais inferiores, conforme entendimento defendido no voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na RCL 2126/SP (BRASIL, 2002) em que se consagrou que a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros.

Por seu turno, no Agravo Regimental na RCL 2143-2/SP (BRASIL, 2003), o Ministro Relator Celso de Mello prelecionou em seu

⁷ O efeito vinculante não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, previa que, *a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observação negativa de vigência do texto interpretado*. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a representação interpretativa, no seu art. 187, estabelecia que, *a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário de Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos* (MENDES, 1999, p. 457-458). A doutrina ainda registra que a idéia da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante surgiu, pela primeira vez, por meio de projeto elaborado por Haroldo Valadão e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao Constituinte de 1946, pretendendo-se, aí, que da interpretação da lei fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, se tomasse assento de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes pátrios. Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor, ainda inexitosamente. E também esteve presente o tema, como objeto do anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, em 1964, pelo qual praticamente restabeleciam-se os Assentos, ao feito daqueles da Casa de Suplicação, vigentes à época das Ordenações do Reino.

voto que as decisões consubstanciadas de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme a Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (*erga omnes*) e possuem efeito vinculante em relação a todos magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública Federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.

De igual sorte, na RCL 1987-0/DF (BRASIL, 2004a), o Ministro Relator Maurício Correa em seu voto ratificou esse entendimento ao afirmar que se revela de fundamental importância o resguardo à eficácia das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo inadmissível a desobediência perpetrada contra a exegese constitucional, consagrada em seus julgados, mesmo naquelas hipóteses em que a violação ocorre de forma oblíqua.

Na Questão de Ordem em RCL 4219-7/SP (BRASIL, 2004), em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau pondera que, ao se decidir definitivamente o mérito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal produz uma norma de decisão e não um texto normativo. Essa norma é aplicada a todos, indistintamente. É a própria norma de decisão que se aplica a todos, a todos vinculando. É a interpretação conferida pelo Supremo à Constituição – além do seu juízo de constitucionalidade

sobre certo texto normativo infraconstitucional –, que, nos termos do disposto no § 2º do art. 102, produz eficácia contra todos e efeito vinculante.

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1966, p. 222), oportunidade para interpretação conforme a constituição existe sempre que determinada disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição. Por isso que, nessas situações em que a norma não permite a extração de um sentido unívoco, cabe ao tribunal extrair das possíveis cambiantes interpretações o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, ao tempo em que exclui todas as outras interpretações que conduziram a um resultado dissonante da vontade constitucional.

Assim o efeito vinculante, ao implicar que os Tribunais inferiores julguem de conformidade com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, coarcta a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes, garantindo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais (MACEY, 1989).

Dessa maneira, chegou-se à conclusão, no voto do Ministro Paulo Brossard proferido em questão de ordem de ADC nº 1-1/DF, que:

“Quanto ao (...) efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade (...), porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por essa ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, não chega a termo o dissenso. (...) É possível arrolar mil

decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isto importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis... É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo”.

Importante ressaltar que, já no voto do Agravo Regimental na RCL 1880-6/SP (BRASIL, 2004b), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes procura delinear os fundamentos da construção do efeito vinculante como uma ferramenta do ativismo judicial utilizada pelo Supremo Tribunal Federal:

“(...) que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado, este é um ponto importante, a meu ver à própria natureza da jurisdição constitucional, em dado estado democrático, e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias proferidas pela Corte, como foi reconhecido, inclusive, no caso da ADPF.

(...) Na verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte, ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Foi exatamente esse o entendimento que imperou na Alemanha. O efeito vinculante não está previsto na Constituição, ao contrário da ‘força da lei’ (Gesetzeskraft) ou da chamada ‘eficácia *erga omnes*’. Não obstante, o efeito vinculante foi imposto por lei. É exatamente hoje a força determinante até mesmo em julgados não dotados de eficácia

erga omnes. Esse foi o entendimento adotado por este Tribunal na Ação Declaratória nº 04, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional e da ausência à época de disposição legal sobre o texto”.

Importante reafirmar que a noticiada ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999) teve como Relator o Ministro Sydney Sanches, em que asseverou que nas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, demonstrando dessa maneira a preocupação com a construção pretoriana da eficácia vinculante.

Entendeu-se admissível que o Tribunal passasse a exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder cautelar que lhe é inerente, *enfatizando-se que a prática da jurisdição cautelar acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida naquele processo objetivo de controle abstrato* (BRASIL, 1999).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello ponderou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), expressamente atribuiu, à sua decisão, eficácia vinculante e subordinante, com todas as conseqüências jurídicas daí decorrentes (MENDES, 2007, p. 199-200).

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder o provimento cautelar requerido na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), proferiu, por maioria de nove votos a dois, a seguinte decisão:

“O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até

final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferiria a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indefeririam”.

Ainda no voto prolatado na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999) pelo Ministro Celso de Mello, o *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal teria o seguinte significado doutrinário:

“(a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9494/97;

(b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da lei nº 9.494/97;

(c) não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas;

(d) estende-se às antecipações de tutela, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento da prolação do respectivo ato decisório;

(e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que prece-deram ao julgamento, pelo Plenário

do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC-MC 4/DF”.

Gilmar Ferreira Mendes, comentando a respeito da ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), acrescenta ainda que o entendimento do Tribunal no que tange a decisão concessiva da cautelar afetava não apenas os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos, mas todo e qualquer efeito futuro da decisão proferida nesse tipo de procedimento. Em outros termos, o Poder Público Federal ficava desobrigado de observar as decisões judiciais concessivas de tutela fundadas na eventual inconstitucionalidade da Lei nº 9.494/97, a partir da data da decisão concessiva da cautelar em ação declaratória, independentemente de a decisão judicial singular ter sido proferida em período anterior. E, mais, que, em caso de não-observância por parte dos órgãos jurisdicionais ordinários, o remédio adequado haveria de ser a reclamação (MENDES, 2007, p. 201).

3. Desfecho final

A concepção de efeito vinculante recepcionada pela Emenda nº 3/93 (MENDES, 2007, *passim*) é a de que são vinculantes as decisões capazes de passar em julgado. Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas. O grande problema diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante referente à parcela da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Ou melhor, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força da lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações acessórias, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*⁸.

⁸ O conceito de *obiter dicta*, *dictum* está ligado ao conceito de *holding*, que é a regra ou princípio

Enquanto, em relação à coisa julgada e à força de lei, há de se limitar à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão transcendendo o caso singular, de modo que os princípios emanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Temos então que a coisa julgada ultrapassa os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a norma decisória concreta, que nada mais seria do que aquela idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes.

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. O caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição que determina se o tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou incons-

enunciado pelo juiz em um determinado caso que era necessário para a resolução da questão. Assim, toda e qualquer regra elaborada pela Corte que não era necessária para a solução da questão é considerada *dicta, dictum*. Considerando que as Cortes podem criar regras de direito, mas com a limitação de que elas devem estar relacionadas com os fatos postos sob adjudicação, esse poder está confinado pelas necessidades das controvérsias que lhe são submetidas para decisão. Os *obiter dictum*, portanto, são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal não relacionadas com o caso, embora as considerem desnecessárias para justificar a decisão proferida. São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador daquela decisão. A partir do momento que dele se afastam, o Tribunal passa a falar *extrajudicialmente* e nenhuma opinião que possa expressar é considerada vinculante (SILVA, 2005, p. 184-185).

titucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

Mas então surge a seguinte indagação: essa vinculatividade poderia vincular ou não o próprio STF? Ao que tudo parece, a Emenda nº 3/93 faz expressa referência ao efeito vinculante em relação *aos demais órgãos do Poder Judiciário*, excluindo, desse modo, o Supremo Tribunal Federal de uma autovinculação aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior.

E quanto ao Poder Legislativo? Enfrentando essa questão no Agravo Regimental na RCL 2617-5/MG (BRASIL, 2005), o Ministro Relator Cezar Peluso assim se posicionou:

“É clara a Constituição da República no limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º), enquanto eficácia que deve atribuída, por idênticas razões, à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade, a qual tem igual caráter dúplice, posto que com sinal trocado.

É o que, aliás, confirma a Lei nº 9.868/99, no art. 28, § único:

‘Art. 28. (...)

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal’”.

Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade.

Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão da eficácia *erga omnes*. Já se

demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da *res iudicata*, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontornável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição:

‘A consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente’.

É o que se reconhece entre nós. Invocando a respeito à orientação da Corte (ADI nº 907, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, RTJ 150/726, e ADI nº 864, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 151/416), adverte-se:

‘Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao texto anteriormente censurado...

Ao contrário do estabelecido na proposta original que se referia à vinculação dos órgãos e agentes públicos, o efeito vinculante consagrado na Emenda nº 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência’.

Importante destacar, ainda, no voto do Ministro Cezar Peluso no Agravo Regimental na RCL 2617-5/MG (BRASIL, 2005), para fins didáticos, a nomenclatura utilizada de “decisões *overruling*”, que diz respeito à invalidação da doutrina vinculante. Classicamente o *overruling* tem sido entendido não como uma mudança no direito estabelecido, mas como a correção de um erro, ou melhor, nada mais é do que uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada; embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas, *totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão* (BENDITT, 1987, p. 102). Assim, como processo decisório, a decisão que invalida um princípio anteriormente firmado é comparável à decisão que firmou o referido princípio e, portanto, como outras formas de decisão, é governada por

princípios institucionais (Cf. SILVA, 2005, p. 266-267).

Referências

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: _____. *Derecho y razón práctica*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In: _____. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 4/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 27 nov. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio 1999.

_____. _____. Reclamação n. 4219-7/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. São Paulo, 22 mar. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 mar. 2007.

_____. _____. Reclamação n. 1987-0/DF. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 27 nov. 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio 2004a.

_____. _____. Reclamação n. 2126/SP. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, 6 ago. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 ago. 2002.

_____. _____. Reclamação n. 2143-2/Sp. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 28 ago. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 jun. 2003.

_____. _____. Reclamação n. 2617-5/MG. Relator: Min. Cezar Peluso. Minas Gerais, 26 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 fev. 2005.

_____. _____. Reclamação n. 1880-6/SP. Relator: Min. Marco Aurelio. São Paulo, 4 jul. 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004b.

GADAMER, Hans-Georg. La hermenéutica como tarea teórica y práctica. In: _____. *Verdad y método II*. Salamanca: Sígueme, 1978.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACEY, R. Jonathan. The internal and external costs and benefits of stare decisis. *Chicago Law Review*, Chicago, v. 65, n. 93, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei 9882 de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: C. Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Teoria do processo e discurso normativo

Digressões democráticas

Dhennis Cruz Madeira

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. 3. A Constituição como expressão normativo-política. 4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico. 5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira. 6. A Teoria do Processo como *medium* lingüístico do discurso normativo. 7. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Hodiernamente, os operadores jurídicos brasileiros se deparam com um sério dilema, qual seja, o de interpretar e aplicar leis infra-constitucionais ultrapassadas e que foram, em sua maior parte, confeccionadas antes do atual modelo democrático-constitucional.

Nesse tom, o intérprete convive com duas ordens, uma soerguida pelo paradigma democrático de 1988, outra ventilada pela triste realidade oligárquica e militar anterior. Vive-se e convive-se com dois modelos normativos totalmente díspares, um democrático, outro ditatorial. Entretanto, a partir da promulgação da atual Constituição, não se pode admitir tal coabitação: o primeiro paradigma deve tomar o lugar do segundo.

A Constituição Brasileira prescreve¹ que *todo poder emana do povo e, a partir dessa afir-*

Dhennis Cruz Madeira é professor do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas (IEC-PUC Minas). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito da PUC Minas. Mestre e especialista em Direito Processual pela PUC Minas.

¹ Parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

mação, levando-se em consideração a *Teoria da Democracia*, não é mais possível ficar indiferente às seguintes questões: como aplicar uma norma jurídica de forma democrática? A norma jurídica (esculpida em lei)² pode ser aplicada sem que se ofertem seus *fundamentos* e sem que se propicie a *fiscalidade* popular? E ainda: basta, para *legitimidade* da norma, que sejam observados os procedimentos parlamentares da democracia indireta (ou representativa)? A *vontade normativa* pode ser entregue a uma *autoridade*? Qual o *medium* lingüístico do Discurso da Norma?

Mesmo diante da grande complexidade e importância operacional (*práxis*) das questões, os escritos jurídicos são escassos. Salvo raríssimas e louváveis ressalvas, as normas jurídicas são encaradas de forma tópica, casuística e assistemática, não se notando comprometimento epistemológico com o paradigma democrático, o qual impõe uma ressemantização do termo “intérprete”, bem como, uma revisitação completa, irrestrita, crítica e incessante das normas vigorantes.

Além disso, ao estudar e escrever sobre Direito Processual, é imprescindível que o pesquisador trace claramente seu *marco teórico*, como também, o *paradigma de Estado* que orienta suas reflexões. Saliente-se, desde já, que não se mostra necessário, como tentou Norberto Bobbio (2000, p. 139-141), conciliar Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, vez que tais modelos possuem vestimentas e moradas próprias.

2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito

No item anterior, afirmou-se que todo poder – ali incluindo-se o estatal – emana do povo.

² Impende lembrar que o texto legal é o “meio gráfico indicativo ou narrativo da norma”, e esta, por sua vez, é a “descritiva da conduta permitida, devida ou vedada, como padrão de licitude explícita ou implícita contido no texto da lei.” (LEAL, 1999, p. 187).

Dessa maneira, o exercício de tal poder é atributo *inalienável* e *insuprimível* de seu dimanante (povo), o qual, ainda quando expressa sua vontade soberana por meio de representantes, possui o direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, expondo-se às conseqüências de perda de legitimidade democrática.

Aproveitando-se as lições de Friedrich Müller (2003, p. 60), é importante que se esclareça o “ciclo de atos de legitimação” dos textos normativos que, sob nenhum pretexto, pode ser interrompido de modo não-democrático. Essa é a dinâmica *estrutura de legitimação* (MÜLLER, 2003, p. 60) da Democracia.

Dessarte, admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividades governativas seria, quando nada, desrespeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito.³

Vale salientar que o povo, no Direito Democrático, não elege um *intérprete* da *consciência popular* (à semelhança do *Führer* nazista), e, muito menos, admite que o Estado exerça tal função (como apregoava o fascismo). Sobre o tema, o grande Eduardo J. Couture (1999, p. 72-73), discorrendo sobre o Direito Processual no Terceiro *Reich* alemão, em texto que demonstra o perigo de se mitificar a expressão “povo”, assim lecionou, *in verbis*:

“El derecho nacionalsocialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el

³ Em reflexão constitucional, pode-se dizer que o Estado, em si, não representa a democracia. Decerto, o Direito esculpido constitucionalmente é que pode ou não ser democrático, não sendo possível, como queria Kelsen, agregar Estado e Direito no mesmo corpo (Cf. KELSEN, 1998, p. 352-353). Assim, a denominação “Estado de Direito Democrático” parece ser mais apropriada. Contudo, desde já, impende ressaltar que utilizaremos, ao longo do presente trabalho, a expressão “Estado Democrático de Direito”, eis que essa se encontra no *caput* do artigo 1º da Constituição Brasileira. Porém, fica a ressalva semântica. Em sentido aproximado, pode-se apontar: Dias (2004, p. 97-98); Negri (2003, p. 23).

derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer.” [E mais à frente conclui que] “...el juez es el Führer dentro del proceso”.

Ainda há de se destacar que o “povo” a quem se faz referência no presente trabalho não é um povo ideologizado e que anseia por tradutores, intermediadores, intérpretes ou mestres, eis que, no Direito Democrático, “todos os homens se tornaram locutores autorizados e não há mais Mestre.” (WOLFF, 1996, p. 81).

No modelo jurídico-democrático, não se pode conceber um *espaço do soberano* em que esse, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, veda a fiscalidade popular, olvidando-se, por conseguinte, que “a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide suas estruturas.” (LEAL, 2004, p. 46-47).

Por esse prisma é que, com relação às normas jurídicas, o povo deve ser capaz de “recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente.” (LEAL, 2001, p. 21). Não basta, pois, elegerem-se (ainda que com o sufrágio universal) parlamentares, permitindo que esses, sozinhos, ditem a vontade popular. É preciso, no paradigma democrático, conferir ao destinatário a oportunidade de discutir os fundamentos da norma jurídica para, até mesmo, se for o caso, rejeitá-la. O entendimento do que venha a ser justo, injusto, certo ou errado deve ser compartilhado, e não imposto.

Somente assim, a expressão “povo” deixa de ser um *fetichê*.

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à *vida nua*⁴, criando-se um *espaço*

⁴ Lembrando a *vida nua* de Giorgio Agambem (2002, p. 90 et seq).

discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do *espaço do soberano* (e não da soberania popular), do *locutor autorizado* (WOLFF, 1996, p. 71) da lei, que, à semelhança do *soberano* de Kafka⁵ (2000, p. 71-72), diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse *espaço do soberano*, a nosso ver, permite a criação de uma “dimensão política acima da jurídica” (LEAL, 2003a, p. 44).

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como “espacialidade jurídica aberta por uma auto-oferta normativa de fiscalidade procedimental a todos” (LEAL, 2003a, p. 48), não se propondo a uma *inclusão social pela vontade de uma autoridade* inexplicavelmente sensível às desigualdades e às diferenças. Diante disso, o Estado Democrático de Direito não possui as mesmas vestes do Estado Liberal (assegurador das individualidades) ou Social (comunitarista e tradutor do bem-comum).

Não é a esmo que Jürgen Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 53) obtempera, *verbis*:

“No interior de uma comunidade democrática, cujos cidadãos concebem reciprocamente direitos iguais uns aos outros, não sobra espaço para que uma autoridade determine *unilateralmente* as fronteiras do que deve ser tolerado. Na base dos direitos iguais dos cidadãos e do respeito recíproco de um pelo outro, ninguém possui privilégio de estabelecer as fronteiras da tolerância do ponto de vista de suas próprias preferências e orientações segundo valores. Certamente tolerar as crenças de outras pessoas sem aceitar a sua verdade, e tolerar outros modos de vida sem

⁵ Nesse sentido é que se diz que “o poder da Lei está precisamente na impossibilidade de entrar no já aberto, de atingir o lugar em que já se está.” (AGAMBEM, 2002, p. 57).

apreciar o seu valor intrínseco, como fazemos com relação a nós mesmos, isso requer um padrão comum. No caso de uma comunidade democrática, essa base de valor comum é encontrada no princípio da constituição.”

Assim, a lei não pode ser um objeto tangível somente pelo “pequeno grupo de nobres” (KAFKA, 1993, p. 233).

Na esfera jurídica, a *verdade*⁶ não pode pertencer a alguém, razão pela qual o discurso normativo deve admitir a falibilidade e falseabilidade de seus próprios apontamentos.

3. A Constituição como expressão normativo-política

Há de se ressaltar, desde já, que, quando utilizamos a expressão “política”, não se faz nenhuma alusão à *pólis* grega⁷, tampouco,

⁶ Em Direito, não se mostra científico utilizar a expressão “verdade” como algo imutável e impassível de testabilidade e falseabilidade, a não ser que se encare a verdade como *dogma* oriundo de uma *crença* individual, o que não é o objetivo deste trabalho. Por isso, na ciência jurídica, é mais acertado entender que não há verdade absoluta, mas, tão-somente, proposições teóricas (pretensões de verdade). Nesse sentido, são riquíssimas as lições de Karl Raimund Popper (2003, p. 39) que, inclusive, utiliza o termo “semelhança à verdade” ou “aproximação da verdade” (POPPER, 1994, p. 69) ajudando a desmistificar a expressão.

⁷ Pelo que se apresenta, ao menos em sua origem histórica, o conceito de *política* utilizado pelos filósofos greco-atenienses, em especial, Platão e Aristóteles, não se adapta ao atual modelo político-democrático. Para os grandes pensadores gregos, a política estaria vinculada à *pólis* e essa, por sua vez, seria um espaço no qual os cidadãos gregos, em especial, os governantes, exerciam suas virtudes. Vale lembrar que esse espaço não seria, necessariamente, físico, como anota Mário Lúcio Quintão Soares (2001, p. 233) e Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 45). A justiça, na visão grega, também seria uma virtude exercida para o bem geral da *pólis* (MACINTYRE, 2001b, p. 55), sendo certo que pertencia, via de regra, a uma autoridade, a um governante. Ao tratar da concepção aristotélica de justiça (distributiva), Alasdair MacIntyre a descreve da seguinte forma: “À medida que passa de papel a papel, como governante e como governado, terá, se deve merecer honra, de aprender como exercer toda uma série de virtudes. Mas em todas elas deverá principalmente aprender a compreender o princípio da

às anotações weberianas⁸. Não. Aqui, a *política* apresenta-se como expressão volitiva de um povo que, instituindo um texto constitucional, demarca seus parâmetros, fiscalizando irrestritamente toda atividade governativa, em toda estruturação do Direito. É uma atividade “que envolve negociações e formas de argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 9) inseridas num espaço *formalizado* e *isonômico*.

Nesse enfoque, a *política* liga-se à *cidadania*, sendo que essa, desprovida de fetichismo, apresenta-se como “vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002b, p. 151).

No Estado Democrático de Direito, o *poder de política* (ANDOLINA, 1997b, p. 63) liga-se ao *poder das garantias*, sendo inquebrantável o trinômio poder-responsabilidade-controle.

justa distribuição e a ser movido por uma disposição a conformar-se a ele. Para tal terá de vir a reconhecer que bens são devidos a certas pessoas numa variedade de situações, algo que, na visão de Aristóteles, requer experiência e hábito, assim como uma razão reta.” (MACINTYRE, 2001b, p. 120-121). Desse modo, rejeitamos a sofocracia e o modelo político grego (ao menos em sua concepção original), eis que, hoje, não se pode admitir racionalmente a existência de governantes salvadores e intrinsecamente virtuosos, com a exclusão discursiva dos governados. Entendemos que, no Direito Democrático, elementos como justiça, moralidade, ética e virtude devem ser alçados a uma discursividade processualizada, não se admitindo a injunção arbitrária e salvadora de alguns em detrimento de outros. Nesta face, os regimes totalitários do século XX (em especial, o nazismo e o fascismo) nos dão uma amostra dos malefícios de tal escolha política. Lembramos a advertência de que “é preciso desconfiar criticamente dessa hipervalorização do debate moral em nossa cultura, do fato de que a ética afinal tornou-se uma moda, pois o que ela pode esconder, na verdade, é uma crise profunda.” (CARVALHO, 2000, p. 32).

⁸ Especialmente quando Weber (2004, p. 120) utiliza expressões como “dedicar-se à política” ou “política em termos de vocação”, eis que rejeitamos a idéia de que é preciso encontrar seres vocacionados, predestinados, sábios ou *líderes* (Cf. WEBER, 2004, p. 44-45).

Nesse sentido é que a Constituição mostra sua importância.

Na atualidade, o texto constitucional tem a função de abrigar e proteger, normativamente, as instituições jurídicas soerguidas pela vontade popular. Com isso, pode-se dizer que a Constituição estampa co⁹-instituições¹⁰ jurídicas, abrangendo também institutos¹¹ e princípios¹², articulando-os entre si, fazendo com que estas figuras, em decorrência de sua elevada posição normativa e hierárquica, sirvam de parâmetro para outras instituições, institutos, princípios e regras previstas nas leis infraconstitucionais. No atual modelo, deve o intérprete saber que o ordenamento jurídico é um todo e que a leitura de um texto de lei passa, impreterivelmente, pela lupa constitucional.

Com razão, os estudos mais recentes e abalizados afirmam que o texto consti-

⁹ "Co", prefixo latino (*cum*) que designa correlação, companhia, contigüidade, concomitância, a par de, ao lado um do outro; junto; de par.

¹⁰ Lembrando que instituição jurídica é um "agrupamento de institutos(s) e princípio(s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal" (LEAL, 2004, p. 220), não apresentando, no sentido do texto, contornos sociológicos ou econômicos. Sobre as diversas acepções do vocábulo "instituição", sugere-se a leitura de trecho da obra do processualista uruguaio Eduardo J. Couture (1974, p. 141-145).

¹¹ Instituto jurídico é um "agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal" (LEAL, 2004, p. 220).

¹² Maurício Godinho Delgado (2001, p. 151) afirma que os princípios jurídicos exibem-se como "diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do direito", eis que são inferidas de um sistema jurídico para, após, dinâmica e ciclicamente, informá-lo. No mesmo sentido é a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 119). Sobre tal definição, mostra-se interessante o confronto com o conceito de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 102-103, 220), para quem o princípio jurídico é "referente lógico-jurídico de invariabilidade perene, estabelecido na Lei Positiva (texto legal), como limite originário da interpretação e aplicação do direito legalmente formulado. Marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes".

tucional articula e legitima as instituições jurídicas (LEAL, 1999, p. 48), não sendo um instrumento nas mãos de um Estado hegelianamente totalizador. Justamente por isso, não se mostra adequado falar, simplesmente, que a Constituição "é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado" (SILVA, 2001, p. 38, 2000, p. 27), eis que esse (o Estado) já não é o todo do ordenamento jurídico. No Direito Democrático, o povo, ente participativo e fiscalizador, aparece como centro gravitacional do pensar jurídico, sendo uma "instância global da atribuição de legitimidade democrática", tal como bem afirmou Friedrich Müller (2003, p. 60). Assim, o texto constitucional se apresenta como depositário de instituições, institutos e princípios jurídico-populares, valendo relembrar, insistentemente, que todo poder emana do povo¹³, e que esse, por sua vez, não precisa de guias.

Impende ressaltar que todas as afirmações denotadas até aqui valem para uma Constituição promulgada (e não, outorgada) e que tem por finalidade instituir o Estado Democrático de Direito. Sem embargo, de nada adianta solevantar instituições, institutos e princípios no texto constitucional (intitulando-os falsamente de "populares") se, quando da aplicação, não se propiciar uma interpretação compartilhada aos destinatários da norma jurídico-constitucional.

A existência de um *texto* constitucional torna o Direito *acessível à crítica*¹⁴, ajudando a formar a base do discurso jurídico. Neste ponto, em magistério que merece

¹³ Como sobredito, a própria Constituição Brasileira de 1988 afirma, no parágrafo único do artigo 1º, que todo poder emana do povo, sendo que tal norma vale, inclusive, para aqueles que ainda encaram o Estado como instância de poder, não obstante, na atual principiologia democrática, não existirem poderes estatais, mas meras funções, ainda assim, subordinadas aos conteúdos da jurisdição constitucional (Cf. DIAS, 2004, p. 70-74; LEAL, 2001, p. 25).

¹⁴ Usando aqui a relação entre texto e crítica encontrada em: POPPER, 1994, p. 68.

transcrição, Karl Popper (1994, p. 68) apresenta reflexão valiosíssima para a Ciência Jurídica:

“Existe uma diferença importante quando exprimimos o nosso pensamento por palavras ou, melhor ainda, por escrito. Desta forma o pensamento se torna acessível à crítica. Anteriormente os nossos pensamentos constituíram uma parte de nós mesmos. Poderíamos ter dúvidas, mas não teríamos podido criticá-las da mesma forma que podemos criticar uma afirmação expressa verbalmente ou, melhor ainda, um relatório escrito. Portando, há, pelo menos, um significado importante de ‘conhecimento’ objetivo: ‘conhecimento’ no sentido de ‘teoria formulada verbalmente, que se expõe à crítica’. A isso chamo eu ‘conhecimento em sentido objetivo’. Nele se integram os conhecimentos científicos. Este conhecimento está armazenado nas nossas bibliotecas e não nas nossas cabeças.” [E esclarece adiante:] “Naturalmente, nunca teríamos feito uma descoberta sem ter compreendido algo das teorias existentes e da situação objetiva do problema – ou, por outro lado, sem ter estudado livro ou revistas científicas: e tudo isso significa conhecimento em sentido objetivo.”

Nessa linha, a escrituração de uma Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, delineando alguns conceitos básicos (falseáveis e abertos à crítica) que podem, inclusive, ser rejeitados por meio do discurso processualizado. No Direito Democrático, o *texto* normativo não necessita de um *guardião*, daí porque o *tirano* o vê como um malefício, uma inutilidade, uma ameaça à *sua* soberania (Cf. DERRIDA, 2005, p. 21-22; LEAL, 2002, p. 96-101).

Embora importantíssimo ao Discurso Jurídico, a existência de um escrito normativo (texto legal), como precitado, é

insuficiente à legitimidade do Direito e ao estabelecimento de uma *linguagem* compatível com a Teoria da Democracia.

A tese aqui expendida será melhor elucidada nos itens que se seguem.

4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico

Não obstante as diversas definições de *norma jurídica*, no atual sistema, mostra-se mais acertado compreendê-la como *gênero* do qual são *espécies* as *regras* e os *princípios* (Cf. ATIENZA, 2003, p. 181; GALUPPO, 1999, p. 193; LEAL, 2002a, p. 38). Daí o porquê de, na atualidade (Cf. DIAS, 2004, p. 119-120), falar-se em *normas-disposições* (*regras jurídicas*) e *normas-princípios* (*princípios jurídicos*).

A norma jurídica é aquela que abriga a *logicidade* do sistema jurídico, fixando os padrões *hermenêuticos* de *licitude* (LEAL, 2004, p. 117, 246) que, por sua vez, em nosso sistema, só pode ser extraído interpretativamente do texto normativo (*lei*).

Por esse prisma, tanto as regras, quanto os princípios delineados constitucionalmente possuem características normativas e de imperatividade no sistema.

Seguindo tal raciocínio, após a lição de Rosemiro Pereira Leal (2003b, p. 338-343), pode-se falar que os *direitos fundamentais*, que também possuem caráter normativo e vinculante no sistema, são auto-executivos (líquidos) e infungíveis (certos). Independentemente da forma como se apresentam (como regras, princípios, instituições ou institutos jurídicos), é inequívoco que, após a observância do *devido processo constituinte* popular, tais *direitos fundamentais* são abraçados pelo pré-acertamento cognitivo-constitucional, daí o porquê de serem apontados como *coisa julgada constituinte* (LEAL, 2003b, p. 342-343).

Uma vez ultrapassadas as definições dos jusnaturalistas e dos positivistas (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482; LEAL 2002a, p. 32-37), os princípios jurídicos, principal-

mente quando alçados à esfera constitucional, atuam “como normas estruturantes do sistema e como referencial hermenêutico dos textos infraconstitucionais.” (LEAL, 2002a, p. 37-38).

Os princípios constitucionais, vale insistir, não possuem somente uma função *supletiva* (DELGADO, 2001 p. 153)¹⁵ do direito, mas também, e principalmente, uma função *interpretativo-normativa* (DELGADO, 2001, p. 156-157).

Nesse jaez, em decorrência do Princípio da Supremacia da Constituição, as normas constitucionais (em sentido amplo) servem de parâmetro condutor e demarcador do próprio discurso normativo, não se apresentando como *topoi*¹⁶ ou “fórmulas” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 23), mas, sim, como conteúdos-base do discurso normativo que se ofertam à crítica e à testificação processual irrestrita.

¹⁵ A função supletiva dos princípios também é apontada pelo artigo 4º da Lei de Introdução (Decreto-Lei 4.657/42) e pelo artigo 126 do Código de Processo Civil.

¹⁶ Sobre o tema, o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 23) leciona que “*topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão.” Afirma ainda que “a presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas”. Para o renomado professor, expressões como “fins sociais”, “bem comum”, “imparcialidade do juiz”, “boa-fé”, “presunção de inocência” são exemplos de *topoi* da argumentação jurídica. Essa é a lição do renomado jurista Ferraz Júnior. Pois bem, ao que se apresenta, esse *topoi* discursivo, em sua gênese, não se oferece à crítica, razão pela qual é desacolhido pela Teoria da Democracia. Tal discurso se distingue do Discurso Processual-Democrático na medida em que esse último não admite a criação de fórmulas que imploram pela compreensão do soberano. Não resta claro quem e como se fixaria os “fins sociais” ou o “bem-comum”, se é que tais figuras podem ser realmente delimitadas. Nas sociedades pluralistas, mostra-se infrutífera a tentativa de se criar *acordos morais universalizados* (Cf. MACINTYRE, 2001a, p. 21-49), sendo insustentável admitir que o Discurso Democrático se pautou no *encontro de falas* (tal como ocorria na ágora grega).

Destarte, ao viger uma lei (que deverá passar pela regência principiológica do devido processo legislativo)¹⁷, a mesma não é capaz de se autolegitimar (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 100-106, 2005, p. 122-130), razão pela qual anseia por um controle popular (discursivo e processualizado). Nessa esfera, os argumentos e alegações dialógicos são circunscritos pelas normas constitucionais, as quais traçam as bases e os limites do discurso jurídico que, no Direito Democrático, clama por um *medium* lingüístico.

Em Direito, não se pode falar em, *verbi gratia*, lícito, ilícito, moral, ética, bem-estar social, costumes, certo, errado, sem que tais termos se adaptem ao modelo discursivo esculpido pela Constituição e sem que tais concepções, antes da aplicação coativa, passem pelo crivo da principiologia processual.

Aliás, se ausente o norte constitucional, o pensar jurídico tornar-se-ia extremamente penoso numa sociedade “sem centro” (OLIVEIRA, 2000, p. 13), ou seja, numa sociedade pluralista em que há diversas noções de moral, ética, felicidade e bem-estar. O texto constitucional é, justamente, o articulador (não-mítico) dos *objetivos comuns*¹⁸ (falseá-

¹⁷ Sobre o Processo Legislativo, conferir: DEL NEGRI, 2003, p. 74.

¹⁸ Pode-se dizer que, no Direito Democrático, os *objetivos comuns* estão assentados numa *tomada de decisão*, e não, numa tábua axiológica (e metajurídica) só compreendida por autoridades sensíveis aos anseios populares. Rejeita-se a idéia de que o texto constitucional, por si só, carregue uma razão (ou um *ethos*) universal. Certamente, a Constituição não é capaz de abrigar *pontos de convergência moral* de uma sociedade, eis que, pelo discurso moral, não se chega a uma única conclusão (Cf. MACINTYRE, 2001a, p. 21-49). Com isso, pode-se afirmar que, se a Constituição protege, por exemplo, a propriedade (art. 5º, XXII), o trabalho (art. 5º, XIII), a família (art. 226), as religiões (art. 5º, VI), o casamento (art. 226), o meio ambiente (art. 225), a forma federativa (art. 1º), o presidencialismo (art. 76) e outras tantas instituições, ela o faz, não com um acordo social unânime sobre os temas, mas com uma decisão tomada num dado momento histórico. Certo é que um ou outro indivíduo pode discordar de tais regulamentações, mas, no entanto, deve respeitá-las

veis e abertos à crítica), institucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 40-46, 2005), o que torna o discurso jurídico linguisticamente *viável*.

Após Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 80, grifo nosso), já se sabe que “o discurso acarreta uma certa suspensão de crença em uma determinada norma e indica o procedimento pelo qual podemos *testar* sua validade.”

O diálogo, em si, não produz o consenso, devendo existir uma formalização (procedimentalização) dos argumentos para que se possam ofertar à testificação, numa condição ideal de fala (espaço processualizado), com vistas a obter uma decisão compartilhada e legítima.

A Teoria do Discurso deve ser contextualizada e limitada, não propriamente por uma Teoria do Estado e do Direito¹⁹, mas pela Teoria da Constituição e, como se observará, pela Teoria do Processo.

Esse enquadramento do discurso jurídico faz com que o mesmo ganhe contornos

até que outras normas as modifiquem ou as revoguem. As lições de Karl Popper (2003, p. 38-39, grifo do autor) ajudam a compreender, aproximadamente, o sentido empregado no texto: “Meu critério de demarcação deve, portanto, ser encarado como *proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção*. As opiniões podem variar quanto à oportunidade de uma convenção desse gênero. Todavia, uma discussão razoável dos temas em pauta só é viável se os interlocutores têm um objetivo comum. A determinação desse objetivo é, em última análise, uma questão de tomada de decisão, ultrapassando, por conseguinte, a discussão racional.” Daí porque esclarece, em nota de rodapé, que “uma discussão razoável é sempre possível quando os interlocutores se interessam pela verdade e estão dispostos a dar atenção ao que dizem as várias pessoas que se manifestam.” Como se vê, a expressão “objetivos comuns” empregada no corpo do texto não carrega uma proposta universalizante ou totalizadora. As diretrizes comuns da Constituição são decisões tomadas em determinado momento histórico, passíveis, inclusive, de falseamentos e alterações – são bases mínimas para instalação do discurso normativo. Reconhecemos que o ponto merece estudo mais aprofundado.

¹⁹ Como se extrai de: ALEXY, 2001, p. 321; ATIENZA, 2003, p. 181.

críticos, auxiliando na formação de uma Sociedade Aberta e Democrática. Nesse prisma, a contextualização constitucional do discurso amplia a possibilidade de correções e controle das eventuais imperfeições legais, dificultando o solevamento de grupos despóticos.

É importante lembrar, aqui, que o discurso jurídico, em especial, o discurso da norma, não é infalível e pode, numa prática ideológica, mascarar uma forma de *dominação*²⁰, principalmente, quando *entrega* a vontade do povo a um *soberano*, ainda que esse se apresente com vestimentas *dissimuladamente* democráticas. O fato de existir uma Constituição não garante, por si só, que a ordem democrática seja instalada e que a vontade popular, de fato, seja atendida. Não basta, para implantação do Estado Democrático de Direito, dizer-se que o texto constitucional expressa a vontade de um povo se, quando da aplicação normativa, não se propiciar a interpretação compartilhada (e procedimentalizada) do próprio escrito normativo.

A Constituição apresenta-se como uma linha de largada do discurso democrático, pois o discurso jurídico sem limites, sem contexto, sem um pano de fundo paradigmático constitucional e processualizado, fomenta o aparecimento do *locutor autorizado* (WOLFF, 1996, p. 71; NEGRI, 2003, p. 51) o que, pelos fatos históricos, é um grande risco.

Justamente por isso, é mister que se esclareça o *contexto lingüístico* em que a norma constitucional é interpretada e aplicada, não sendo suficiente, repita-se, a existência de um texto normativo.

5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira

Seria ingênuo negar a existência de atos despóticos na prática jurídica brasileira. Há, quando nada, tal possibilidade.

²⁰ Conferir as anotações de Max Weber (2001, p. 128-141) sobre formas de dominação (legal, tradicional ou carismática).

Todavia, não resta dúvida, até mesmo para aqueles que no dia-a-dia adotam práticas autocráticas, que a Constituição Brasileira apontou o Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico-institucional²¹. Dito paradigma, como tudo o que está expresso na Constituição, possui característica vinculante para toda atividade jurídico-discursiva, tal como leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 101):

“[...] sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.”

Deflui-se do trecho acima que o Estado Democrático de Direito, de forma principiológica e vinculante, rege a prática jurídica como um todo, inclusive a atividade administrativo-estatal, correlacionando-se com as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Tal paradigma serve de norte para a estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

A Constituição Brasileira, reconhecendo que todo poder emana do povo²², institui

²¹ Recorde-se que, no preâmbulo da Constituição Brasileira, encontra-se instituído o Estado de Direito Democrático e, logo em seu artigo 1º, tal paradigma é apontado novamente um princípio fundamental. Não bastasse dita importância, vê-se, ao longo de todo o texto constitucional, o cuidado em preservar e instituir o Direito Democrático.

²² Conforme prescreve o parágrafo único do art. 1º da Carta Política de 1988.

o Estado Democrático de Direito visando a assegurar, justamente, o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo de todo texto, inclusive de seu preâmbulo.

Desse modo, atentar contra a Democracia é atentar contra a ordem constitucional, expressão normativa da vontade popular.

Por escolha constitucional brasileira, a Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica e social, sendo inegociável, senão com o rompimento da atual ordem constitucional.

Atos despóticos são, assim, atos ilícitos.

Assim, não é possível ignorar o fato de que, como atividade humana, a interpretação jurídica pressupõe paradigmas (OLIVEIRA, 2001, p. 143) e que o ordenamento jurídico brasileiro já elegeu o seu, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

6. A Teoria do Processo como medium lingüístico do discurso normativo

Interpretar a lei não é o mesmo que interpretar o Direito (COUTURE, 2001, p. 1-2). Antes de interpretar um texto legal, é importante que o intérprete tenha a noção do *todo jurídico* (ordenamento como um todo), do sistema e das normas constitucionais.

O grande processualista Eduardo Couture (2001, p. 1) já afirmou que “o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade”. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, é mister que se pergunte: realidade de quem? Do próprio intérprete? Do povo? Quem e como se determina o *conteúdo* (COUTURE, 2001, p. 1) da Lei? Quem é o intérprete?

Na democracia constitucional, *o povo é a única fonte de poder*, apresentando-se como o construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, *legitimando o Direito*. No Brasil, a atividade interpretativa deve-se dar dentro de um determinado contexto

político-jurídico-principiológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária (LEAL, 2000, p. 120) de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma *proceso-sualidade dialógica constitucionalizada*.

Diante de uma sociedade pluralista, não se nega que o texto constitucional pode abrigar várias interpretações. Em vista disso, a própria Constituição cuidou de delinear um *medium* lingüístico para que se realize a interpretação constitucional, instituindo, assim, procedimentos²³ que demarcam o discurso jurídico, possibilitando o intercâmbio²⁴ entre o mundo jurídico e as instâncias políticas e econômicas.

Nesse sentido é que, entre todas as expressões constitucionais, uma toma singular importância e destaque – o *Processo* – que, não raro, é citado e protegido ao longo de todo texto constitucional. Como prova de tal importância político-constitucional, tem-se que o *Processo* é abraçado, até mesmo, pelo rol dos direitos e garantias *fundamentais*²⁵.

O *modelo constitucional*²⁶, por seu comprometimento com a Democracia, já não abriga o

belicismo goldschmidtiano²⁷, e, após a proposta de Fix-Zamúdio (1977, p. 348), o estudo do *Processo* exige uma aproximação entre os Direitos Constitucional e Processual.

Ainda sob influência das riquíssimas contribuições de Couture (1974), Fix-Zamudio (1977), Baracho (1984) e Andolina (1997b), o modelo constitucional de processo mereceu ajustes, pois, nos moldes originalmente propostos, não se vislumbra a formação de uma “cultura política libertária” (HABERMAS, 2002, p. 301-303), com a abertura de discursividade *irrestrita* e *isonômica* para a criação, aplicação e rejeição do conteúdo da norma jurídica. No Direito Democrático, o *Processo* deixa de ser *instrumento* da jurisdição, passando, ao revés, a constituir condição *sine qua non* para a legitimidade da própria atividade jurisdicional (LEAL, 2004, p. 77). Afasta-se, de pronto, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, sendo insustentável apontar o Judiciário como o único (ou último) guardião da Constituição.

Estado Liberal era diferente do que seguia o Estado Social. Em assim sendo, urge, na atualidade, formular um *modelo de processo* adequado ao Estado Democrático de Direito. Decerto, a formulação desse modelo passa por um repensar acerca da cidadania, dos direitos fundamentais, da sociedade política, do Estado, da jurisdição, da norma jurídica e da Constituição. Para esclarecimento, sugere-se: ANDOLINA, 1997a, p. 142-143; NEGRI, 2003, p. 61; LEAL, 2004, p. 48-52.

²⁷ Lembrando do conceito de processo de James Goldschmidt (1936, p. 58) que chega a fazer a comparação entre sua teoria processual (Teoria da Situação Jurídica) e a guerra. É mister transcrever, *ipsis litteris*: “Permítaseme, para ilustrar la diferencia del enfoque, aducir un ejemplo de política. Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo.”

²³ De modo unívoco, é rica a lição de Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 54), quando afirma, *ipsis litteris*: “A própria constituição tomou as necessárias providências para os conflitos de interpretação constitucional. Existem instituições e procedimentos para resolver a questão dos limites do que se poderia ainda ou não mais considerar como ‘ser leal à constituição’.”

²⁴ Sobre tal intercâmbio, recomenda-se a leitura do trabalho de Andréa Alves de Almeida (2003, p. 34, 2005) e da obra de Rosemiro Pereira Leal (2002b).

²⁵ O título II da Constituição Brasileira de 1988 ganhou a denominação de “direitos e garantias fundamentais” sendo que, ao longo de todo o artigo 5º, vê-se um redobrado zelo no trato do *Processo* (v.g., incisos LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX, LXI). Vale frisar, contudo, que dito cuidado é sentido ao longo de todo o texto constitucional, direta ou indiretamente (v.g., art. 93, IX; 127; 133, 134).

²⁶ Saliente-se que vários processualistas, em tempos e modos distintos, apresentaram o que consideravam o *modelo de processo*. Obviamente, o modelo apresentado por processualista comprometido com o

Diante disso, o conteúdo da norma jurídica material (direitos substanciais) deve ser extraído de uma atividade isonômica e procedimentalmente compartilhada, sob a regência principiológica do Processo.

Nesse sentido é que Rosemiro Pereira Leal (1999, p. 48-52, 175), abandonando a concepção social e liberal²⁸ de Estado, afirma que o Processo apresenta-se como *instituição* constitucionalizada, formada pela conjunção dos *princípios* jurídicos da ampla defesa, isonomia, contraditório, visando a assegurar “o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa.” Nota-se que, após tal definição científica, o Processo deixa de ser uma *ferramenta* posta à disposição do juiz para realização de inescclarecidos escopos²⁹ metajurídicos.

O Processo, como instituição jurídico-constitucionalizada que se define pelo encontro de princípios e institutos, constitui referente lógico-vinculante de exercício, aplicação e interpretação dos direitos assegurados no texto legal, eis que possibilita a “estabilização do princípio do discurso pela demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica.” (LEAL, 2002b, p. 170).

O discurso jurídico e a vontade da norma deixam de ser algo indemarcado e autocrático para abraçar a Teoria da Democracia, que encontra, na Teoria do Processo, seu *medium lingüístico*. Fato é que, sem tal balizamento jurídico e sem a criação de um espaço discursivo formalizado (com a processualização do princípio do discurso), a vontade da norma tende a ser a vontade de uma autoridade oracular, à semelhança do *locutor autorizado* de Francis Wolff (1996, p. 71) ou do juiz-hércules de Ronald Myles Dworkin (2003, p. 287). Daí por que, vale lembrar, não basta

“[...] positivar um *modelo* de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.” (LEAL, 2002b, p. 170-171).

Influenciado pelo pensamento popperiano (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 51; 2005), Rosemiro Leal revisita as diversas teorias e escolas que tentaram demonstrar a natureza jurídica do Processo, e, após rejeitar alguns conceitos patentemente frágeis, cientificamente, colhe os aproveitáveis, dando-lhes novo formato e significação. Cria, após tal caminho, a *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*. Nessa toada, de forma sóbria, aceita o insigne jurista mineiro a *falibilidade* do direito positivado, sem que tal aceitação autorize, em sua teoria, o desdém aos direitos fundamentais constitucionalizados e, muito menos, a outorga de *poderes divinatórios* a uma autoridade.

No Direito Democrático, o *provimento*³⁰ não advém de uma atividade solitária de uma autoridade, eis que todo poder emana do povo e, justamente por isso, a garantia de fiscalização popular não pode ser suplantada sem prejuízo da legitimidade democrática.

Nessa base, por assegurar a participação plena das partes, em discursividade delimitada pela principiologia processual, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo

²⁸ Ou, como anota Jürgen Habermas (1995, p. 107-121), concepção Republicana e Liberal de Estado.

²⁹ Em sentido contrário ao do texto, aponta-se: DINAMARCO, 2003, p. 181-188.

³⁰ Vale lembrar que o provimento é ato decisório do aparelho Executivo, Legislativo ou Judiciário (Cf. GONÇALVES, 1992, p. 102). Neste enfoque, a formulação e aplicação das decisões judiciais, administrativas e legislativas devem observar a principiologia do Processo, possibilitando-se a fiscalidade popular.

apresenta-se como a que melhor orienta o exercício popular de poder assegurado pela Constituição Brasileira³¹, já que possibilita a *auto-inclusão* (LEAL, 2002b, p. 172) dos destinatários da normatividade sistêmica, garantindo o exercício e a confirmação dos direitos fundamentais.

Vale recordar que a interpretação é atividade que traça o sentido e o alcance da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto legal (SOUZA, 2001, p. 258). Dita interpretação, como certo, dá-se num contexto paradigmático, vez que, ao tentar determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, o intérprete o faz (ou, pelo menos, deveria fazer) no intuito de buscar a concretização do texto constitucional. É atividade voltada para um caso concreto (SOUZA, 2001, p. 258), porém, como afirmado acima, tal atividade não é realizada por uma autoridade eremita e *tradutora exclusiva* da vontade popular.

No Estado Democrático de Direito, tanto a *interpretação* quanto a *hermenêutica*³² jurídica rejeitam fórmulas, brocardos ou regras predeterminadas de julgamento, visto que somente a normatividade constitucional é capaz de conduzir e demarcar o conteúdo do provimento, ainda assim, sob a *condição* de participação dialógica dos destinatários da norma num *medium* lingüístico processualizado.

³¹ Vide parágrafo único do artigo 1º da Constituição Brasileira.

³² A interpretação é atividade que traça o sentido e o limite da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto normativo. É atividade voltada para um caso concreto. A hermenêutica jurídica, por sua vez, seria a teoria da interpretação, “capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade” (SOUZA, 2001, p. 258). Por ser uma teoria jurídica, organiza os conhecimentos (específicos de uma especialidade) adquiridos dentro da esfera do Direito, regendo-se pela principiologia constitucional, haja vista que, no Direito Democrático, não se pode falar em interpretação ou hermenêutica sem que ambas estejam sob a regência das normas constitucionais. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica não pode ser uma “arte” (Cf. MAXIMILIANO, 1994, p. 1), pois essa expressão não é compreensível pela Ciência do Direito.

A interpretação dos textos de lei deve ser feita de forma compartilhada (LEAL, 2000, p. 121), haja vista que a legitimação dos provimentos passa pela *participação simétrica*³³ dos destinatários e, como óbvio, pela análise dos argumentos ventilados.

O texto legal não é um ente autopoiético que se compreende por si mesmo.

Dizer que uma norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional), extraída de um texto legal, aplica-se dessa ou daquela forma, na Democracia, implica sua inserção (crítica e discursiva) na processualidade jurídica, possibilitando-se ao destinatário um (re)pensar do próprio texto normativo, sendo certo que nenhuma lei há que se aplicar antes de tal labor epistemológico.

Ademais, como já visto, tal inserção não é feita por uma autoridade anacoreta e salvadora, e sim, em conjunto pelos destinatários da norma, que, na Democracia, têm o direito de aferir seu conteúdo, sendo, outrossim, seu intérprete.

O Processo como *instituição constitucionalizada* composta pelos *princípios* da ampla defesa, isonomia, contraditório e pelo *instituto* do *Devido Processo*, apresenta-se como *regente* de toda atividade jurídico-interpretativa. Assim, não é legítimo falar em criação, revogação, alteração ou aplicação da norma sem que essa, antes, insira-se no espaço de tal instituição (Processo) regente.

Como duas faces da mesma moeda, o Princípio da Reserva Legal³⁴ vincula o intérprete à normatividade jurídica (quer essa se expresse na plataforma constitucional, quer na infraconstitucional), articulando-se, sempre, com o Princípio da Supremacia da Constituição.

Nesse sentido, segundo reflexão de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 131), com a qual comungamos, o Princípio

³³ Lembrando o conceito de *simétrica paridade* trazido por Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 120).

³⁴ Ou Princípio da Prevalência da Lei, como se extrai da lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 132-133). Conferir o inciso II do artigo 5º da Constituição Brasileira

da Vinculação ao Estado Democrático de Direito se apresenta como um dos *princípios diretivos* da função jurisdicional.

Assim, como o intérprete deve observar as diretrizes normativas do texto constitucional, em sendo o Estado Democrático de Direito o paradigma escolhido, fica o agente público inarredavelmente vinculado, no exercício de sua função, ao modelo político eleito. Aliás, a atividade jurisdicional “exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição,” (DIAS, 2004, p. 134) não sendo mais admissível a patológica postura de Magnaud³⁵ ou atos que lembram o *oborto collo* (Cf. VIEIRA, 2002, p. 7) romano. Como sobredito, até mesmo o conteúdo da norma constitucional deve ser processualmente compartilhado, devendo-se desestimular a criação do *espaço do soberano*³⁶, ou seja, do espaço infiscalizável da autoridade.

Nesse enfoque, é ditosa a lição de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 96), que, por sua precisão, merece transcrição literal:

“O fato da maioria do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão dos direitos processuais, instituíveis pela Comunidade Política, suplica erigir a constituição como *medium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática.”

³⁵ Postura essa bem descrita por Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 45-46), Chaim Perelman (2000, p. 97-98) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 134-135). Ensinam os autores que o francês Jean-Marie Bernard Magnaud, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1889 a 1904, tornando-se famoso por prolatar decisões que não se vinculavam à lei, à jurisprudência ou aos livros jurídicos. O juiz Magnaud, apontado por alguns como “o bom juiz Magnaud”, reputava-se a própria encarnação do Direito, decidindo por equidade e para atendimento do (seu) senso de justiça.

³⁶ Sobre o *espaço do soberano*, vide item 2 deste trabalho.

No discurso jurídico-democrático (dialógico, e não dialético), não basta que os interlocutores se valham de uma *língua* comum; é necessária, também, uma *linguagem*³⁷ comum, um *medium* lingüístico capaz de aceitar a falibilidade do direito positivado. Esse *medium* lingüístico, a nosso ver, é a Teoria do Processo Democrático.

7. Considerações finais

A fundamentação do Direito se dá pela conformidade de opinião e vontade discursiva dos cidadãos (MOREIRA, 2002, p. 174), e não pelo entendimento de seres inexplicavelmente judiciosos. Expressões como *justiça, bem-estar social, interesse comum, moral, ética*, não podem ser *exclusivamente* traduzidas e compreendidas por mentes soberanas.

No Direito Democrático, é mister que o discurso da norma seja processualizado em toda esfera de formulação, alteração, revogação e aplicação jurídica.

Não basta, para legitimar o Direito, a simples obediência aos trâmites formais de criação das leis, vez que suas fases posteriores de aplicação, alteração ou revogação devem assegurar aos destinatários a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, em *Devido Processo*.

O texto constitucional, por se ofertar à crítica, torna-se a base do discurso normativo e, uma vez existente, clama por uma interpretação processualizada, sendo desnecessário cogitar-se a *mens legislatoris* ou *legis*³⁸, pois o sentido da norma só pode

³⁷ Com razão, Karl Popper (1994, p. 71), obtempera que “é pela linguagem que nos tornamos humanos e que a consciência humana – a consciência do eu – é uma conseqüência da linguagem.”

³⁸ Com razão, na atualidade, muito se critica a clássica concepção de interpretação jurídica defendida pelos *subjetivistas* e *objetivistas*. Para tais correntes, seria função do intérprete (sempre solitário) descobrir o verdadeiro sentido da lei, quer seja desvendando a vontade do legislador (*mens legislatoris*) quer seja da própria norma (*mens legis*). A concepção subjetivista (*mens legislatores*) defende que a interpretação da lei é *ex tunc* (desde então, no caso, desde a criação da lei),

ser traçado por seus destinatários, e não, exclusivamente, por juízes, promotores, advogados, prefeitos, governadores, presidentes, ministros ou outros.

Nesse sentido, o conceito de Processo, após lutas e vidas, sofreu mutações, apresentando-se, na atualidade, como instituição constitucionalizada que abriga os princípios³⁹ do contraditório, da isonomia e da ampla defesa e o instituto de *Devido Processo*. No Estado Democrático de Direito, vale insistir, o Processo não se apresenta como um “laboratório de poder” (FOUCAULT, 2003, p. 169) posto à disposição de uma autoridade que vigiaria, de forma pan-óptica, a atuação dos cidadãos.

Por esse prisma, em decorrência dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Reserva Legal, a principiologia constitucional do Processo conduz toda a interpretação do Direito, vinculando o intérprete. Com isso, a Teoria do Processo, ao abrigar uma instituição constitucional, demarca e vincula o próprio discurso jurídico, apresentando-se como *medium* lingüístico da atividade jurídica.

Todo poder emana do povo e a esse, como única fonte do poder, deve ser assegurada a possibilidade de fiscalizar a atividade dos agentes público-governativos, propiciando, outrossim, a oportunidade de criar, modificar e revogar a norma jurídica, via procedimental, sob a regência da Teoria do Processo, garantindo-se, com esse ciclo, a legitimidade normativa.

O destinatário passa a ser, também, intérprete e operador da norma jurídica.

Justamente por isso, o Discurso Normativo, em todo *iter* da *estruturação* do Direito, deve ser regido pela Teoria do Processo De-

mitificando o legislador. Por sua vez, a concepção objetivista (*mens legis*) defende que a interpretação é *ex nunc* (desde agora), mitificando a lei, já que essa teria uma racionalidade própria que falava por si mesma. Sobre tal crítica, sugere-se: Streck, (2004, p. 88, 100-104); Pereira, (2001, p. 108-119).

³⁹ Chamados de Princípios Institutivos do Processo. Sobre o tema (Cf. LEAL, 2004, p. 100-410).

mocrático, sob as conseqüências de perda de legitimidade.

Nesse sentido, a inobservância dos princípios institutivos do Processo (isonomia, ampla defesa e contraditório) torna a norma jurídica obscura e incompreensível, estimulando o aparecimento de um espaço (não-fiscalizável) *do soberano*.

A *pós-modernidade* desaprova a *não-contradição*, rejeitando, também, a tentativa (fracassada) de se criar um *ethos* (e uma *razão*) *universal*. O *desamparo*, a *complexidade* e o *pluralismo* são marcas indelévels da pós-modernidade, porquanto os indivíduos já não são (deveriam ser) dirigidos por uma sofocracia (governo dos sábios) ou por um direito extra-sistêmico, tal como o é o direito natural. A *contradição* passa a ser aceita. Tal momento pode ser apreendido principalmente na pintura pós-moderna, a qual não guarda nenhum compromisso com a estética e com os modelos tradicionais de pintura, como a renascentista. Do mesmo modo, a pós-modernidade rejeita a tradição e a idéia de bem-comum.

Ao revés do que muitos pensam, os protestos, as passeatas, as greves de fome e os brados proferidos em locais públicos pouco ou nada contribuem para a formação de uma Democracia efetiva, haja que o Discurso Democrático, na pós-modernidade, anseia por um espaço procedimental isonômico para encaminhamento dos argumentos e reivindicações. Para nada serve o debate público se os interlocutores (em especial, o cidadão e o Estado, o patrão e o empregado) não se apresentam no mesmo plano dialogal. Normalmente, o resultado de tais agitações nada mais é do que um analgésico dado pelo soberano como forma de evitar a radicalização da violência, mantendo, como certo, a dominação.

A linguagem jurídico-processual⁴⁰ é a única capaz de articular de forma democrática a autonomia pública e privada, pois ela

⁴⁰ Presente no espaço procedimental regido pela isonomia, contraditório e ampla defesa.

aceita as diferenças e as contradições, características típicas das sociedades atuais.

Desditosamente, ainda hoje, há os que se aquietam diante do pobre camponês kafkiano (KAFKA, 2000, p. 71-72).

Referências

- AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- _____. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. Il modelo costituzionale del processo civile. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4, jan./abr. 1997a.
- _____. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 87, jul./set. 1997b.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.
- CARVALHO, Helber Buenos Aires de. Alasdair Macintyre e o retorno às tradições morais de pesquisa racional. In: OLIVEIRA, Manferdo A. de (Org.). *Correntes fundamentais da contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisito pragmático da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.
- _____. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito-clássicos e novos papéis. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 10, n. 30, sept./dic. 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

- _____. Três modelos normativos de democracia. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995.
- KAFKA, Franz. *Diante da lei*. In: _____. *A colônia penal*. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000. 7 v.
- _____. Sobre a questão das leis. *Novos Estudos*: CE-BRAP, São Paulo, n. 37, nov. 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- LEAL, André Cordeiro. *Direito processual*: texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. 1 v.
- _____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 6, n. 1, ago. 2003a.
- _____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003b.
- _____. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: _____. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2 v.
- _____. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.
- _____. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002b.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001a.
- _____. *Justiça de quem? Qual nacionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001b.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: M. Limonad, 2003.
- NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Canttonni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- _____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- Popper, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 10. Ed. São Paulo: Cultrix, 2003.
- _____. *O racionalismo crítico na política*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. 2. ed. Brasília: UnB, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA, Carlos Antônio. Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2 v.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 12. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.
- _____. *Três tipos puros de dominação legítima*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2001. (Coleção grandes cientistas sociais).
- WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996.

A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil

Amandino Teixeira Nunes Junior

Sumário

Introdução. 1. A judicialização da política. 1.1. Conceito de judicialização da política. 1.2. A separação dos poderes no contexto da judicialização da política. 1.3. O controle de constitucionalidade: poder político do Judiciário. 2. A judicialização da política no Brasil. 2.1. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988. 2.2. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. 2.3. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil. 2.4. Os instrumentos constitucionais da judicialização da política no Brasil. 2.5. Estudo de caso: o acórdão prolatado no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ. 3. A judicialização da política no Direito Comparado. 3.1. Estados Unidos. 3.2. Europa. Conclusão.

Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a judicialização da política no Brasil e os contornos que esse fenômeno vem adquirindo no cenário político-institucional de nosso país, após a promulgação da Constituição de 1988. A análise foi desenvolvida com base em discussões sobre o tema presentes na literatura especializada, notadamente de direito e de ciência política, e em decisões do Supremo Tribunal Federal, ao julgar processos desencadeados por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, mandados de segurança e “*habeas corpus*”.

A pesquisa foi realizada a partir do seguinte diagnóstico: (i) a redemocratização do Brasil nos anos 80, que redundou na re-

Amandino Teixeira Nunes Junior é Mestre em Direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, professor universitário e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

conquista das liberdades democráticas e da cidadania e na conscientização das pessoas e dos grupos sociais sobre seus próprios direitos; (ii) a promulgação, em 1988, de uma Constituição que ampliou o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para introduzir novos direitos e novas ações, visando a tutela de interesses; (iii) a ascensão institucional do Poder Judiciário na proteção dos direitos individuais e coletivos e no controle dos demais poderes constituídos, o que o levou a exercer papel importante como instância decisória na resolução de questões nunca antes suscitadas; (iv) a expansão da jurisdição constitucional, que envolve a interpretação e aplicação do texto constitucional e tem como seus principais instrumentos o controle de constitucionalidade das leis e a tutela dos direitos fundamentais, dando ao Supremo Tribunal Federal uma posição de proeminência nesse contexto.¹

Ariosto Teixeira (2001, p. 33), ao analisar o tema, afirma que

“[...] a judicialização da política corresponde a fenômeno de comportamento institucional registrado pela pesquisa em Ciência Política em diferentes sociedades contemporâneas, cuja característica central é a expansão do papel do Judiciário no sistema de poder”.

Nosso escopo, portanto, é compreender as causas e as conseqüências do papel político assumido pelo Poder Judiciário no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o artigo apresenta-se estruturado em três partes, conforme abaixo descrito.

A primeira parte discute o conceito e os traços característicos da judicialização

da política com base em literatura própria, a separação dos poderes nesse contexto e o controle de constitucionalidade das leis como expressão do poder político do Judiciário no Estado moderno.

A segunda parte aborda a judicialização da política no Brasil, examinando o tema no contexto da Constituição de 1988 e a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal nesse cenário. A análise da atuação política da Corte Suprema é apresentada juntamente com o estudo de caso – paradigmático, em grande parte, o acórdão prolatado no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ (BRASIL, 1999) – e precedida do exame do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e dos instrumentos constitucionais da judicialização da política no Brasil.

A terceira parte analisa o tema no direito comparado, com destaque para os exemplos de judicialização da política nos Estados Unidos e na Europa.

Finalmente, a conclusão do artigo apresenta as contribuições do autor ao tema ora examinado.

1. A judicialização da política

1.1. Conceito de judicialização da política

A expressão *judicialização da política* entrou para a literatura contemporânea a partir do esforço analítico apresentado de forma coletiva na obra *The global expansion of Judicial Power*, de 1995, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995).

Nesse livro os autores traçam as características de um fenômeno global de recrudescimento da interação entre Direito e Política. Para chegar a esse entendimento, Neal Tate e Torbjörn Vallinder examinam os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas (integrantes da ex-URSS), Filipinas e Namíbia, partindo da idéia de que a expansão global do Poder Judiciário e as técnicas de con-

¹ Esse fato pode ser constatado a partir dos julgados do STF que determinaram, por exemplo, os limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Entre tais julgados, cumpre destacar o acórdão prolatado pelo Plenário da Corte no Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ (BRASIL, 1999), que será examinado adiante.

trole de constitucionalidade decorreriam da maior visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático.

Em face da repercussão da obra em escala mundial, o debate sobre a judicialização da política foi trazido ao Brasil. O artigo intitulado *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, de 1997, de Marcus Faro de Castro (1997, p. 147-156), foi o marco inicial desse debate em nosso país, seguido, mais tarde, em 1999, pelo livro *A judicialização da política e das relações sociais*, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges (VIANNA et al., 1999).

Marcus Faro de Castro (1997, p. 148) analisa, em seu artigo, o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a judicialização da política promove uma interação entre os poderes, o que não é, necessariamente, prejudicial à democracia; ao revés, esta constitui requisito da expansão do Poder Judiciário. Nas palavras do autor:

“[...] Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse público’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’”.

Já Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges (1999) basearam seu estudo sobre a judicialização da política brasileira no modelo do controle abstrato de constitucionalidade

pela via da ação direta adotado pela Constituição de 1988. Segundo esse estudo, a crescente institucionalização do direito na vida brasileira, invadindo espaços que antes lhe eram inacessíveis, como algumas esferas do setor privado, levou à judicialização das relações sociais.

Para os autores, o Direito do Trabalho teve uma importância fundamental para judicializar as relações sociais no Brasil, ao introduzir no campo jurídico um argumento de justiça inexistente na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, procurando compensar a parte economicamente mais fraca nas relações de trabalho e retirando “[...] o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes” (VIANNA et al., 1999, p. 17).

Assim, o Direito do Trabalho promoveu um viés igualitário na ordem liberal, e a dissociação entre as esferas do público e do privado cedeu lugar à publicização da esfera privada. A mediação das relações sociais redundou, ao fixar os direitos dos grupos organizados corporativamente, na jurisdicização das relações sociais.

A discussão sobre a judicialização da política tem atraído o interesse de juristas e de cientistas políticos, embora, no caso brasileiro, a literatura especializada dedicada ao tema ainda mereça maior atenção.

Relativamente ao conceito de judicialização da justiça, podemos tomar por empréstimo o de Torbjörn Vallinder²:

² “Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13, tradução nossa).

"[...] Thus the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process" (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).

Por esse conceito, há dois aspectos a considerar em face da judicialização da política. O primeiro refere-se à transferência da tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário). O segundo diz respeito à propagação do procedimento judicial para outros procedimentos: o procedimento administrativo e o procedimento legislativo.

Judicializar a política, segundo Torbjörn Vallinder (1995), implica expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distintas daquelas típicas dos tribunais em dois contextos, como salientam Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114):

"[...] O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito)".

Os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; (ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; (b) parâmetros jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário – nas suas deliberações.

Em resumo, a judicialização da política pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes.

Acresce o fato de que as técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelos tribunais nas democracias contemporâneas têm ampliado seu domínio sobre os resultados dos processos legislativos e das políticas públicas, fazendo com que o Legislativo e o Executivo, nas suas ações e deliberações, preocupem-se em não violar a Constituição.

Daí por que esse fenômeno pode ser também contextualizado em processos políticos nos quais a jurisprudência constitucional se torna parâmetro do processo decisório, visto que a possibilidade de decisões judiciais, com base em preceitos constitucionais, direciona ou pode, até mesmo, alterar os resultados legislativos.

Vê-se, pois, que a judicialização da política ocorre nos Estados constitucionais tripartites e significa a expansão do papel do Poder Judiciário no sistema político.

1.2. A separação dos poderes no contexto da judicialização da política

O desenho das instituições políticas, presente nas Constituições de derivação liberal, obedece, de modo geral, ao estabe-

lecido por Montesquieu na sua obra clássica sobre a separação dos poderes (MONTESQUIEU, 1985).

Assim é que, no Brasil, estrutura-se o poder político de acordo com essa teoria. Isso é tão verdadeiro na Constituição de 1824 – embora esta acrescenta à fórmula de Montesquieu um quarto poder, o Moderador – como na Constituição de 1988, em vigor, cujo art. 2º preceitua: “[...] São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Todavia, essa teoria, na sua concepção clássica, parece que não mais se sustenta nos dias atuais. Na verdade, afigura-se cediço na doutrina contemporânea que a rígida separação dos poderes, segundo o preceituado por Montesquieu (1985, p. 152), na qual os juízes não são mais do que “[...] a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”, deve ser revista.

Com efeito, a doutrina contemporânea não mais concebe a função do juiz como atividade mecânica, sem criatividade. De igual modo, não mais admite a compreensão de que a lei tem apenas um sentido, que há somente um significado verdadeiro do texto legal e que a lei é completa, inexistindo lacunas. Assim, é errôneo conceber hoje que a função do juiz se restringe simplesmente a verificar a ocorrência do fato e enquadrá-lo na hipótese legal – a chamada subsunção judicial, herdada do positivismo jurídico, de origem kelseniana³.

A aplicação do direito pelo juiz, dada a sua complexidade, oferece diversas possibilidades interpretativas sobre um mesmo caso concreto, conduzindo a elementos

³ O positivismo de Hans Kelsen (2000), que se tornou, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas, reduzia o Direito ao conjunto de normas em vigor e, como sistema completo e perfeito, não precisava de qualquer justificação, além de sua própria existência. Essa teoria não mais se sustenta, nos dias atuais.

criativos. Nos dias atuais, o juiz, com frequência, depara-se com textos legais abertos, que contêm mais de um significado possível, o que lhe atribui certa margem de liberdade para decidir entre as várias interpretações cabíveis.

A verdade é que o Poder Judiciário assumiu novo papel em face das transformações decorrentes do Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), passando a exercer funções que antes não lhe eram próprias, como a de “intromissão” em assuntos de outros poderes, assim como a ocupar espaços que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais, substituindo a família, a Igreja e os fóruns de discussão política. Daí a maior influência política do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Em conhecida obra, Mauro Cappelletti (1993) estuda a questão do direito jurisprudencial (ou judiciário) e, mais especificamente, o papel criativo dos juízes, no sentido de que estes criam o direito.

Afirma o autor que esse fenômeno, de alcance tendencialmente universal, não se limita ao campo do direito jurisprudencial, “[...] pois de modo mais geral reflete a expansão do Estado em todos os seus ramos, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19), ou melhor, “[...] na verdade, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

Reconhece Mauro Cappelletti (1993, p. 25) que é intrínseco em todo ato de interpretação alguma medida de criatividade, sendo que a verdadeira questão que se coloca é saber “[...] o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial”. Ressalta, porém, que certo grau de criatividade “[...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete” (CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

Buscando compreender as causas e os efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial, deixa claro o autor que se trata de fenômeno típico do século XX, quando o formalismo jurídico foi, paulatinamente, cedendo espaço para maior criatividade dos juízes, em face “[...] da grande transformação do papel do Estado e do direito na moderna sociedade do Bem-Estar (*Welfare State*)” (CAPPELLETTI, 1993, p. 34), cujo aparecimento, que teve como consequência o crescimento do ativismo estatal e, em especial, das funções legislativas, trouxe consigo a necessidade de um aparelhamento administrativo mais complexo.

Para Mauro Cappelletti (1993, p. 53), foi nos Estados integrantes da família *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos, que o Poder Judiciário adotou uma postura mais ativa e criativa, passando a controlar não só a atividade civil e penal dos cidadãos, mas também os poderes políticos, o que implicou uma importante contribuição para a construção de um sistema de controle dos outros poderes. “[...] Na verdade, é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do Poder Judiciário”.

Portanto, a rígida separação dos poderes de Montesquieu cede passo ao sistema de controles recíprocos – *o checks and balances* do sistema constitucional americano.

Como afirma Mauro Cappelletti (1993, p. 53):

“[...] Extremamente instrutivas apresentam-se as vicissitudes dramáticas da Europa continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna da melhor causa, o ideal da demasiada rígida *séparation de pouvoirs*, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário

perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não a existência de um Legislativo totalmente não controlado, como de um Executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública”.

Indubitavelmente, uma profunda mudança na coordenação entre os poderes ocorreu no século XX, tendo o Poder Judiciário ampliado sua atuação no cenário político-institucional delineado pelo constitucionalismo atual.

1.3. O controle de constitucionalidade: poder político do Judiciário

O Estado, para Max Weber (1999, p. 525), é “[...] aquela comunidade humana que, dentro de determinado território, reivindica para si o monopólio da coação física legítima”, e a política é “[...] a tentativa de participar no poder ou de influenciar a distribuição do poder” (WEBER, 1999, p. 525).

Ora, em sendo parte integrante do Estado, o Judiciário participa, de alguma forma, da composição e distribuição do poder político.

Aléxis de Tocqueville (1977, p. 82 et seq.), em obra clássica, constata que o poder político do Judiciário resulta da possibilidade de invalidar leis e atos normativos emanados de outros poderes, por meio da interpretação constitucional. Esse mecanismo de poder do Judiciário denomina-se *controle de constitucionalidade*.

O controle de constitucionalidade só se tornou possível com o surgimento do Estado moderno, que estrutura seu sistema jurídico-normativo numa perspectiva piramidal. No vértice dessa pirâmide teórica, encontram-se as normas constitucionais,

que se sobrepõem às demais normas do sistema, servindo-lhes de fundamento de validade.

Assim, na hipótese de confronto entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais, devem prevalecer as primeiras. Esse é o princípio da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário, normalmente por meio de um órgão especial ou de cúpula, examinar esse confronto, declarando a nulidade da norma infraconstitucional.

A maior ou menor importância atribuída ao papel do Poder Judiciário no sistema político está diretamente relacionada com a sua maior ou menor capacidade de controlar a constitucionalidade das leis e assegurar a integridade da Constituição⁴.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 49), existem atualmente três sistemas de controle de constitucionalidade: o *político*, o *jurisdicional* e o *misto*.

O controle político é aquele realizado por órgãos de natureza política, tais como o próprio Parlamento, na Inglaterra, ou órgão especial, como o Conselho Constitucional, na França.

Por sua vez, o controle jurisdicional, também conhecido por *judicial review*, é aquele realizado por órgãos do Poder Judiciário. É o que ocorre nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. É considerado o mais generalizado entre os sistemas de controle de constitucionalidade existentes.

Finalmente, o controle misto é aquele em que algumas categorias de normas estão sujeitas ao controle político e outras categorias submetidas ao controle jurisdicional. É o que sucede na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político do Parlamento e as leis locais, sob controle jurisdicional.

⁴ No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece duas espécies de inconstitucionalidade: (a) a *inconstitucionalidade por ação*, que ocorre com a produção de ato legislativo ou administrativo que contrarie norma constitucional; (b) a *inconstitucionalidade por omissão*, que consiste na inércia do poder público de produzir determinado ato legislativo ou administrativo necessário para tornar efetiva norma constitucional.

Entre os sistemas de controle de constitucionalidade acima descritos, ganha importância para este estudo o controle jurisdicional, que apresenta dois critérios, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 49): *controle difuso* e *controle concentrado*.

Verifica-se o critério de controle difuso, também chamado *jurisdição constitucional difusa*, quando se reconhece o seu exercício pela via incidental a qualquer juiz ou tribunal. Nesse tipo de controle, não se discute a lei em tese ou em abstrato, mas aplicada ao caso concreto, valendo os efeitos da decisão *inter partes* (entre as partes).

Já o critério de controle concentrado, também conhecido por *jurisdição constitucional concentrada*, ocorre quando se defere o seu exercício pela via direta a tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial. Nesse tipo de controle, discute-se a lei em tese, não sendo necessária, portanto, a existência de um caso concreto. A decisão, nesse caso, tem efeitos *erga omnes* (contra todos).

Impõem-se algumas observações relativamente às formas de controle anteriormente descritas. A primeira observação é que o controle jurisdicional “[...] subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor (*nemo iudex sine actore*), que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro, como geralmente ocorre nos países que adotam o critério de controle difuso” (SILVA, 2006, p. 50).

A segunda observação é que, pela via incidental ou de exceção, típica do critério de controle difuso, qualquer demandado (réu) pode arguir a inconstitucionalidade de lei, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele. Daí por que esse tipo de controle permite a qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de lei que, no seu entendimento, viole a Constituição. É claro que, por força do princípio do duplo grau de jurisdição, a sua decisão poderá vir a ser reformada ou anulada por um tribunal em grau de recurso.

A terceira observação é que, pela via direta ou principal, típica do critério de controle concentrado, somente os legitimados, nos termos da Constituição⁵, poderão arguir a inconstitucionalidade de lei em tese ou em abstrato, por meio do ajuizamento de ações específicas perante órgão de cúpula ou corte especial.

A quarta observação é que se admite, também, nos sistemas de critério concentrado, o controle por iniciativa do juiz dentro do processo, independentemente do pedido das partes. É o que ocorre, por exemplo, no direito alemão (*Richterklage*).

Por fim, assinala-se que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, desde a Constituição de 1891, é o jurisdicional.

As Constituições posteriores à de 1891, no entanto, foram introduzindo inovações, de sorte que, à vista da Constituição vigente, promulgada em 1988, “[...] temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2006, p. 51).

2. A judicialização da política no Brasil

2.1. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988

A redemocratização do Brasil decorrente da abertura política negociada entre os militares e a elite política civil, em 1985, culminou com a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte,

⁵ A Constituição de 1988, no seu art. 103, arrola os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

destinada a elaborar e aprovar uma nova Constituição, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988.

Trata-se da Constituição Cidadã, “[...] na expressão de Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2006, p. 90).

Com efeito, apesar das muitas críticas ao texto produzido pela Assembléia Nacional Constituinte, no que concerne ao casuísmo e à prolixidade de seu conteúdo, à abrangência de suas normas e à conjugação desarticulada entre propostas estruturais e medidas conjunturais, são inegáveis as inovações e os avanços que a Constituição de 1988 consagrou.

Talvez a maior prova dessas medidas inovadoras, modernas e democráticas sejam as normas sobre os direitos e garantias fundamentais espelhadas por todo o texto da Carta de 1988⁶, cujos destinatários são todos os brasileiros e estrangeiros no território nacional, pessoas físicas e jurídicas.

Com relação ao Poder Judiciário, as alterações decorrentes da Constituição de 1988 significaram mais um ingrediente, entre muitos, no sentido da consolidação da novel democracia brasileira.

A propósito, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 8):

“[...] A reestruturação do Poder Judiciário não era prioridade de qualquer das correntes que predominavam na Constituinte de 87. Por isso, o tema não suscitou maiores controvérsias. Mas, apesar dessa apatia, uma reestruturação de monta houve, decorrente de uma combinação de propostas desconexas e de variada inspiração. Disto resultou, por sur-

⁶ A atual Constituição trouxe, no seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco Capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

preendente que seja, uma profunda, porém inesperada, transformação do Judiciário, como se demonstra nesse estudo”.

Para o autor, entre as mudanças relevantes está o novo enfoque dado à função de julgar, bem diverso do tradicional, ampliando consideravelmente a participação do juiz e dando-lhe um certo distanciamento em relação à lei, o que não admitia a doutrina clássica, de índole positivista.

Completa o autor:

“[...] Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV, da Constituição. Assim, pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei (FERREIRA FILHO, 1994, p. 8-9)”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994) aponta também outras alterações importantes advindas da ordem constitucional inaugurada em 1988, quais sejam: (i) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar efetivas normas constitucionais (art. 102, § 2º); (ii) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IV); (iii) instituição do mandado de injunção, quando a ausência de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); (iv) alargamento do objeto da ação popular, que incluiu, além do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (art. 5º,

LXXIII); (v) instituição da ação declaratória de constitucionalidade, que visa a preservar a presunção de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, “a”); (vi) ampliação das funções institucionais do Ministério Público, que passou a atuar em variadíssimos campos, como a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, inclusive do consumidor (art. 129, I a IX).

Entende o autor que essas mudanças provocaram a ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário brasileiro, transformando-o em poder de caráter político.

Nesse sentido, assevera:

“[...] Tire-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem de tornar-se um legislador ativo (FERREIRA FILHO, 1994, p. 11)”.

O autor menciona, também, o controle das eleições pelo Poder Judiciário como outra importante mudança decorrente da Constituição de 1988, que levou à judicialização da política no Brasil. É o que ocorre com a ação de impugnação de mandato, de competência da Justiça Eleitoral, fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude (art. 14, § 10).

Ressalte-se, ainda, a instituição da ação de descumprimento de preceito fundamental, que tem por finalidade argüir o descumprimento de preceito fundamental constitucional, quando for relevante o fundamento da controvérsia entre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal,

⁷ A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida na Constituição de 1988 pela EC nº 3/1993.

inclusive os anteriores à Constituição, e normas constitucionais (art. 102, § 1º)⁸.

De modo geral, não há como negar, pois, que os avanços e as inovações da Carta de 1988 vêm propiciando uma participação cada vez mais ativa do Poder Judiciário nas questões políticas. Os argumentos expendidos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho são robustos indicadores do aprofundamento da judicialização da política brasileira. Indubitavelmente, a expansão da jurisdição constitucional é o fator de impulso desse aprofundamento, o que torna proeminente o papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo, como salientado.

2.2. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política

A combinação dos dois critérios de controle de constitucionalidade – o difuso e o concentrado – confere ao Supremo Tribunal Federal uma posição singular no sistema constitucional brasileiro.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal atua, por meio da competência recursal, como órgão de revisão das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (i) contrariar dispositivo da Constituição; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; (iv) julgar lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”).

Assim, em se tratando competência recursal, o Supremo Tribunal Federal atua como instância revisora final das decisões proferidas por juízes ou tribunais no

exercício do critério de controle difuso de constitucionalidade⁹.

No segundo caso, o Supremo Tribunal Federal atua, por meio da competência originária, como órgão de cúpula encarregado de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição mediante ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, “a”, e § 1º).

Portanto, em se tratando de competência originária, o Supremo Tribunal Federal atua como instância exclusiva para julgar os litígios constitucionais decorrentes do exercício do critério de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se da *jurisdição constitucional concentrada*, que visa a assegurar o princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2006, p. 562).

Daí por que a nossa Corte Suprema, como assinalado, tem posição de proeminência, no que concerne à atuação política do Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido, a Constituição de 1988, na medida em que atribui ao Supremo Tribunal Federal, em sede de critério de controle concentrado, a função exclusiva para proceder ao exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, abre espaços generosos para a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, como se verá, adiante, no estudo de caso.

O Supremo Tribunal Federal tem sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, competindo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 101, *caput*). Compõe-se de onze Ministros, escolhidos entre cidadãos brasileiros

⁸ Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 562), “[...] preceitos fundamentais não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’: é mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas dos direitos e garantias fundamentais”.

⁹ A competência recursal do Supremo Tribunal Federal é exercida por meio do recurso extraordinário, no qual o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o STF examine a sua admissão, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2004).

com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de *notável saber jurídico e reputação ilibada*, nomeados pelo Presidente da República, após aprovada sua escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo-lhes asseguradas – como de resto aos demais magistrados – as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio (art. 101, parágrafo único, e art. 95, I, II e III)¹⁰.

A Carta de 1988, mantendo uma tradição que vem desde a primeira Constituição da República (1891) e inspirada no constitucionalismo norte-americano, não estabelece mandato para os cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, como sói acontecer nas Cortes Constitucionais européias, exemplificativamente o Conselho Constitucional, na França, e o Tribunal Constitucional, na Alemanha, cujos membros cumprem mandatos de nove e doze anos, respectivamente.

O fato de os membros de nossa Corte Suprema não cumprirem mandato não impediu, entretanto, o predomínio, na história do Supremo Tribunal Federal, de magistrados com perfil nitidamente político¹¹.

2.3. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil

Como examinado, a Constituição de 1988 adota a inconstitucionalidade por ação ou omissão e o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, combinando os critérios difuso e concentrado,

¹⁰ O Poder Judiciário brasileiro apresenta uma tradição de investidura por concurso público de provas e títulos, com exceção dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, I e II) e do quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, que é preenchido, alternadamente, por membros do Ministério Público e advogados (art. 94).

¹¹ Ariosto Teixeira (2001, p. 76) assinala que a literatura especializada mostra que o Poder Judiciário tem tido papel político relevante desde os primeiros instantes da fundação do Brasil, seja enquanto colônia, seja como nação independente de Portugal e, mais tarde, na trajetória republicana.

aquele de competência de qualquer juiz ou tribunal e este de competência do Supremo Tribunal Federal.

Assim é que tanto os órgãos de primeiro grau (juízes singulares) como os órgãos de segundo grau (tribunais em geral), quando provocados, estão constitucionalmente legitimados a intervir nos processos decisórios de outros poderes mediante exame da constitucionalidade das leis e atos normativos, visto que a possibilidade de decisões judiciais, com base em preceitos constitucionais, direciona ou pode até mesmo alterar os resultados dos processos decisórios e das políticas públicas.

Ademais, o desenho dado à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade pela Carta de 1988, notadamente com o amplo rol de seus legitimados ativos, reforçou o critério de controle concentrado no Brasil, com a maior capacidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal em questões de natureza política.

2.4. Os instrumentos constitucionais da judicialização da política no Brasil

Não somente as ações diretas de inconstitucionalidade e os mandados de segurança têm sido instrumentos utilizados para limitar a ação de outros poderes pelo Poder Judiciário, no que concerne à defesa da Constituição e à proteção dos direitos fundamentais. Na verdade, outros instrumentos com potencial para judicializar a política, no Brasil, são também comumente utilizados, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção, entre outros.

Passemos, agora, a um breve exame de cada um desses instrumentos constitucionais utilizados na judicialização da política brasileira.

2.4.1. Ação popular

Ação popular, para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 712), é:

“[...] a via constitucional (art. 5º, LXXIII), posta à disposição de qualquer cidadão (eleitor) para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a eles equiparados – lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural ou cultural”.

A ação popular é, pois, um instrumento constitucional de defesa dos interesses da coletividade, cujo autor é o cidadão, no gozo de seus direitos civis e políticos, e o beneficiário direto é o povo. Para que seja ajuizada, é necessário demonstrar a ilegalidade do ato a invalidar, além da lesividade ao bem jurídico tutelado. Tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

O processo, a intervenção do Ministério Público e os recursos da ação popular estão regulados pela Lei nº 4.717/65 e legislação superveniente.

2.4.2. Ação civil pública

Ação civil pública, segundo o mesmo autor, é:

“[...] o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular (MEIRELLES, 2005, p. 712)”.

A ação civil pública não se presta a tutelar direitos individuais nem se destina a reparar danos provocados a particulares decorrentes da ação ou da omissão do réu.

Conforme dispõe a Lei nº 7.347/85, que regula a ação civil pública, estão legitimados para ajuizá-la o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, empresas

públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e associações.

2.4.3. Mandado de segurança

Mandado de segurança, para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 711), é:

“[...] o meio constitucional (art. 5º, LXIX) posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para proteger direito individual próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de qualquer autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

O mandado de segurança destina-se a coibir, preventiva ou repressivamente, ato ilegal de qualquer autoridade pública que lesa direito subjetivo, líquido e certo, do impetrante. Admite a suspensão do ato e representa uma ordem que, quando concedida, tem execução direta e imediata.

O processo, a intervenção do Ministério Público e os recursos do mandado de segurança estão disciplinados pela Lei nº 1.533/51 e legislação subsequente.

A Constituição de 1988 instituiu o mandado de segurança coletivo, que deve ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX).

Os pressupostos processuais do mandado de segurança coletivo são os mesmos do mandado de segurança individual, inclusive no que se refere ao direito líquido e certo, só que a tutela não é individual, mas coletiva.

2.4.4. Mandado de injunção

Mandado de injunção, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 713), é:

“[...] o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI)”.

No caso do mandado de injunção, a norma constitucional limita-se a esses direitos e não a toda a Constituição. Assim, só está legitimado para sua impetração o titular de um direito subjetivo instituído e definido em norma constitucional cujo exercício esteja inviabilizado pela inércia do Poder Legislativo. Anote-se que, apesar da falta de previsão constitucional expressa, é plenamente possível o mandado de injunção coletivo, tendo sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a legitimação da sua propositura para as associações de classe legalmente constituídas (STF, Mandado de Injunção nº 361-1-RJ).

Convém salientar que Excelso Pretório, no mandado de Injunção nº 721-DF, mudou sua posição relativamente ao instituto, com a adoção da chamada *corrente concretista*, segundo a qual a decisão judicial não apenas deve cientificar o poder competente da falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas também viabilizar, no caso concreto, o exercício desses direitos, afastando as conseqüências da inércia do legislador, e passou a exercer, também, verdadeira função legiferante.

Essa virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deixou assente a natureza mandamental e não meramente declaratória do mandato de injunção, conferindo-lhe o poder de legislar não *in genere*, mas tão-somente no caso concreto, até que o legislador ordinário supra a ausência da norma regulamentadora.

A partir daí, o STF tem legislado positivamente, ao determinar, por exemplo, no

Mandado de injunção nº 708-DF, a aplicação da Lei nº 7.783/89, no que couber, à greve dos servidores públicos civis, em face da omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o exercício do direito previsto no art. 37, VII, da Constituição de 1988.

2.4.5. Habeas corpus

Habeas corpus é a via constitucional posta à disposição do indivíduo que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII). Há, assim, duas espécies de *habeas corpus*: o preventivo (salvo-conduto) e o repressivo (liberatório). Não cabe, porém, o instituto em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

O *habeas corpus* apresenta-se, pois, como “[...] um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de ação constitucional penal” (SILVA, 2006, p. 445).

2.4.6. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade é a via mais utilizada para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil. Como salientado, ataca-se, por essa ação, que pode ser ajuizada a qualquer tempo perante o Supremo Tribunal Federal por qualquer dos legitimados que a própria Constituição enumera (art. 103, I a IX), a lei ou ato normativo em abstrato, antes mesmo de produzir efeitos concretos, tendo a decisão eficácia contra todas as pessoas (*erga omnes*) e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Assinale-se que a ação direta de inconstitucionalidade alcança apenas as leis e os atos normativos federais e estaduais, ficando as leis e atos normativos municipais sujeitos ao critério de controle difuso, com eficácia entre as partes do processo (*inter partes*).

Com a ação direta de inconstitucionalidade, as leis em tese e os atos normativos que ofendam a Constituição “[...] sujeitam-se ao controle judicial preventivo antes mesmo que gerem ou propiciem atividade concreta e específica da Administração” (MEIRELLES, 2005, p. 714).

O processo, os recursos e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade estão regulados pela Lei nº 9.868/99, complementada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 169 a 178).

2.4.7. Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida em nosso sistema jurídico pela EC nº 3/93 e visa a preservar a presunção de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Têm legitimidade para ajuizá-la perante o Supremo Tribunal Federal as mesmas pessoas e órgãos enumerados no art. 103, I a IX, da Constituição de 1988. Os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

O processo, os recursos e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade estão também regulados pela citada Lei nº 9.868/99, complementada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 169 a 178).

2.4.8. Ação de descumprimento de preceito fundamental

Ação de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º do art. 102 da Carta de 1988, segundo Hely Lopes Meirelles (2005, p. 715), é:

“[...] a via constitucional destinada a argüir o descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, inclusive os anteriores à Constituição, como prevê a Lei nº 9.882, de 3.12.99, que

dispõe sobre o processo e julgamento dessa argüição”.

A ação de descumprimento de preceito fundamental é ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal e tem por objeto, segundo o art. 1º da Lei nº 9.882/99, evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

Ainda, de acordo com a Lei nº 9.882/99, podem propor essa ação todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, na forma do disposto no art. 103, I a IX, da Constituição de 1988.

A ação de descumprimento de preceito fundamental tem caráter subsidiário, no sentido de que só pode ser ajuizada quando não houver outro meio idôneo ou medida eficaz para sanar a lesividade.

2.5. Estudo de caso: o acórdão prolatado no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ

Nos casos envolvendo a controlabilidade judicial das deliberações do Congresso Nacional, de cada uma de suas Casas ou de suas Comissões alicerçadas em suas normas regimentais ou em decisões das Mesas Diretoras, a tensão política atinge altíssima temperatura.

Talvez um dos exemplos mais importantes de judicialização da política no Brasil tenha sido o Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ (BRASIL, 1999), julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 16.9.1999, e relatado pelo Ministro Celso de Mello, que tratou dos limites constitucionais da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, criadas no âmbito do Congresso Nacional, ou no de qualquer de suas Casas, nos termos do § 3º do art. 58 da Constituição de 1988, cuja ementa é a seguinte:

“EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL –

POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, em sede originária, mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados contra Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas. É que a Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão a *longa manus* do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de *habeas corpus*, ao controle jurisdicional originário do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "d" e "i"). Precedentes. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º

da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judici-

ário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÕES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. - A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que

se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD). OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. 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. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um

lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. – O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). – As deliberações de qualquer Comissão

Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. – O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM CONSTANTE DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Tratando-se de motivação *per relationem*, impõe-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – quando esta faz remissão a elementos de fundamentação existentes aliunde ou constantes de outra peça – demonstrar a efetiva existência do documento consubstanciador da exposição das razões de fato e de direito que justificariam o ato decisório praticado, em ordem a propiciar, não apenas o conhecimento do que se contém no relato expositivo, mas, sobretudo, para viabilizar o controle jurisdicional da decisão adotada pela CPI. É que tais fundamentos – considerada a remissão a eles feita – passam a incorporar-se ao próprio ato decisório ou deliberativo que a eles se reportou. Não se revela viável indicar, *a posteriori*, já no âmbito do processo de mandado de segurança, as razões que deveriam ter sido expostas por ocasião da deliberação tomada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, pois a existência contemporânea da motivação – e não a sua justificação tardia – constitui pressuposto de legitimação da própria resolução adotada pelo órgão de

investigação legislativa, especialmente quando esse ato deliberativo implicar ruptura da cláusula de reserva pertinente a dados sigilosos. A QUESTÃO DA DIVULGAÇÃO DOS DADOS RESERVADOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DOS REGISTROS SIGILOSOS. – A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – enquanto depositária desses elementos informativos – a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável – com todas as conseqüências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar – a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social –, a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não con-

figurar situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade. POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal – Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) –, não foi objeto de consideração por parte dos

demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do *writ* mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.”

Nos votos do julgamento definitivo do Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ (BRASIL, 1999), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o controle judicial da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito não ofende o princípio da separação de poderes; ao revés, afigura-se uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático, pois nenhum poder está acima da Constituição.

Em decorrência, decidiu que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm os mesmos poderes investigatórios dos magistrados, mas esses poderes, embora amplos, não são ilimitados nem absolutos. Devem, pois, ser exercidos dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais sobre as quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico.

Nesse sentido, constitui conduta altamente censurável, com todas as conseqüências jurídicas, inclusive de natureza penal, a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever legal de respeitar e preservar os dados sigilosos. Havendo justa causa e achando-se comprovada a necessidade de divulgá-los, não configura situação de ilicitude, muito embora traduza medida revestida de absoluto grau de excepcionalidade.

Assim, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito estabelecidos pela Corte Suprema no Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ (BRASIL, 1999) e em julgados subseqüentes compreendem: (i) quebra de sigilo fiscal, bancário e de

dados relativamente às pessoas por elas investigadas; (ii) oitiva de investigados e indiciados, respeitado o direito ao silêncio, pois ninguém é obrigado a depor contra si mesmo; (iii) oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva; (iv) determinação de buscas e apreensões; (v) realização de perícias e exames e requisição de documentos necessários às investigações (BRASIL, [199-?].)

De outro lado, não podem as Comissões Parlamentares de Inquérito (i) decretar prisões, salvo as em flagrante delito; (ii) formular acusações e punir delitos; (iii) aplicar medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, arresto, seqüestro, hipoteca judiciária e proibição de ausentar-se da comarca ou do país; (iv) proibir ou limitar a assistência jurídica aos investigados.

Além dessas limitações, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ (BRASIL, 1999), que incide sobre a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*, consistente em submeter à esfera única e exclusiva de decisão dos magistrados a prática de determinados atos, como a busca domiciliar (art. 5º, XI), a interceptação telefônica (art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (art. 5º, LXI) (BRASIL, 1999).

Claro está, portanto, que se acha defasada a legislação infraconstitucional que rege o funcionamento e a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 58 da Constituição de 1988 e as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Assim, a riquíssima experiência acumulada com relação às Comissões Parlamentares de Inquérito a partir da promulgação da Carta de 1988 aponta para a oportunidade de modernização da normatividade infraconstitucional vigente.

Nesse sentido, urge atualizar e aperfeiçoar a Lei nº 1.579/52, alterada pela Lei nº 10.679/2003, bem como as normas

regimentais pertinentes (Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Regimento Interno do Senado Federal e Regimento Comum do Congresso Nacional), sem que isso possa implicar qualquer redução de seu relevante papel no processo político e na vida democrática do país, tal como tem ensinado a prática republicana¹².

3. A judicialização da política no direito comparado

A partir do final do século passado, a expansão do poder judicial é fenômeno ocorrente em diversas democracias, como bem observaram Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 5). Nesse sentido, são inúmeros os exemplos da judicialização da política nos Estados Unidos e na Europa.

Convém salientar que a literatura especializada registra que a judicialização da política não é um fenômeno uniforme, visto que cada país demonstra sua própria dinâmica de possibilidades e limites constitucionais, conforme a maior ou menor interação judicial-política e o maior ou menor grau de desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade. Por isso mesmo é que podem ser encontradas, nos diversos países, áreas mais judicializadas do que outras.

3.1. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a judicialização da política é fenômeno verificado desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando a atuação do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. Transpareceram do voto do juiz John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte, as conexões entre a questão política, de um lado,

¹² Cite-se, a propósito, o Projeto de Lei nº 734, de 2007, de autoria do Deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), que “dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito”, ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

e a discricionariedade administrativa e a lesividade do direito individual, de outro, conexões que viriam repercutir sobre toda a doutrina mundial acerca do tema.

Mas foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana passou a acolher entendimentos em favor da efetivação dos direitos individuais, notadamente em sede de revisão judicial¹³.

Não há dúvida de que a jurisprudência da Suprema Corte tem sido fator relevante para o desenvolvimento da revisão judicial e, conseqüentemente, da expansão do Poder Judiciário naquele país.

Hodiernamente, os autores norte-americanos exaltam o papel do Poder Judiciário como o ramo mais importante do denominado *Government*, em que se incluem os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Nas palavras do jurista norte-americano Ronald Dworkin (1999, p. 15): “[...] nenhum ministério é mais importante do que nossos tribunais”.

Na verdade, a capacidade de os juízes e os tribunais dos Estados Unidos influírem no modo como funcionam as instituições norte-americanas é enorme e parece aumentar com o passar do tempo.

3.2. Europa

Na Europa, são também inúmeros os exemplos ocorrentes do fenômeno da judicialização da política. O sistema europeu de controle de constitucionalidade funda-se no critério concentrado (preventivo e repressivo), diversamente do sistema norte-americano, marcado pelo critério difuso. Às Cortes Constitucionais européias cabem não apenas solucionar os conflitos suscitados entre jurisdições e atividades administrativas ou a constitucionalidade das leis e tratados internacionais, como também decidir sobre as violações dos

¹³ Conferir, a respeito, os seguintes casos, dentre outros: *Est Coast Hotel v. Parrish*, de 1937; *Griffin v. Illinois*, de 1956; *Baker v. Carr*, de 1962; *Gideon v. Wainwright*, de 1963; *Shapiro v. Thompson*, de 1969; *Goldberg v. Kelly*, de 1970; *Papasan v. Allain*, de 1986.

direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, na França, os efeitos da intervenção do Conselho Constitucional sobre a ordem política têm sido relevantes. Nesse sentido, Marcus Faro de Castro (1997, p.149) assinala que o papel desse órgão “[...] foi decisivo para a sorte de diversas iniciativas de reforma, tais como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo de François Mitterrand, a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984”.

Na Alemanha, de modo idêntico, a atuação do Tribunal Constitucional tem orientado definitivamente a vida e os debates políticos. Todos os movimentos político-constitucionais alemães trouxeram consigo processos de conscientização política da magistratura. O legislador alemão está submetido ao direito e sabe que suas ações poderão ser controladas judicialmente. Para Louis Favoreu (2004, p. 76):

“[...] A possibilidade de [o Tribunal Constitucional] solucionar todo conflito de atribuições entre os órgãos constitucionais ou entre a Federação e Lânder confere ao juiz constitucional um poder de arbitragem enorme. Finalmente, a Corte Constitucional exerceu uma função indispensável no estabelecimento e no fortalecimento da coesão da sociedade política, sendo ao mesmo tempo um elemento estabilizador e uma força de integração”.

Lembra Marcus Faro de Castro (1997, p. 149) que, na Alemanha,

“[...] a atuação do Poder Judiciário revelou-se de extrema importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas, que vão desde a política externa (*Ostpolitik*) até a política universitária e a política de relações industriais”.

Na Espanha, quase trinta anos após o início do funcionamento do Tribunal Constitucional (1980), a jurisprudência é consi-

derável, notadamente em decorrência do *recurso de amparo*, mas tende a desenvolver-se também sobre as relações entre o Estado e as Comunidades Autônomas.

Assim, a atuação política do Tribunal Constitucional espanhol torna-se cada vez mais importante, à medida que contribui para reduzir e pacificar os conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas, principalmente as mais poderosas, que são a Catalunha e o País Basco.

Finalmente, na Itália, assinala Marcus Faro de Castro (1997, p.149) que,

“[...] a politização da magistratura judicial através de reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960, determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de interesses difusos e a repressão ao terrorismo (e mais recentemente à corrupção)”.

Daí por que a atuação da Corte Constitucional italiana tem sido decisiva para a revisão da legislação sobre direito civil, direito penal, direito processual penal, direito administrativo e direito social. Nesse sentido, cite-se a jurisprudência elaborada sobre o direito de greve e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares (eficácia horizontal).

Conclusão

Pretendeu o presente artigo analisar a judicialização da política no Brasil no período pós-Constituição de 1988. Para atender a esse desiderato, percorreram-se três caminhos.

Inicialmente, examinamos, com base na literatura especializada, o conceito e os traços característicos desse fenômeno, a separação dos poderes nesse cenário e o controle de constitucionalidade como expressão do poder político do Judiciário.

Em seguida, abordamos a ascensão institucional do Judiciário brasileiro nesse con-

texto, notadamente do Supremo Tribunal Federal, e tentamos mostrar de que maneira a crescente interferência desse Poder, no âmbito da política, vem se processando no Brasil, inclusive com estudo de caso e dos instrumentos constitucionais pertinentes.

Finalmente, analisamos a judicialização da política no direito comparado, destacadamente nos Estados Unidos e na Europa.

Temos daí, agora, algumas considerações finais a tecer.

Com efeito, a judicialização da política no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que se processam no direito e na ciência política. O ativismo dos órgãos judiciais, notadamente dos tribunais constitucionais, não só põe em xeque os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço institucional, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

Na verdade, se observarmos o que ocorre atualmente no âmbito da jurisdição constitucional, seja nos Estados Unidos, seja na Europa, é possível constatar que a forte pressão e a mobilização política da sociedade estão na origem daquilo que se passou a designar como o *novo ativismo judicial*.

Os cidadãos buscam limitar a atuação dos governantes, valendo-se dos instrumentos constitucionais postos à sua disposição e socorrendo-se do Poder Judiciário, dentro do quadro político-institucional das democracias contemporâneas. A ampliação do número de ações judiciais contra os atos do Poder Público integra o jogo democrático das sociedades atuais.

Nesse sentido, é possível afirmar que o aumento do número de processos, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, não é apenas fenômeno jurídico, mas também político. Nas sociedades democráticas atuais, a ação política é deslocada de sua arena própria (arena política) para uma outra arena (arena judicial), o que significa a expansão do Judiciário no sistema de poder.

Conquanto seja perfeitamente compatível com as democracias contemporâneas, a judicialização da política não é fenômeno uniforme: manifesta-se diversamente de acordo com as peculiaridades históricas e culturais de cada sociedade, podendo o Judiciário assumir posicionamentos distintos e existir áreas mais judicializadas do que outras.

Assim, nos Estados Unidos, os direitos individuais, as disputas entre Estados e entre estes e a União e as políticas governamentais são altamente judicializadas. Na Alemanha, a atuação do Tribunal Constitucional influi na vida democrática e nos debates políticos. Na França, nacionalização, privatização e política universitária são setores fortemente judicializados. Na Itália, as intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a proteção de direitos difusos e o combate à corrupção têm aumentado consideravelmente. No Brasil, os processos legislativo e eleitoral e algumas políticas públicas (educação, saúde, energia elétrica, telefonia, privatização e tributação, por exemplo) são áreas crescentemente judicializadas.

No caso brasileiro, releva perceber o protagonismo do Supremo Tribunal Federal quando estão em risco direitos individuais e coletivos. A mesma postura pode ser observada na seqüência de decisões judiciais que têm anulado deliberações das Comissões Parlamentares de Inquérito, como a examinada no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452-1-RJ, apontando para a necessidade da atualização e do aperfeiçoamento da normatividade infraconstitucional que trata da matéria (Lei nº 1.579/52, alterada pela Lei nº 10.679/2003), assim como das normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, do Regimento Interno do Senado Federal e do Regimento Comum do Congresso Nacional pertinentes.

Daí por que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um poder político de fato, de modo que o olhar dos juristas e dos

cientistas políticos voltou-se à discussão das conseqüências da atuação da Corte para a sustentação da democracia brasileira, debatendo o fenômeno da judicialização da política.

Sem dúvida, a judicialização da política sinaliza que o processo redemocratizador viabilizado pela Constituição de 1988, com a ampliação do catálogo de direitos e garantias fundamentais e dos legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, repercutiu na agenda da sociedade brasileira. Constitui, assim, na visão de Anderson Lobato (2001, p. 48), um “[...] sinal de consolidação das nossas instituições democráticas”.

A judicialização da política não significa, pois, uma *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo previsto na Constituição de 1988 (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, o fato de o ordenamento constitucional brasileiro permitir – cada vez mais – a revisão judicial do que o Legislativo majoritariamente decide, por meio de um sistema misto de controle de constitucionalidade, assegurando o respeito aos direitos fundamentais, garante o exercício democrático do poder.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/1992 e 52/2006 e pelas emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Rio de Janeiro, 16 de set. 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, p-147-156, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, consumação e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 17, p. 42-52, 2001.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, [199?-?]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2006.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.
- TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano, 2001.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

Democracia participativa na Constituição Brasileira

Paulo Sérgio Novais de Macedo

Sumário

Introdução. 1. Análise conceitual. 2. Tipos de democracia. 2.1. Democracia direta; 2.2. Democracia indireta; 2.3. Democracia semidireta. 3. Democracia semidireta e democracia participativa. 4. Sistema democrático estabelecido pela Constituição de 1988. 4.1. Instrumentos da democracia participativa previstos na Constituição. Conclusão.

Introdução

O artigo aborda especificamente a democracia participativa, no Brasil, considerando os instrumentos e as diversas formas de participação que a Carta de 1988 coloca à disposição da sociedade, para acompanhar, fiscalizar e controlar os atos estatais.

Apresenta os tipos de democracia, conforme a doutrina, distinguindo democracia direta, indireta e semidireta. Aborda a relação entre a democracia semidireta e a participativa, tentando estabelecer diferenciação entre ambas. Outrossim, discorre sobre a amplitude da democracia participativa e os objetivos que esta busca alcançar, por meio das diversas formas de participação da sociedade nos destinos do país.

Por último, realiza varredura ao longo do texto constitucional, buscando localizar cada um dos dispositivos que prevê qualquer forma de participação popular, ou de legitimação da representatividade, nas decisões políticas e no controle/fiscalização

Paulo Sérgio Novais de Macedo é advogado. Servidor da Câmara dos Deputados lotado na Liderança do PSDB. Pós-graduado em direito público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Extensão em Direitos Humanos pela Federación Iberoamericana del Ombudsman em convênio com a *Universidad Alcalá* da Espanha. Conselheiro em Direitos Humanos pela Ágere Cooperação em Advocacy.

das atividades estatais. Destaca a abertura que o sistema democrático adotado pela Constituição de 1988 significou para os rumos da democracia brasileira e os principais instrumentos de participação que foram criados e que ainda podem ser criados sob a inspiração da Constituição.

1. *Análise conceitual*

Conforme assinala José Afonso da Silva (2000), somente pode ser entendida dentro de determinado contexto histórico, uma vez que resulta do modelo de convivência social e de poder que determinada sociedade adota. Portanto não é valor-fim, mas valor-meio – instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana. Daí que, conceituar democracia não é tarefa fácil. Rubens Pinto Lyra afirma que se trata de um dos mais elásticos conceitos da ciência política.

De acordo com Lincoln, conforme menciona o próprio José Afonso da Silva (2000, p. 130), “democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo”. Tal definição retrata bem a democracia direta e pode-se dizer que essa seria uma concepção ideal de democracia. Contudo, é provável que, com essa definição, não se encontre em lugar algum um Estado democrático, puramente democrático. Rousseau (apud PEDRA, 2003) afirma que, “se tomarmos o termo no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira democracia, nem jamais existirá. Não se pode imaginar que o povo permaneça constantemente reunido para ocupar-se dos negócios públicos”.

Maurice Duverger (apud MORAES, 2005, p. 132) afirma que democracia é o “regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”. Veja-se que esse conceito, como o próprio autor assinala, é uma definição simples. Além disso, é um conceito mais afinado com a teoria liberal, pois, além de vislumbrar apenas a democracia representativa, não leva em

consideração os resultados buscados pela democracia, que é exatamente o bem comum, o governo a favor do povo.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2001), ao tratar do tema, oferece conceito mais amplo, considerando não somente os aspectos formadores da democracia, mas também os aspectos referentes a seu exercício, à forma de realização e aos resultados a serem alcançados. O autor, em sua fundamentação, aduz:

“dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania (MELLO, 2001).”

A abordagem feita por Celso Antonio Bandeira de Mello (2001) é bastante larga e traz consigo outros conceitos de igual complexidade, como soberania, igualdade e liberdade, o que termina dificultando sua utilização técnica.

Mas, afinal, democracia é um conceito histórico. Portanto possui o sentido que as circunstâncias, que a sociedade, que a própria história lhe imprime. É por isso que se chamou democracia a dinâmica democrática que existiu na Grécia antiga. É por isso que, em muitos países, principalmente subdesenvolvidos e em desenvolvimento, chama-se de democracia a forma de governo elitista e burguesa, implementada sob o discurso da representatividade, da universalidade e do proveito comum.

José Afonso da Silva (2000, p. 130), com maestria, conceitua democracia como “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e

em proveito do povo". Veja-se que nesse conceito estão presentes os aspectos mais importantes da democracia, conforme a concebemos: a historicidade, quando se refere a um "processo de convivência"; o poder político, que "emana do povo"; a forma de exercício desse poder, "direta ou indiretamente"; e, por último, o resultado, que pode ser traduzido no bem comum, "em proveito do povo".

2. Tipos de democracia

A teoria tradicional costuma classificar a democracia em indireta ou representativa, direta e semidireta, esta às vezes chamada de participativa.

2.1. Democracia direta

Democracia direta, de acordo com lição de José Afonso da Silva (2000), é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Refere-se ao sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto.

Argumenta-se em favor da democracia direta que a democracia representativa é incapaz de defender os interesses da maioria da população, principalmente no Brasil, uma vez que os representantes eleitos, em regra, não fazem parte da parcela populacional que os elegeu. Os eleitos normalmente possuem necessidades diferentes, por pertencerem a uma classe com maior nível de riqueza, de educação. Assim, a solução seria garantir o verdadeiro sufrágio universal, o voto direto destinado a decidir cada questão, e não a eleger um representante onipotente.

No entanto, a democracia direta tem-se tornado cada vez mais utópica, em virtude de dificuldades práticas, como obter e computar o voto de cada um dos cidadãos em cada uma das questões que precisam ser decididas. Essas dificuldades se potencializam na proporção das dimensões populacionais e territoriais do país, o que a

tornaria cada vez mais onerosa, lenta e cara. A democracia direta não se enquadra para uma grande população, principalmente considerando que toda sociedade necessita de versatilidade, de tomada de decisões rápidas, urgentes e emergentes, sob pena de sacrifícios e de prejuízos irrecuperáveis. Daí a governabilidade ser, em regra, representativa.

Ainda, milita em desfavor da democracia direta o fato de que o público em geral não possui condições técnicas nem conhecimento para julgar ações do governo. A maioria da população tem apenas conhecimento superficial dos acontecimentos políticos e científicos. Sabe-se que, muitas vezes, há necessidade de tomada de decisões críticas, como questões de segurança, estratégicas, questões científicas e tecnológicas, acerca das quais nem sempre o povo está apto a decidir. Diante do desconhecimento de assuntos técnicos, o povo se tornaria extremamente frágil, com possibilidade de decisões esdrúxulas, podendo também ficar à mercê de ser influenciado por um argumento carismático, vindo a ser presa fácil das demagogias.

2.2. Democracia indireta

Democracia representativa é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas. Segundo Norberto Bobbio, democracia representativa significa que as deliberações relativas à coletividade inteira são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade.

É também chamada de democracia liberal, visto ser defendida pelos grandes pensadores do liberalismo, que a admitem como o único sistema político em que os valores liberais podem realmente existir e se desenvolver. Por isso admite um conceito de cidadania restrita e individual, limitada, na prática, ao direito de voto.

Sob a ótica liberal, a tomada de decisões não pode contemplar a soberania popular.

Tal posicionamento se baseia, principalmente, no argumento da incapacidade do povo para as decisões estatais, da inoperância das formas da democracia direta em países de grandes dimensões populacionais e territoriais e, ainda, da defesa do sistema burocrático de Max Weber. Dessa sorte, o liberalismo não busca democracia direta nem participativa, mas de partido, representativa, em que os representantes, mais “aptos” e mais “racionais”, tomariam as melhores decisões para o país e para o povo.

Democracia representativa pressupõe um conjunto de institutos voltados ao sistema de representação. Trata-se do processo político, por meio do sufrágio universal, das eleições, dos partidos políticos, do mandato eletivo. A eleição é o momento máximo da democracia liberal, em que o povo legitima o exercício do poder, outorgando-o aos representantes.

A grande crítica à democracia representativa está relacionada à legitimidade. É o que se denomina de crise de legitimidade. Observa-se que, no Brasil, os representantes, após eleitos, não se mantêm vinculados aos seus eleitores nem aos compromissos com eles assumidos. Normalmente se desvinculam dos representados logo que são eleitos. Mas não se deve esquecer que a democracia representativa é a democracia liberal, que em nenhum momento previu uma democracia de efetiva participação. O Estado é governado por uma elite “mais preparada” e apenas formalmente ratificada pelo povo.

Diferente do que acontece na prática, o ideal seria que não ocorresse o distanciamento entre representantes e representados e que aqueles estivessem sempre prestando contas ao eleitor. Edmund Burke (apud Gonçalves¹, 2005), descreve como deveria ocorrer a verdadeira representação:

¹ Arnaldo Manuel Abrantes é mestre em Ciência Política e Relações Internacionais (IEP-UCP), licenciado em Direito (FD-UNL), professor convidado do Instituto Politécnico de Macau.

“A felicidade e a glória de um representante devem consistir em viver na união mais estreita, na correspondência mais íntima e numa comunicação sem reservas com os seus eleitores. Os seus desejos devem ter, para ele, grande peso, a sua opinião, o máximo respeito, os seus assuntos uma atenção incessante.”

Anderson Sant’ana Pedra (2003), inspirado em Bobbio e em Rousseau, conclui que a democracia consiste na vontade geral, e a vontade geral não pode ser representada. Os deputados não são nem podem ser representantes, para decidirem definitivamente em substituição ao povo. Rousseau, em severa crítica à democracia representativa inglesa, assevera que o povo inglês pensa ser livre, mas, na realidade, só o é durante as eleições.

Na democracia representativa, a participação popular fica praticamente alijada, por ausência de controle por parte da população, após o processo eleitoral, pois o que existe é um arremedo de controle, exercido por órgãos com essa atribuição, normalmente compostos de agentes indicados pelos Poderes constituídos. Assim, se considerarmos que é da essência do sistema democrático o “poder do povo” e o efetivo controle dos resultados, pode-se dizer que a democracia representativa está deveras distante da essência do termo: de poder do povo, para o povo.

Importante destacar que tais críticas não buscam sepultar os institutos da democracia representativa. O objetivo, antes, é humanizá-los, é democratizá-los. Conforme Alexandre de Moraes (2005, p. 132), “mister se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, por meio de um representante do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de Democracia semidireta”. Não se trata, assim, de desvalorizar o sufrágio universal nem as instituições representativas, mas de se preocupar com novo uso do sufrágio

universal e buscar nova rede de institutos de participação, por uma cidadania mais ativa e por uma democracia mais real (CARRION, 2001, p. 50).

2.3. Democracia semidireta

Considerando a crise de legitimidade da democracia representativa, os países de democracia liberal passaram a incorporar elementos da democracia direta no sistema político, com o objetivo de lhe dar mais legitimidade, mesclando institutos da democracia direta e da indireta. Essa conjugação de elementos culminou no que se denomina democracia semidireta.

José Afonso da Silva (2000, p.140) afirma que “democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo”. Esses institutos de participação direta, conforme assinala Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha², “são enumerados pela maioria dos tratadistas de direito público como sendo o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa e o direito de revogação, acrescentando alguns autores, o veto popular, também chamado referendo facultativo”. Estes últimos não adotados no Brasil.

Admitindo-se esse entendimento, não se pode dizer que democracia semidireta seja sinônimo de democracia participativa, vez que esta, como veremos adiante, possui um significado mais largo. No Brasil, a Constituição da República prevê institutos da democracia representativa, como o sufrágio universal, o mandato eletivo, mas prevê, também, os elementos tradicionais de participação direta: plebiscito, referendo e iniciativa popular (Constituição Federal art. 14), o que configuraria a democracia semidireta. No entanto democracia par-

ticipativa pode englobar muito mais que esses instrumentos específicos, conforme será visto adiante.

3. Democracia semidireta e democracia participativa

Se democracia indireta ou representativa é aquela na qual o povo outorga as funções de governo aos seus representantes, eleitos periodicamente, democracia semidireta é a democracia representativa acrescida de institutos da democracia direta.

Muitos autores entendem democracia participativa como sinônimo de democracia semidireta. No entanto, na acepção atual, democracia participativa possui espectro de muito maior abrangência. Democracia participativa compreende uma participação universal, com todas as formas e mecanismos que existirem e que forem criados para ampliar os espaços de participação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2000, p. 145) assevera que “as primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituição de participação indireta”. Daí, pode-se concluir que a democracia semidireta foi apenas o crepúsculo da democracia participativa.

Na realidade, avaliando a etimologia da palavra, como democracia significa poder do povo, toda democracia deveria ser participativa. Não haveria democracia sem participação popular, de uma ou de outra forma. Ocorre que o adjetivo “participativa” tomou significado especial, de sorte que, no sentido que se vem solidificando, caracteriza a democracia pela presença dos institutos da representação (democracia indireta), pela participação direta do povo com plebiscito, referendo e iniciativa popular (democracia direta) e por outros meios de participação dentro de um espaço com contínua utilização, renovação e criação de

² Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora de Direito no Centro Universitário de Brasília e na Universidade de Brasília.

novas formas de legitimação do poder e de atuação efetiva da sociedade no controle, na fiscalização e na tomada de decisões do Estado.

A experiência democrática, na maioria dos países, demonstrou a ineficiência e as distorções que a democracia representativa significava, incapaz de responder aos anseios da sociedade. Por outro lado, a democracia direta parece utópica, impossível de ser viabilizada. Do mesmo modo, a semidireta ficou aquém das expectativas, vez que somente inseria alguns elementos da democracia direta no sistema. Daí resultou a democracia participativa, aberta a todas as formas de atuação do povo nas decisões políticas e nos atos da Administração Pública.

Rubens Pinto Lyra admite que o envelhecimento das teorias sobre democracia e o surgimento de formas inovadoras, "sui generis", de participação popular impõem uma redefinição do conceito de democracia participativa. Assevera que a participação política somente ocorre quando o cidadão pode apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas, mudar o curso da ação estabelecida pelas forças constituídas e elaborar ações alternativas. Haverá democracia participativa quando houver amplas formas de o cidadão participar, decidindo, opinando, direta ou indiretamente, por meio de entidade que possa integrar, perante uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade, seja ela empresarial, familiar, educacional, seja na esfera pública, como no orçamento, nos conselhos de direito, nos conselhos consultivos, nas ouvidorias etc.

Na democracia participativa, as eleições livres, os partidos de oposição, a liberdade de imprensa, o instituto da representação, os institutos clássicos da democracia direta e a previsão constitucional de um estado democrático são apenas pilares, elementos, de uma estrutura democrática participativa. Para concretizá-la, há de existir efetiva participação em todo o processo decisório

e em todas as atividades do estado, num verdadeiro exercício da cidadania.

4. Sistema democrático estabelecido pela Constituição de 1988

A Constituição é a carta que organiza e delimita os poderes do Estado; define a forma de exercício do poder, os meios de organização, de sustentação do Estado e as vias do exercício da democracia. É, também, a fonte da qual provém as garantias e liberdades individuais. A Carta Política brasileira pode ser considerada uma das mais modernas e democráticas do mundo.

A Constituição, no art. 1º, determina que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Qualifica o Estado como Democrático de Direito. No Parágrafo Único do mesmo artigo, prevê que todo o poder emana do povo; que esse poder será exercido por meio de representantes (democracia indireta) e também de forma direta. Isso significa dizer que a base do sistema democrático será não apenas o voto, mas também a participação popular, direta, pelos meios e instrumentos constitucionais e legais.

A Constituição declara seus princípios fundamentais e afirma a soberania popular. Tudo objetivando assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Considerando a democracia semidireta como a simples conjugação da representação com institutos da democracia direta, não se pode dizer que a democracia afirmada na Constituição seja semidireta, pois, no decorrer de seu texto, há diversas formas inovadoras de participação da sociedade nas atividades estatais. Assim, a Constituição institui, como paradigma, a democracia participativa, reconhecendo o

sufrágio universal, inserindo institutos da democracia direta, como referendo, plebiscito e iniciativa popular e proporcionando outros meios de participação e controle da sociedade nas decisões políticas e nas atividades da administração pública.

A proposta da democracia participativa é no sentido de incorporar na prática democrática novos e modernos instrumentos de controle e de participação no poder, com ênfase nos mecanismos de controle social (CARRION, 2001, p. 49-52).

Segundo José Antonio Moroni (2005), o sistema democrático estabelecido na Constituição é resultado de um processo que exige não só a democratização, mas também a publicização do Estado, a necessidade do controle social em cinco dimensões: formulação, deliberação, monitoramento, avaliação e financiamento das políticas públicas.

Como dito anteriormente, a Constituição adota o Estado democrático de direito, que, segundo José Afonso da Silva (2000), se funda no princípio da soberania popular, impondo a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação esta que não se exaure na simples formação das instituições representativas, mas na busca do completo desenvolvimento do Estado, procurando realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

No art. 2º, a Constituição institui como poderes da União, o Legislativo o Executivo e o Judiciário, que são, na atualidade, condição *sine qua non* para a existência de um Estado democrático. Um dos primeiros passos para uma democracia é, há muito, a separação dos poderes, com independência e harmonia entre eles.

De acordo com o art. 1º da Constituição, não haverá democracia sem veneração à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho, aos da livre iniciativa e ao pluralismo político. Mas também há de se observar os objetivos traçados pelo art. 3º, de modo que

não se poderá falar em democracia sem a persecução destes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No contexto constitucional, cidadania deve significar mais que a mera participação no processo eleitoral. A Constituição foi chamada de “Carta Cidadã” exatamente pelo fato de estarem nela presentes as garantias e direitos individuais, amplos direitos sociais e, também, mecanismos de expressão da vontade popular, para o efetivo exercício da cidadania. Para a democracia participativa, cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas de indivíduo participante, fiscalizador e controlador da atividade estatal.

Sem dúvidas, novo paradigma no arcabouço jurídico e democrático brasileiro é estabelecido pela Constituição. Todo o rol de direitos e garantias individuais, de fundamentos e objetivos da República, de direitos políticos e sociais, buscam não somente evidenciar, mas também consolidar a democracia brasileira, que será sempre baseada na soberania popular, pelo exercício pleno da cidadania.

Aproveitando lição de Norberto Bobbio, pode-se dizer que o que ocorreu foi a ampliação do processo de democratização, a expansão do poder, da soberania popular, em que se passa a considerar o cidadão além da esfera de suas relações políticas, considerando também suas relações entre si e com o Estado.

A Constituição Federal de 1988 inova em aspectos essenciais, especialmente no que se refere à gestão das políticas públicas, por meio do princípio da descentralização político-administrativa, alterando normas e regras centralizadoras e distribuindo melhor as competências entre o poder central, os poderes regionais e locais. O sistema

democrático adotado pela Constituição buscou criar mecanismos em complemento às instituições representativas tradicionais, incorporando na dinâmica política da sociedade civil, organizada em suas entidades e associações, maior e mais efetivo controle social, além de dar dimensão mais real e mais efetiva à prática democrática (MORONI, 2005).

4.1. Instrumentos da democracia participativa previstos na Constituição

Como dito anteriormente, a democracia participativa no Brasil, com a acepção que assume modernamente, não se restringe à conjunção de elementos tradicionais da representação, com elementos da democracia direta. A democracia participativa engloba outros mecanismos constitucionais e legais de participação e controle social.

Aqui se deverá entender, como mecanismos e instrumentos da democracia participativa, toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da administração; todo e qualquer ato de atuação popular nas decisões políticas e na gestão da coisa pública; todas as formas que objetivem dar mais legitimidade às decisões e aos atos administrativos, por meio de qualquer instrumento legal que garanta mais participação popular.

De acordo com Alice Maria Gonzalez Borges (2006), o que a Constituição busca, com a permissão ou previsão da participação popular, é garantir que a sociedade civil organizada, no exercício da cidadania responsável, seja convocada a controlar e fiscalizar efetivamente o cumprimento dos programas anunciados pelos governantes e das ações dos administradores. De diversas maneiras, quer formais, quer informais, quer judiciais ou não, a Constituição assegura ao cidadão, em cada um dos Poderes da República, formas de controle social e de participação da sociedade na gestão pública.

Assim, os instrumentos da democracia participativa, no Brasil, podem ser: a)

aqueles atinentes à representação, basicamente relacionados ao sufrágio universal; b) aqueles tradicionalmente constantes do rol dos instrumentos da democracia direta: plebiscito, referendo e iniciativa popular; c) aqueles inovadores, peculiares da democracia participativa, que consistem nas mais variadas formas de participação da sociedade, como meio de legitimação do poder e exercício da soberania popular.

A seguir, estão elencados os enunciados constitucionais que garantem a democracia participativa no Brasil e que inspiraram a criação, por lei, de diversos outros instrumentos de participação da sociedade. Os itens relacionados não contemplam os dispositivos tradicionais da democracia representativa nem da democracia direta, por já estarem consagrados na doutrina. Contemplam apenas aqueles dispositivos, de certa forma inovadores, que podem significar abertura para uma maior participação da comunidade nas atividades estatais.

- obrigação de os órgãos públicos prestarem informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei (Art. 5º, XXXIII – Constituição Federal – CF);

- direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, XXXIV, a – CF);

- reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, de caráter eminentemente popular, de participação da sociedade no Poder Judiciário (Art. 5º, XXXVIII – CF);

- legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando 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 (Art. 5º LXXIII – CF);

- participação da comunidade nas ações de seguridade social (Art. 194, VII – CF);

- participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos

órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (Art. 10 - CF);

- previsão de aprovação da população, por plebiscito, em caso de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados (Art. 18, § 3º - CF);

- previsão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios (Art. 18, § 4º - CF);

- previsão de lei sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (Art. 27, § 4º - CF). Esse dispositivo levou os Estados a regulamentarem a iniciativa popular e a criarem, alguns deles, a Comissão de Legislação Participativa, facilitando a participação popular no processo legislativo;

- colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (Art. 29, XII - CF). Deu origem ao Orçamento Participativo, em âmbito municipal, em diversas cidades brasileiras;

- previsão de iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (Art. 29, XIII - CF);

- colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade e a legalidade (Art. 31, § 3º - CF);

- participação dos usuários na administração direta e indireta quando se tratar de prestação de serviços à comunidade (Art. 37, § 3º - CF);

- obrigatoriedade de a Administração direta e indireta criar mecanismos para receber reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (Art. 37, § 3º, I - CF). Esse dispositivo ensejou a criação de ouvidorias e outras formas de atendimento aos usuários;

- acesso da sociedade a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (art. 37, § 3º, II - CF);

- disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (Art. 37, § 3º, III - CF). Além das ouvidorias, inspirou a criação das corregedorias no serviço público;

- instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, em todas as esferas da Federação, com a participação dos servidores (Art. 39 - CF);

- realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil (Art. 58, II - CF);

- viabilização de corregedorias e ouvidorias, no âmbito do Legislativo, para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (Art. 58, IV - CF);

- legitimidade dos cidadãos para iniciativa de leis (Art. 61, § 2º - CF);

- legitimidade ao cidadão, partido político, associação ou sindicato, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (Art. 74, § 2º - CF);

- participação de seis cidadãos brasileiros natos, no Conselho da República (Art. 89, VII - CF);

- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-b, XIII - CF);

- previsão de corregedoria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Art. 103-B, § 5º, I - CF);

- previsão de ouvidorias de justiça, no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, para receber reclamações e denúncias (Art. 103-B, § 7º - CF);

- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional do Ministério Público (Art. 130-A, VI - CF);

- criação de ouvidorias do Ministério Público, em âmbito federal e estadual, para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público (Art. 130-A, § 5º - CF);

- fiscalização pela sociedade quanto às atividades das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção (Art. 173, § 1º, I - CF);

- participação do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (Art. 187 - CF);

- participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso VII - CF). Deu origem aos Conselhos de Assistência Social;

- participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (Art. 198, III - CF). Deu origem aos Conselhos de Saúde;

- participação da população, por meio de organização representativa, na formulação das políticas e no controle das ações da Assistência Social (Art. 204, II - CF);

- colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação (art. 205 - CF) e gestão democrática da educação (Art. 206, VI - CF);

- colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (Art. 216, § 1º - CF);

- exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (Art. 225 - CF);

- participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (Art. 227, § 1º - CF);

- participação da sociedade no amparo às pessoas idosas (Art. 230 - CF);

- participação de representantes da sociedade civil, no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Art. 79 das Disposições Constitucionais Transitórias).

É importante dizer que, como visto, diversos instrumentos da democracia participativa não estão direta e expressamente previstos na Constituição, mas na legislação infraconstitucional. Trata-se da criação dos

Conselhos de direito; Conselhos gestores de políticas públicas; Orçamento participativo; Ouvidorias; Comissões de legislação participativa. Tudo inspirado no sistema democrático estabelecido pela Constituição de 1988. Isso significa que, não somente os mecanismos e instrumentos atualmente conhecidos, mas diversos outros podem vir a integrar o elenco das formas que compõem a democracia participativa no Brasil, sob a égide da Constituição Cidadã.

RUBENS PINTO LYRA (1999), nesse sentido, afirma:

“A Constituição de 1988, ao consagrar, junto com os mecanismos de representação, o princípio de participação direta na gestão pública produziu - ou inspirou - a emergência de diversos institutos de gestão ou fiscalização de políticas públicas, que corporificam essa práxis participativa: as consultas populares, os conselhos gestores de políticas públicas, o orçamento participativo e as ouvidorias. Tais mudanças repercutiram também, como não podia deixar de ser, nas áreas de segurança e de justiça. Graças à iniciativa de militantes de direitos humanos, foram criados Conselhos Estaduais encarregados da defesa e da promoção desses direitos, com a presença majoritária de órgãos independentes do Governo: Conselhos de Segurança e de Justiça, dotados de expressiva participação da sociedade civil e Ouvidorias autônomas, com seus titulares recrutados fora da corporação policial.”

Conclusão

Considerando democracia como resultado de um contexto histórico, e em que pese o importante papel da democracia liberal na passagem do estado totalitário para o estado democrático, pode-se dizer que atualmente democracia significa muito mais que os institutos vinculados à repre-

sentação e muito mais que a legitimação das decisões tomadas pelos representantes, mediante a realização de eleições.

Aliás, ao longo do tempo, autores de renome, como Rousseau, Norberto Bobbio, além de outros não menos importantes, deixaram claro que a democracia representativa não poderia subsistir no tempo, em face da deficiência dos mecanismos representativos que culminariam em marcar grande distância entre representantes e representados, prenunciando uma grave crise de legitimidade.

No contexto da realidade brasileira, a história da democracia está intimamente vinculada à história das constituições, principalmente considerando que estas organizam o Estado, definem seus limites e determinam sua relação com os cidadãos. A Constituição de 1988, especialmente, significou uma sólida base para o desenvolvimento dos mais diversos tipos de participação da população na fiscalização, controle, formulação das políticas públicas e atos da administração. Os modernos instrumentos de participação popular como os conselhos, as ouvidorias, o orçamento participativo, as comissões de legislação participativa são apenas alguns dos mecanismos criados em decorrência da abertura democrática e do sistema estabelecido pela Constituição de 1988, baseada em princípios que permitem a criação, a renovação e a reinvenção constantes das formas de participação da sociedade nos atos do Estado.

De acordo com o sistema de princípios estabelecido na Constituição, a própria dinâmica democrática se encarregará de criar tantos mecanismos quantos forem necessários para a efetiva e real participação popular, vez que a democracia passa a ser baseada não nesses ou naqueles institutos da democracia direta ou indireta, mas na dinâmica democrática, perante uma consciente participação da população por todas as formas previstas e possíveis, no controle das atividades estatais, com o próprio estado a fomentar essa participação.

A concepção de que a democracia participativa se equivale à democracia semi-direta, no sentido de contar com os mecanismos da representação e com as clássicas formas de participação direta, já não pode mais subsistir. Não há mais espaço para restringir a democracia participativa. Esta assume efetivamente um conceito de maior amplitude, admitindo a inserção de novos e diferentes mecanismos de participação popular a cada dia, na tentativa de se alcançar o “bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (preâmbulo da Constituição de 1988), pelo pleno exercício da democracia, com a maior participação possível da sociedade.

Referências

AFFONSO, Almino. *Democracia participativa plebiscito, referendo, iniciativa popular*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1998.

BARTHOLO JÚNIOR, S. et al. Democracia, participação e direito: o papel dos conselhos nas políticas sociais brasileiras. In: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 8., Panamá, 2003. *Universidade de Costa Rica*, San José, 2003. Disponível em: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20VIII/documentos/bartholo.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2006.

BASTOS, Marco Aurélio. *A ouvidoria pública no Brasil*. 2006. 78 f. Monografia (Curso de Especialização em Administração) – UniBrasil, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/Monografia.doc>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (Pensamento crítico, 63).

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Democracia participativa: reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 917, 6 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7752>>. Acesso em: 29 ago. 2006.

- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *A respeito da democracia participativa*. In: ESTUDOS de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTR, 2001.
- CARTILHA. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. (Série ação parlamentar, 165).
- DIAS, Luiz Claudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=61>>. Acesso em: 16 jun. 2006.
- GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. *O orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.
- GONÇALVES, Arnaldo Manuel Abrantes. Os partidos políticos e a crise da democracia representativa. *Jus Navigandi*, Teresina, maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6818>>. Acesso em: 23 jun. 2006.
- LYCURGO, Tassos. Direito e democracia participativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1027, 24 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8266>>. Acesso em: 29 jul. 2006.
- LYRA, Rubens Pinto. Os conselhos de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa. *Revista de informação legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996.
- _____. *As vicissitudes da democracia participativa no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, [19--]a. Disponível em: <<http://www.unisc.br/fnou/artigos/vicissitudes.pdf#search=%22as%20vicissitudes%20da%20democracia%22>>. Acesso em: 26 jun. 2006.
- _____. *Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, [19--]b. Disponível em: <<http://www.unisc.br/fnou/artigos/teorias.pdf#search=%22Teorias%20cl%C3%A1ssicas%20sobre%20a%20democracia%20direta%20e%20a%20experi%C3%Aancia%20brasileira%22>>. Acesso em: 19 jun. 2006.
- _____. *Conflitos e sua prevenção: o papel dos conselhos e ouvidorias de defesa social*. João Pessoa: Universidade da Paraíba, 1999. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/ufpb/home/ouvidoria/artigos/conflitos.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2006.
- _____. A democracia participativa na esfera pública brasileira: reconstrução do conceito e características. In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Painel 4 Linguagem, Justiça e Democracia: aspectos da teoria política contemporânea na Universidade Federal Fluminense, 3., Niterói, 2002. *ABCP- Associação Brasileira de Ciência Política*, Rio de Janeiro, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/teopol4.5.doc>>. Acesso: 09 out. 2007.
- _____. *Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública brasileira*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, [19--]c. Disponível em: <http://www.unisc.br/fnou/artigos/ouvidor_o_defensor.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2006.
- MACIEL, Eliane Cruxên Barris de Almeida. *Democracia representativa e consulta popular*. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/DemocraciaRepresentativa.pdf#search=%22ELIANE%20CRUX%C3%8AN%20democracia%22>>. Acesso em: 14 jun. 2006.
- MAHFUS, Júlio César. Orçamento participativo: a construção da cidadania em busca da hegemonia social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1277>>. Acesso em: 03 jul. 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 11 jul. 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORONI, José Antonio. *Participamos, e daí?: observatório da cidadania*. [S. l.]: Ibase, 2005. Disponível em: <http://www.aracati.org.br/portal/pdfs/13_Biblioteca/Textos%20e%20artigos/participacao_Moroni.pdf#search=%22participamos%2C%20e%20da%C3%AD%22>. Acesso em: 14 jun. 2006.
- OLIVEIRA, João Elias de. A ouvidoria do estado do Paraná. In: LYRA, Rubens Pinto (Org). *A ouvidoria na esfera pública brasileira*. Curitiba: UFPR, 2000.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. Na defesa de uma democracia participativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3795>>. Acesso em: 26 jun. 2006.
- PONT, Raul. A democracia representativa e a democracia participativa. *Dhnet*, Natal, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/62_raul_pont.html>. Acesso em: 18 jun. 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

SEMINÁRIO: exercício de cidadania política junto ao poder legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. (Série ação parlamentar, 257).

SEMINÁRIO: expectativas e propostas de parcerias com a sociedade civil organizada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. (Série ação parlamentar, 316).

SGARBI, Adrian; ASSAD, Christianne Cotrim. Democracia semidireta no Brasil: plebiscito, referendo, iniciativa popular legislativa: teor comunicativo e procedimento. *PUC-Rio*, Rio de Janeiro, [19--]. Disponível em: <[\[direito/revista/online/rev05_adrian.html\]\(http://www.pucRio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev05_adrian.html\)>. Acesso em: 07 jul. 2006.](http://www.pucRio.br/sobrepuc/depto/</p></div><div data-bbox=)

SPOSATI, Aldaíza; LOBO, Elza. Social control over health policies. *Cad. Saúde Pública*, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 366-378, oct./dec. 1992.

TONOLLIER, Odir Alberto. *Orçamento participativo: análise de uma experiência concreta*. Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, 1999. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/wbiiep/decentralization/Courses/Brasilia%2011.16.99/texto_odir.pdf#search=%22democracia%20or%C3%A7amento%20participativo%22>. Acesso em: 14 jul. 2006.

Separação de Poderes

De doutrina liberal a princípio constitucional

Fabício Juliano Mendes Medeiros

Sumário

Introdução. 1. A separação de Poderes enquanto doutrina liberal. 2. Separação de Poderes: *status* de princípio constitucional. 3. O conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988 e a sua aplicação como limite às emendas constitucionais. 4. Conclusão.

Introdução

O objetivo deste trabalho é, primeiramente, estudar como a doutrina da separação de Poderes foi alçada à condição de princípio constitucional, ou seja, analisar a forma pela qual a separação de Poderes passou a ser entendida como um princípio estruturador da ordem política estatal de berço eminentemente constitucional.

Num segundo momento, e já voltado para uma análise mais dogmática, buscaremos identificar o conteúdo normativo do Princípio da separação dos Poderes na Constituição de 1988 e investigar a razão pela qual a Constituição brasileira vigente, no seu artigo segundo, tratou de estabelecer o Princípio da separação de Poderes quando a própria organização positivada já possui o seu perfil.

Por derradeiro, será estudado o alcance da separação de Poderes enquanto limitação material ao Poder Constituinte de reforma no Brasil.

Fabício Juliano Mendes Medeiros é especialista em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

1. A separação de Poderes enquanto doutrina liberal

A doutrina da separação de Poderes tem suas bases históricas na Inglaterra do século XVII. A partir de então, ela passou a experimentar várias versões ao longo da sua existência, daí por que é totalmente equivocado tomar como absoluta e definitiva qualquer das versões apresentadas pelos vários pensadores da Ciência Política.

Longe de querer *investigar a paternidade* da doutrina da separação de Poderes, no presente tópico serão examinadas, ainda que em breves linhas, as contribuições dadas pelos pensadores políticos da doutrina da separação dos Poderes de maior destaque na consolidação desse postulado.

Como anteriormente dito, a doutrina da separação de Poderes remonta à Inglaterra do século XVII. Isso não obstante, é preciso lembrar que Aristóteles (1995), ainda na Grécia antiga, em sua obra *A Política*, tratou de classificar as funções do Estado como deliberativas, executivas e judiciais e, ao fazê-lo, lançou algumas idéias que vieram a encontrar eco no moderno Estado constitucional¹.

Tempos mais tarde, John Locke escreveu *Two Treatises of Government*, obra que pode ser considerada como uma expressão clássica das idéias políticas liberais². Entre os vários temas abordados, Locke defendia o governo pelo consentimento, com finalidade e poder limitados, além de repartir as funções estatais em executiva,

¹ "Separation in government was first stated by Aristotle in his Politics to include a tripartite government of deliberators, magistrates, and judicial functionaries; but Aristotle's division did not distinguish parts by functions or institution" (BRAVEMAN, Dann; BANKS, William C.; SMOLLA, Rodney A. [19--], p. 69-70).

² "Locke parte da existência de um estado de natureza em que os homens apenas estavam sujeitos à lei natural manifestada na consciência e formulada pela razão (...). Mas esse estado de natureza, pela incerteza das regras a observar e pela falta de um juiz imparcial, não dava segurança suficiente: então os indivíduos formaram, por acordo, várias comunidades ordenadas em sociedades políticas" (CAETANO, 1978, p. 233).

legislativa e federativa³. De se notar que Locke – como liberal clássico que era – temia que até mesmo o corpo legislativo, detentor do poder supremo do Estado, se tornasse arbitrário, razão por que entendia que mesmo o poder político fundado no consentimento da coletividade necessitava de algum tipo de controle. Dessa forma, além de pregar a necessidade de o poder legislativo atuar em consonância com um processo pré-estabelecido, da proibição de se delegar o seu poder e de governar por atos improvisados e arbitrários, também defendia a absoluta impossibilidade de o próprio corpo legislativo executar as suas leis⁴.

Com efeito, a doutrina da separação dos Poderes pressupõe a autonomia material da função legislativa em relação à função executiva e estabelece a supremacia da legislação (*rule of law*). É a lei – e somente ela – quem estabelece, genérica e abstratamente, os critérios para o equacionamento dos casos concretos. Assim, o papel do órgão executivo fica adstrito à solução de tais casos, mas sempre mediante a aplicação dos critérios previamente estabelecidos em lei.

Apresentadas, ainda que sucintamente, as colaborações de Aristóteles e John Locke, impõe-se, agora, tratar das idéias de Montesquieu. Antes, porém, e a título de ilustração, é de se ler o que escreveu Paul de Visscher (1947, p. 138), narrando a experiência do senhor de La Bredé:

"Quando visitou o reino da Inglaterra, ao curso do ano de 1729, Montesquieu, passeando uma manhã nas

³ O poder federativo de que tratava Locke referia-se ao direito de fazer a paz e a guerra, o de celebrar tratados e alianças e o de conduzir todas as espécies de negócios com pessoas e comunidades estrangeiras.

⁴ Vale ainda mencionar que, ao tratar do poder executivo, John Locke asseverava que a ele não cabia unicamente a aplicação das leis. Para o bem da sociedade, seria de se exigir que o exercente do poder executivo possuísse uma certa liberdade de decidir segundo seu critério para suprir as omissões da lei, temperar a sua rigidez ou adaptá-la às circunstâncias. Essa liberdade de ação inerente ao titular do poder executivo foi denominada prerrogativa.

ruas da velha Londres, notou um carpinteiro que, numa pausa de seu trabalho, lia a London Gazette. Esta constatação lhe inspirou numerosas reflexões sobre a maturidade e a liberdade políticas do povo inglês. Comparada à França, onde o povo era mantido em um estado de ignorância e de semiservidão, onde os súditos do Rei não dispunham nem da liberdade de palavra, nem de imprensa, onde o fato de desgostar do Monarca ou de um de seus cortesões fazia um simples cidadão correr o risco de ser ver privado da liberdade, a Inglaterra aparecia a Montesquieu como a terra eleita da liberdade, buscando a causa desta diferença entre os países, Montesquieu, que havia estudado sumariamente a Constituição inglesa nos escritos de Locke e de Blakstone, constatou que, contrariamente à França, onde todas as funções, legislativa, executiva e judiciária, estavam reunidas nas mãos de um só órgão, o monarca absoluto, na Inglaterra, ao contrário, essas funções se encontravam repartidas entre órgãos diferentes, o Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte julgadora das Contestações com base na regra de direito. Foi nessa divisão de funções de poder entre os órgãos diferentes que Montesquieu viu logo a causa da feliz situação do povo inglês porque, disse ele, essa separação de funções traz obstáculo à tendência natural do homem que o leva instintivamente a abusar do poder que ele detém: todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

Da análise da conhecida obra de Montesquieu (1995) – *De l'Esprit des Lois* – infere-se que o que realmente importava para o seu escritor era assegurar que a edição das leis

e a sua execução ficassem orgânica e pessoalmente separadas a fim de evitar o abuso de poder. Mas isso não significa dizer que Montesquieu defendia uma total separação dos órgãos de Poder. Em absoluto! Por mais paradoxal que possa parecer, a essência do pensamento de Montesquieu era a criação de mecanismos de equilíbrio e recíproco controle entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, senão veja-se:

“(...) Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (MONTESQUIEU, 1995, p. 123).

Discorrendo sobre as funções estatais, Montesquieu (1995) afirmava que o Poder legislativo se traduz no poder de fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. Comentava sobre o poder executivo das coisas que dependem do direito internacional, ou seja, o poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões (poder federativo *lockeano*). Por último, referia o poder de julgar ou o poder executivo que depende do direito civil, correspondente ao poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares (FERREIRA, 2002, p. 163).

Relativamente ao poder judicial, defendia Montesquieu (1995) que o juiz deveria ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor”⁵. Logo,

⁵ O poder judicial idealizado por Montesquieu (1995) não deveria ser exercido por magistrados

os juizes não teriam qualquer função juridicamente constitutiva, realizando apenas e tão-somente uma operação lógica, automática e forçosa de aplicação da lei. Os juizes seriam autômatos, daí por que a sentença a ser proferida no caso concreto seria uma fiel reprodução do que já decidido genérica e abstratamente na lei.

A conclusão a que se pode chegar – ainda que nos marcos desse resumo apanhado histórico – é a de que, em matéria de separação de Poderes, Montesquieu (1995) economizou no ineditismo. Mesmo assim, é inegável que ele colaborou decisivamente para difundir e transformar a doutrina da separação de Poderes em princípio do Estado constitucional⁶.

2. *Separação de Poderes: status de princípio constitucional*

Como se sabe, o ideário liberal fundava-se numa premissa: a antinomia radical entre o indivíduo (com a sua liberdade natural) e a sociedade que lhe impunha deveres e o constrangia com o seu poder⁷.

Com vistas à solução dessa antinomia, vários modelos de estado e de organiza-

profissionais (de carreira), mas por jurados ou juizes temporariamente eleitos.

⁶ A primeira constituição a consagrá-la foi a da Virgínia (1776). Assim também ocorreu em 1787, na Constituição Federal norte-americana. Mas foi em 1789, pelos braços da Constituição francesa, que a separação de poderes foi definitivamente consagrada como no espírito e na técnica do direito público.

⁷ “Esse ideário, síntese mais ou menos harmoniosa de muitos contributos e influências que, desde a Idade Moderna, se vinham fazendo sentir e que, nalguns casos, se traduziram no retomar de idéias da Antiguidade greco-romana, pretendeu-se um ideário essencialmente de ruptura com a ordem político-social medieval, em que o indivíduo e a sociedade política constituíam uma unidade dialética, um indefectível *continuum*. Tal ideário, cuja forma mais acabada lhe foi dada pelo Iluminismo, tem como premissa essencial não essa unidade medieval, mas, muito ao contrário, a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em ‘ordens naturais’, gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder” (PIÇARRA, 1989, p. 143).

ção do poder político foram concebidos, vale dizer, foram idealizadas inúmeras formas que buscavam garantir, de um lado, a afirmação do indivíduo enquanto tal (e salvaguarda de seus interesses) e, do outro, a liberdade moderna, a representar a autonomia individual perante o Estado e a sociedade.

De todas as fórmulas, salta à evidência o estado de raiz *lockeana* que, após receber várias contribuições doutrinárias das Revoluções americana e francesa, ficou conhecido como o Estado liberal, o qual buscava essencialmente uma ruptura com a ordem político-social medieval.

Esse modelo de organização do poder político, que se pretendeu implementar durante o século XIX e que persistiu até os primórdios do século XX, apresentava algumas variantes de países para países, mas sempre mantendo um núcleo em comum. E, dentro desse mínimo comum entre os países, sobressaía a separação de Poderes, ela mesma conhecedora de várias realidades, dependendo do Estado a considerar. Mesmo com essas alterações, o Princípio da separação dos Poderes assumiu uma posição de destaque nas constituições liberais escritas, chegando a ser considerada condição da própria existência de uma Constituição, como se infere do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”.

Sucedo que, para o Estado liberal, o Princípio da separação de Poderes não representava tão-somente um elemento organizatório⁸. Mais que isso, e antes de qualquer coisa, era um princípio a serviço

⁸ “La distinción de poderes contiene el segundo principio del elemento de Estado de Derecho próprio de toda Constitución liberal burguesa. Es el principio orgánico destinado a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos os órganos de poder del Estado” (SCHMITT, 1996, p. 186).

daquilo que, para o Estado liberal, assumiu uma importância primordial: a defesa intransigente dos direitos fundamentais de liberdade⁹. Assim, o Princípio da separação de Poderes consistia num instrumento de garantia da liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder. No Estado liberal, pois, a liberdade estaria perdida se “o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1995, p. 119).

Muito bem. Como se viu linhas atrás, o modelo teórico clássico do Estado liberal pretendia romper o sistema jurídico-político antecedente, baseado no Estado absolutista e no sistema feudal. E esse modelo era, de fato, a única solução que poderia ser qualificada como uma ordem política-social suficientemente apta a romper radicalmente com o antigo regime. Acresça-se que os teóricos desse novel modelo não tinham compromisso com a história nem com a realidade empírica. Mas isso por uma razão óbvia. É que o novo modelo foi baseado e idealizado no plano do dever-ser, no plano normativo. Daí por que o modelo do Estado liberal não pretendia interpretar uma determinada realidade tomada como base, mas sim um modelo normativo da realidade.

Bem vistas as coisas, convém examinar alguns elementos que determinaram a conformação, o sentido e o alcance do Princípio da separação de Poderes nesse modelo de estado normativo, quais sejam: o conceito moderno-iluminista da lei, a separação do

Estado-sociedade e os direitos fundamentais de liberdade.

Em que pese a colaboração do pensamento jusnaturalista moderno, foi decisiva a convergência dos pensamentos de Rosseau e Kant para o entendimento moderno-iluminista da lei¹⁰. Do ponto de vista sistemático, pode-se dizer que a lei nada mais significa do que uma norma geral e abstrata, fruto da vontade geral do povo soberano, a quem deve a sua existência. Mas não é só. É de se dizer que a lei, se não imutável, é pelo menos estável, característica que fez com que, em tese, houvesse iniciativas pouco freqüentes do legislador. Além disso, e dentro dessa visão sistemática da lei, é preciso que, em razão da sua natureza racional, geral e abstrata, ela assuma um conceito jurídico, não se transformando em instrumento de governo, em mecanismo de atuação governamental. Somente pela omissão da sua dimensão política pode a lei desempenhar uma função que é política, é verdade, mas uma função política essencialmente negativa que o Estado liberal lhe emprestou: a de instituidora do estatuto dos cidadãos juridicamente iguais, estabelecendo os respectivos direitos, deveres e responsabilidades.

Foi exatamente esse conceito de lei que lhe conferiu dois caracteres bem relevantes para a compreensão do Princípio da separação de Poderes: o primeiro deles, referente à essência do Estado, evidencia que a única forma de manifestação do poder soberano é pela produção legislativa (o poder soberano advém do poder legislativo, portanto). E o segundo caractere diz com as funções do novo modelo de estado, no qual todas as funções são funções meramente jurídicas

⁹ “Todo prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realzas absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado” (BONAVIDES, 2005, p. 142).

¹⁰ Rosseau trabalhou com a dicotomia vontade de todos e vontade geral, esclarecendo que a vontade de todos pode não coincidir com a vontade geral, da qual só a lei pode ser expressão. Já Kant, aperfeiçoando as idéias iniciais, explicitou que lei é vontade racional. Com isso, foram superadas as ambigüidades da tese de Rosseau quanto à definição da vontade geral, uma vez que, segundo Kant, a lei encontra na própria razão o seu fundamento e a sua essência.

e a sua classificação há de ser feita a partir da legislação.

A seu turno, a soberania do parlamento tem importantes conseqüências na conformação do Princípio da separação dos Poderes. Uma delas é a de que incumbe exclusivamente ao parlamento o exercício da função legislativa, não podendo existir, portanto, qualquer espécie de delegação dessa função a um órgão estatal sem que isso se constitua vilipêndio à separação dos Poderes. De parilha com o que foi dito, e sob pena de também desrespeitar o aludido princípio, o parlamento – único exercente da função legislativa – não pode sofrer interferências nem controle por parte de qualquer órgão estatal.

Partindo agora para o exame do segundo elemento que determina a conformação, o sentido e o alcance do Princípio da separação de Poderes, é de se registrar que o liberalismo preconizava a separação Estado-sociedade como forma de institucionalizar a igualdade jurídica do indivíduo contra os privilégios dos estamentos. E de todos os fatores que ensejaram essa separação defendida pelo liberalismo, interessam a este estudo a teoria do contrato social e o absolutismo monárquico.

Em boa verdade, o monismo produzido pelo absolutismo monárquico foi incentivado pela teoria do contrato social. Teoria, essa, responsável por ligar a idéia de unidade do Estado à liberdade individual e à igualdade jurídica. Assim, a soberania, que era inicialmente atributo do monarca, passa, com a teoria do contrato social, a emanar do povo; e a sociedade passa a se constituir numa sociedade política e juridicamente homogênea, exatamente o oposto da sociedade estruturada em estamentos.

Passando ao exame do terceiro e último elemento conformador do Princípio da separação de Poderes, é de se dizer que não é de hoje que se faz uma automática associação entre a separação de Poderes e os direitos fundamentais. Essa ação aproximativa entre ambos, aliás, foi estabelecida

pelo já mencionado artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que erigiu a separação de Poderes e a defesa dos direitos a elemento configurador da existência de uma constituição¹¹.

Também é clássica a idéia segundo a qual as constituições dos estados liberais burgueses reúnem um catálogo de direitos fundamentais e o Princípio da separação de Poderes. Este último como elemento organizatório do Estado e garante do pleno gozo dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados.

Nessa contextura, os direitos fundamentais assumem a feição de liberdades clássicas, ou direitos de defesa ou de liberdade. De sua parte, o gozo desses direitos depende da atuação negativa do Estado, depende de um não-fazer estatal. E o Princípio da separação dos Poderes, como instrumento apto a controlar o poder político, favorece a abstenção estatal, garantindo a fruição dos direitos de liberdade frente ao Estado¹².

De se ver, portanto, que o conceito moderno-iluminista da lei, a divisão do Estado-sociedade e os direitos fundamentais conformam um *rigoroso* Princípio de separação de Poderes no Estado liberal, no qual a paralisia estatal era algo mais do que desejado.

3. O conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988 e a sua aplicação como limite às emendas constitucionais

Seguindo o rumo traçado no início deste trabalho, cabe-nos, na presente etapa, investigar o conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes.

Antes, porém, é mister reconhecer que a revelação do conteúdo normativo desse

¹¹ Art. 16. "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

¹² Segundo Montesquieu (1995), a lei deve obrigatoriamente advir de um consenso, porquanto é ela – e só ela – quem pode limitar a liberdade do indivíduo.

postulado constitucional “não pode prescindir da análise da configuração e dos contornos que lhe dá a ordem concreta de certo Estado” (HESSE, 1998, p. 368). Dessa forma, é mediante a análise dos dispositivos constitucionais que regulam a relação entre os Poderes num determinado Estado que podemos extrair o conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes, na linha, aliás, do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 183, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (BRASIL, 1997):

“(…)

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, *mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República*”.

Feito esse breve e necessário registro, é de se notar que a Constituição Federal de 1988 tratou de regular as relações entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no seu Título IV (*Da Organização dos Poderes*). Ali jazem as normas constitucionais que estruturam cada um dos Poderes, estabelecendo as respectivas atribuições, bem como aquelas que regulam o relacionamento entre os órgãos de Poder, dispondo, ainda, sobre os direitos e obrigações de seus membros.

Pois bem, da análise desse conjunto normativo, pode-se de logo concluir que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias situações que legitimam a atuação de um Poder sobre o outro, ou seja, hipóteses em que a Constituição conferiu a possibilidade de um determinado poder exercer um controle sobre a atividade confiada a outro.

Exemplos dessa atuação fiscalizatória são inúmeros. Veja-se, por ilustração, os incisos IX e X do artigo 49, que atribuem ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”, bem como para: “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração”. Isso sem contar a prerrogativa de que dispõe o Parlamento brasileiro para “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” (CF/88, art. 50).

Sob outra perspectiva, mas também a demonstrar a existência de vários mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, é de se mencionar a possibilidade de o Presidente da República vetar, total ou parcialmente, o projeto de lei que considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (CF/88, art. 66).

Noutro giro, vale lembrar que o Presidente da República participa do processo de nomeação dos magistrados integrantes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Superior Tribunal Militar (CF/88, arts. 101; 104, § único; 107; 111-A; 115; 119, inciso II; 120, § 1º, inciso III e 123).

Nessa marcha batida, cabe ainda referir a legitimidade de o Poder Judiciário controlar os pressupostos constitucionais que condicionam a edição das medidas provisórias, legitimidade essa reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello (BRASIL, 2002):

“(…) Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.
(…)”

Não se pode olvidar que o Poder Legislativo também controla a atuação do Poder Judiciário e vice-versa. No primeiro caso, pode-se mencionar a competência privativa que tem o Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, bem como a atribuição para aprovar, após argüição pública, a escolha de magistrados nos casos que a Constituição estabelece (CF/88, art. 52, incisos II e III). Com relação à segunda hipótese – controle do Judiciário sobre o Legislativo –, impende referir a fiscalização da regularidade constitucional das leis de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais.

Ainda que possa existir alguma discordância quanto ao enquadramento de algumas dessas hipóteses constitucionais como mecanismos de controle da atuação de um Poder pelo outro, num ponto, porém, haverá consenso: os retromencionados dispositivos constitucionais, além de outros constantes do pré-falado Título IV, estruturam politicamente o Estado brasileiro. Logo, é do cotejo desses comandos normativos que se pode identificar qual o arranjo institucional entre os Poderes da União, ou seja, identificar o perfil do Princípio da separação de Poderes no Brasil.

Acontece que essa conclusão nos remete a um inevitável questionamento: qual o propósito de a Constituição Federal haver estabelecido, em seu art. 2º, o Princípio da separação de Poderes se a própria organização política positivada já tem o perfil da separação dos Poderes? Seria ele um dispositivo inócuo, desnecessário?

Sem demora, é de se responder negativamente ao questionamento formulado. Isso porque, como visto, a Constituição de 1988 institucionalizou um marcante sistema de controle recíproco, a significar, portanto, que a separação de Poderes, no Brasil, apresenta um arranjo entre poderes permeado de contundentes mecanismos de mútua fiscalização¹³.

Essa realidade constitucional, contudo, pode ser modificada pelo Constituinte Reformador, vale dizer, é possível a alteração das formas originárias de relação entre os Poderes. Mas essa modificação só se mostra constitucionalmente bem-quista se – e somente se – não houver uma diminuição da independência dos órgãos de Poder, independência essa consagrada no art. 2º da Constituição.

De imediato, e em desabono das idéias aqui apresentadas, alguém poderia dizer que o inciso III do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal arrola “a separação de poderes” entre as limitações materiais ao poder de reforma constitucional, razão por que não poderia o legislador constituinte redesenhar o arranjo institucional constante da redação originária da Constituição. Acontece que, antes de tudo, é preciso saber identificar o significado dessa limitação constitucional ou, como adverte Ana Cândida Cunha Ferraz (1994), saber

¹³ Ao discorrer sobre a forma pela qual se relacionam os poderes no Estado brasileiro, Ana Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 13-59) chega à conclusão de que a separação de poderes consagrada na Constituição Federal de 1988 é permeada por inúmeros mecanismos de controle recíprocos. Mecanismos esses que, de tão contundentes, revelam, em algumas situações, uma verdadeira “ingerência constitucional” de um poder sobre o outro.

“qual o alcance dessa intocabilidade? Qual o alcance dessa limitação? Será que modificar a relação entre os poderes, alterar o arranjo institucional entre os poderes, modificar o sistema de freios e contrapesos, estabelecer novas formas de solução de conflitos políticos, enfim buscar novas modalidades de equilíbrio entre os poderes são matérias intocáveis? O que, afinal, vale como limite: o conceito doutrinário impregnado na Constituição ou a aplicação expressa do princípio posta pelo constituinte originário?”.

Com efeito, a separação de Poderes não deve, de modo algum, ser encarada como um dogma estanque e refletor de realidades alienígenas, mas como uma forma de preservação de uma determinada realidade constitucional. E o fato é que a nossa realidade constitucional alberga uma separação de Poderes caracterizada por incisivos mecanismos de freios e contrapesos. Nesse pensar, é de se inferir que ela – Constituição – não vede, sempre que for absolutamente necessária, a alteração ou a reconfiguração do arranjo institucional originariamente concebido. *Mas é preciso que essa modificação institucional continue garantindo aos órgãos do Poder o livre e desembaraçado desempenho de suas típicas atribuições constitucionais, assegurando-se, desse modo, a necessária independência entre os Poderes.*

A corroborar esse ponto de vista, vale transcrever a opinião de J.J. Gomes Canotilho (2001, p. 545):

“(…)

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação de poderes e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das fun-

ções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do ‘monismo de poder’, como o que resultaria, por ex., da concentração de ‘plenos poderes’ no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante”.

Há que se lembrar, também, do julgamento da ADI 3.367 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2006). Na ocasião, reconheceu-se a constitucionalidade do recém-criado Conselho Nacional de Justiça, afastando a alegação de ofensa ao Princípio da separação de Poderes, porquanto ele integrava a própria estrutura do Poder Judiciário. Ainda assim, a Corte Suprema deixou transparecer que é possível a instituição de novos arranjos institucionais entre os Poderes, desde que *mantidas condições de atuação imparcial e independente do Poder*. É o que se pode inferir de uma passagem da ementa da precitada ação direta de inconstitucionalidade:

“(…)

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. *Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preser-*

vação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente BRASIL, 2006). (...)

Em arremate, portanto: nada impede que as emendas à Constituição imprimam uma nova feição à separação de Poderes, reconformando a própria relação entre eles. O que não se pode aceitar é que a modificação da forma originária de relacionamento entre os órgãos de Poder provoque alguma diminuição da sua independência. Desse modo, a pretexto de reconformar a separação de Poderes, não é dado ao Constituinte Reformador criar empecilhos ao livre e desembaraçado desempenho das funções típicas atribuídas a cada um dos Poderes, dado que só assim restarão preservadas a necessária independência e harmonia dos Poderes (CF/88, art. 2º).

4. Conclusão

A doutrina da separação de Poderes, erigida à condição de princípio constitucional no Estado liberal, representou uma bem-sucedida fórmula para controlar e coibir eventuais abusos de poder. Inspirado em John Locke, Montesquieu (1995) sistematizou a Teoria da Separação de Poderes, cuja essência revela não exatamente uma “separação” absoluta entre os três Poderes, mas um instrumento de equilíbrio e mútuo controle a presidir o relacionamento entre os Poderes. Logo, numa época em que o *fantasma* do absolutismo monárquico ainda rondava a grande maioria dos Estados europeus, o Princípio da separação de Poderes proporcionou a tão desejada inação estatal, a qual, a seu turno, assegurava o pleno gozo dos direitos fundamentais de liberdade.

Desde a sua concepção, o Princípio da separação de Poderes vem experimentando inúmeras realidades nos diversos países que o adotam como elemento organizatório do Estado. Desse modo, e tendo em vista que esse postulado não possui uma fórmula

universal e apriorística, a extração do conteúdo normativo do Princípio da separação de Poderes somente se mostra possível mediante a análise do modelo adotado em cada país isoladamente considerado.

No Brasil, o exame das normas constitucionais que tratam da organização dos Poderes revela um modelo de separação no qual o respectivo relacionamento é marcado pela existência de contundentes mecanismos de mútua fiscalização. Mecanismos que, a depender da situação, podem ser modificados pelo Constituinte de Reforma, desde que dessa alteração não resulte uma diminuição da independência de algum Poder, vale dizer, não sejam criados embaraços ao livre desempenho das atribuições típicas confiadas a cada um dos Poderes.

Noutro giro, é de se concluir que o Princípio da separação de Poderes, com a feição que lhe deu o liberalismo, já não atende mais aos anseios de uma sociedade que instituiu um Estado compromissado com a ordem social. Um Estado que assumiu responsabilidades que o Estado liberal jamais pensou em conhecer. Nessa toada, seria por demais equivocado enxertar o Princípio da separação de Poderes, tal como concebido pelo liberalismo, num Estado que, embora também respeitante dos direitos de liberdade, faz da prestação dos direitos sociais a própria razão de toda a sua existência. Mais que isso: um Estado que alça à condição de direito fundamental – assim como são as liberdades clássicas – os chamados direitos sociais¹⁴.

Em verdade, o Princípio da separação de Poderes, originariamente concebido para catalisar a inação estatal (dado que só assim estaria garantido o efetivo gozo dos direi-

¹⁴ “Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais” (KRELL, 2000, p. 29).

tos de liberdade), hoje também deve bem servir a uma outra categoria de direito fundamental, exigente não de uma abstenção estatal, mas sim de prestações nitidamente positivas. Em consequência, o Princípio da separação de Poderes já não deve mais ser interpretado com o rigor de outros tempos, cuja inflexibilidade assegura tão-somente a fruição das liberdades públicas, frustrando, em contrapartida, a concretização de outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso dos direitos sociais

Referências

- ARISTÓTELES. *A política*. Bauru: Edipro, 1995.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Globo, 1996.
- BACOT, Guillaume. *L'esprit des lois* et Charles Eisenmann. *Revue du droit public*, Paris, p. 617-656, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de agosto de 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 out. 1997.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2213/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de abril de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 abr. 2002.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367/DF. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 out. 2006
- BRAVEMAN, Dann; BANKS, William C.; SMOLLA, Rodney A. *Constitution law: structure and rights in our federal system*. San Francisco: Lexis Nexis, [19--].
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- EISENMANN, Charles. *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. Paris: Librairie, 1933.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MALBERG, R. Carré. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Librairie, 1920.
- MIRANDA, Pontes. Independência e harmonia dos poderes. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 9-24, abr./jun. 1972.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rago de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 7-28, abr./jun. 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alizanza, 1996.
- TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 66-71, out./dez.1999.
- TROPEL, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Librairie, 1973.
- VISSCHER, Paul de. *Les nouvelles tendances da la démocratie anglaise*. Tournai: Casterman, 1947.

A Constituição de 1988 e seus momentos

Pedro Braga

Sumário

1. Da Constituição. 2. A Constituição de 1988 e seus momentos.

Na Antiguidade, o Estado era a praça pública, a *ágora*. Ali funcionavam todos os órgãos estatais, como a corte suprema, o povo reunido, os homens de ciência e da arte. Espaço público onde se reuniam as instâncias de decisões da vida da *polis* e também de seus cidadãos, numa presença e visibilidade a toda prova. Era a época em que a esfera pública exercia sua soberania sobre a tênue e quase inexistente esfera privada. Ali era o espaço do civismo. Esse, porém, constitui apenas um aspecto visível da existência do Estado. A rigor, na definição de Maquiavel (2003, p. 121-265), Estado compreende *dominium* (território), *imperium* (poder) e uma *coletividade humana*. "O Estado é o titular abstrato e permanente do poder cujos governantes são apenas agentes de exercício essencialmente passageiros", como bem definiu Georges Burdeau (1965, p. 13). Há quem considere o Estado ente imaterial, político-jurídico, que estabelece uma organização unificadora geral, exigida para um fim comum, de uma ordem hierárquica única e estável, implicando unidade e permanência (VILLENEUVE, 1929, p. 251). Do ponto de vista da personalidade, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público. E todo Estado possui uma consti-

Pedro Braga é advogado.

tuição escrita ou baseada nos costumes e em precedentes.

1. Da Constituição

Na Antiguidade grega, Sólon, o grande estadista e legislador, legou ao mundo um conjunto de leis conhecidas como *constituição*. Não era ainda a constituição tal como a conhecemos nos dias atuais, ou seja, um conjunto de normas dispendo sobre a natureza, competência das diferentes magistraturas e os órgãos componentes de determinada forma de governo. Esse tipo de constituição só teve início com Alexandre, o Grande, que elaborara *diatagmata* [decretos] específicos para as diferentes cidades do vasto império formado por ele, mas fracionado, após sua morte, pelos seus generais.

Atribui-se a Aristóteles o tratado denominado *Constituição Ateniense*, que faz parte de uma coleção de 158 constituições gregas. Ao tecer comentários acerca da teorização política na Grécia antiga, Delfim Ferreira Leão (2001, p. 298) assinala:

“Para o funcionamento de qualquer comunidade é necessária a existência de uma maquinaria, por mais simples que seja, que estabeleça as regras de funcionamento e as administre; portanto, que haja qualquer tipo de governo e a correlativa noção de justiça. Porém, a identificação da autoridade com a *polis* e a natureza pública da discussão relativa às medidas a tomar levam a que a ‘política’ propriamente dita seja uma inovação grega. E, tal como criaram a política, os gregos motivaram, também, as primeiras reflexões teóricas sobre o assunto, de que os grandes representantes são Platão e Aristóteles. No entanto, esse caminho começou a ser delineado no espírito helênico bastante mais cedo.”

Um dos aspectos centrais da obra *Política*, de Aristóteles, funda-se no esquema

de seis constituições. A boa constituição, segundo ele, seria a de um só governante ou de um pequeno grupo ou ainda da multidão. A esse propósito, escreve Delfim Ferreira Leão (2001, p. 153): “Entre os desvios ou perversões, alinha o governo orientado somente ora no interesse do monarca, ora no dos ricos, ora no dos pobres, sem que nenhum destes últimos três busque o bem-estar da comunidade”.

O vocábulo *politeia*, utilizado por Aristóteles em diferentes acepções, é também empregado por ele para designar constituição. Assim, “ora, a *politeia* [constituição] é a organização que, nos Estados, têm as magistraturas, a forma como se encontram distribuídas, bem como a determinação do elemento soberano [governo ou poder político] e do objetivo de cada comunidade”.

Comentando esse excerto do filósofo, é ainda Delfim Ferreira (2001, p. 157-158) quem afirma:

“Esta definição conjuga os dois aspectos que permitem avaliar a natureza dos regimes de forma mais precisa que o critério simples do número: por um lado, a dimensão institucional, que engloba a estruturação dos órgãos de poder e a definição da expressão da soberania; por outro, o perfil moral, representado pelos fins a atingir. A combinação destas duas realidades dentro do conceito de *politeia*/constituição acaba por ir ao encontro do costume grego de não separar os domínios legal e ético.”

E continua:

“No entanto e apesar da presença destes elementos tradicionais, esta noção de *politeia* é resultante das reflexões desenvolvidas essencialmente durante o séc. IV. De fato, uma das conseqüências da recodificação legislativa, completada a seguir à segunda restauração democrática, consistiu em que o novo código passava a incluir uma série de regras (ou leis constitucionais) que definiam os poderes

e funções de cada um dos órgãos do Estado. Até aí, as regulamentações centravam-se essencialmente sobre o direito privado ou criminal e sobre o procedimento legal.”

A Igreja Católica possui também suas constituições. São regras de Direito Canônico, elaboradas a partir do Direito Romano, e que regulam o ministério e sacramentos, a liturgia, dízimos, primícias e oblações, conduta dos clérigos, legislação e jurisdição eclesiástica, privilégio de foro, imunidades, crime, conúbio etc.

As constituições modernas, textos em regra escritos, regulam o Estado como pessoa jurídica, sua estrutura, organização e funções, direitos e garantias individuais, bem assim sua relação com outros Estados.

Ferdinand Lassale (2005), em seu livro *O que é uma Constituição*, refere-se a “fatores reais de poder”: “Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. Lassale (2005, p. 19-35) distingue, conseqüentemente, uma Constituição real e efetiva daquela simplesmente “folha de papel”. Para Lassale (2005, p. 79), a Constituição seria “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”

A constituição é, com efeito, um pacto social, escrito ou não, mas suas cláusulas são sempre proclamadas de maneira sole-

ne. E todo Estado possui uma constituição pelo simples fato de haver distinção entre o poder e seus agentes de exercício: os governantes.

A constituição é a lei suprema do Estado. A supremacia material da constituição deve-se ao fato de que “a ordem jurídica inteira repousa sobre a constituição. Estando na origem de toda atividade jurídica que se realiza no Estado, ela é necessariamente superior a todas as formas dessa atividade, eis que é dela, e tão-somente dela, que essas formas adquirem validade. Nesse sentido, a constituição é, no sentido próprio da palavra, a lei fundamental”. Entre outras conseqüências está a de assegurar, “relativamente aos particulares, um *fortalecimento da legalidade*, porque, se todo ato contrário à lei deve ser considerado desprovido de valor jurídico, *a fortiori* deve ser de igual modo considerado o ato que viole a constituição. Se tal ato emana dos governantes, ele deve ser igualmente considerado sem valor” (BURDEAU, 1965, p. 49-50).

2. A Constituição de 1988 e seus momentos

A Constituição de 1988 completa vinte anos. Pode-se afirmar que ela teve dois momentos: o primeiro, *o momento heróico* da constituição cidadã, cujo emblema maior é o saudoso Dr. Ulysses Guimarães na mesa do Congresso Nacional, erguendo-a como se a entregasse ao povo brasileiro. O segundo momento é *o das reformas*. Terminada a euforia inicial, justificada, aliás, esse momento é aquele das muitas emendas pelas quais vem passando a Constituição a partir do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. E aqui não me refiro às emendas de revisão. Os procedimentos de revisão constitucional foram adotados pelos constituintes franceses de 1791. E essa revisão muitas vezes é necessária porque, “por fundamental que seja, o estatuto orgânico do Estado não poderia pretender a imutabilidade absoluta. É importante que

mudanças necessárias possam ser feitas segundo um procedimento preestabelecido” (BURDEAU, 1965, p. 58).

Em todo caso, a Constituição de 1988 nasceu sob o signo da ambigüidade. Em primeiro lugar, em uma República presidencialista, ela possui nítidas características parlamentaristas. E isso não foi por acaso. A Constituinte de 1987-1988 foi realizada em um período político delicado da vida nacional: a transição de um regime ditatorial para uma democracia, cuja constituição consagraria o Estado Democrático de Direito. O texto constitucional reflete, portanto, os embates políticos e fricções existentes nessa época. Com a morte de Tancredo Neves, presidente eleito, o vice, José Sarney, tomou posse assegurando a estabilidade em um período de nossa História em que as incertezas prevaleciam e os temores de um retrocesso tinham fundamento. A hora era difícil e as decisões deveriam ser rápidas. Ambições pessoais foram sacrificadas em nome do interesse nacional. Daí a primeira característica problemática de nossa atual Constituição: há um espaço nebuloso entre o sistema de governo presidencialista (que ela consagra) e uma abertura para a existência de um certo parlamentarismo, que ela mal dissimula. Isso se deveu ainda, em seu início, a um clima de suspeição existente no período de transição em que lideranças do Congresso desejavam compartilhar das diretrizes do Executivo. Em artigo comemorativo dos quinze anos da Constituição, José Sarney (2003) assinala:

“A Constituição de 1988 é uma constituição híbrida, parlamentarista e, ao mesmo tempo, presidencialista. É muito detalhista, tornando difícil sua execução. Assumimos compromissos conflitantes. Colocamos na constituição muita matéria que devia ser regulada por lei ordinária.”

E acrescenta:

“Como todas as constituições, tem defeitos e tem virtudes. Ela é excelente na parte dos direitos humanos e sociais.

Na mensagem de convocação da Assembleia Constituinte, eu já falava da necessidade de colocarmos os direitos sociais em nível constitucional.

“Ela abriu, no entanto, conflitos na competência dos poderes, em sua autonomia e harmonia. Sobreposições obrigações de estados e da União. Gerou dificuldades econômicas e administrativas.”

E ainda, José Sarney (2004), na abertura do Curso de Especialização em Controle de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo (Unilegis), afirma:

“A Constituição de 1988 dá margem a muitos problemas de interpretação, por ser híbrida de parlamentarismo e presidencialismo, e foi feita com os olhos voltados para o passado e não para o futuro. É por isso que chegamos a 1.500 emendas em tramitação nesses últimos anos, e 43 delas foram aprovadas, mudando a constituição.”

A segunda característica problemática refere-se, no bojo da grande euforia da redemocratização, à consagração de encargos financeiros, cujo cumprimento a situação da economia não poderia honrar sob pena de comprometer qualquer tipo de investimento, ou então desequilibrar as contas públicas e desencadear um processo inflacionário acelerado. Reiteradas vezes, o Presidente José Sarney observou que alguns dispositivos constitucionais deixavam o país ingovernável, ele que detinha a condição de principal mandatário do país e defrontava-se com dificuldades decorrentes dessa segunda característica. Da arrecadação, noventa e cinco por cento eram destinados a despesas obrigatórias (já incluído o pagamento dos juros para rolar a dívida) e de apenas cinco por cento o Executivo poderia dispor. Custeio elevado e pouco investimento. A conseqüência indesejável foi o aumento acelerado da carga tributária para acompanhar o aumento das despesas e uma inflação galopante.

Entrevistado pela revista *Veja*, o jurista Saulo Ramos (2007), quando perguntado se a Constituição de 1988 tem servido bem ao Brasil, ele respondeu:

“Na essência, sim. Ela assegurou o Estado de direito, com forte concreção dos direitos fundamentais, das liberdades individuais e públicas. Foi mais abrangente do que as constituições anteriores em muitos aspectos importantes, no processo legislativo, na criação da Advocacia-Geral da União, nas cláusulas pétreas. Mas não deixou de ser um desastre no sistema tributário. Criou condições para os entes federativos instituírem tributos de todos os tipos. Provocou outro desastre, e maior, no sistema financeiro, que acabou sendo revogado, inclusive naquela teratológica fixação de juros reais em texto constitucional. Exigiu um número excessivo de leis ordinárias – 285 – e complementares – 41 – para dar eficácia aos seus comandos e até hoje depende ainda da interpretação do Supremo Tribunal Federal.”

E há equívocos igualmente no campo penal. É o caso, por exemplo, de criminosos confessos serem considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, embora já condenados em primeira instância, possibilitando, assim, aos delinquentes recorrerem em liberdade.

A partir do governo do Presidente Fernando Henrique, iniciam-se as emendas à Constituição, aprofundando o caráter neoliberal da Carta de 1988. Com os novos tempos da globalização, o neoliberalismo estava a exigir reformas no aparelho administrativo do Estado. Mediante a Emenda Constitucional nº 19/98, realizou-se a Reforma Administrativa, criando-se, entre outras inovações, as agências reguladoras. O Estado deixa de ser executor passando a ser regulador. Muitas outras emendas virão, número que já se eleva a 56! Ocorre que reformas feitas por motivos não pertinentes e versando sobre matérias que não mere-

ceriam possuir dignidade constitucional fazem com que a constituição vá pouco a pouco se tornando uma colcha de retalhos, o que lhe retira a natureza sistêmica que toda constituição deve forçosamente possuir. Analítica, albergando normas que bem poderiam constar da legislação infraconstitucional, tornou-se um folhetim em que sempre se esperava um novo “a seguir”, uma nova emenda.

Outra característica, que se deve menos ao texto constitucional propriamente dito e mais a uma hermenêutica viciosa e a uma prática política distorcida, é a utilização que se faz das medidas provisórias. Instituto copiado da Constituição Italiana para ser usado em matéria que apresente urgência e relevância, ele foi banalizado à *outrance*, servindo inclusive como “cavalo de Tróia” para dispositivos que nada têm a ver com a matéria objeto daquela medida provisória específica. Essa banalização é tanto mais grave porque significa muitas vezes, ademais, uma usurpação das funções precipuas do Parlamento, que é legislar, embora pese ser conferida ao Presidente da República iniciativa de emendas à Constituição e de leis ordinárias e complementares, além de medidas provisórias com força de lei. Essa banalização, por conseguinte, constitui uma interpretação distorcida do texto constitucional.

Essa característica espezinha o princípio, já assente nas democracias, da separação e harmonia entre os poderes, enunciado por Montesquieu ao estudar o sistema político inglês. No capítulo mais importante para o Direito Constitucional da obra *Do Espírito das Leis*, capítulo VI do livro XI, Montesquieu (2004), além da descrição concreta do governo inglês, elabora a teoria *in abstracto* da separação dos poderes, na qual, aliás, ele nunca empregou a clássica expressão “separação dos poderes”.

“Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir

liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.”

E mais adiante:

“Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares” (MONTESQUIEU, 2004, p. 166).

Afirma ainda:

“Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar de acordo [em harmonia].” (Idem, p. 173)

Como foi elaborada a Constituição de 1988? Os constituintes de 1987-1988 utilizaram o método o mais democrático possível. O deputado constituinte Bernardo Cabral (2003, p. 39) assim expõe, ele que foi o relator da Comissão de Sistematização:

“Em 7 de abril de 1987, foram constituídas as Comissões e Subcomissões encarregadas de estudar os assuntos de interesse nacional e das matérias que constariam da futura Constituição. Foram criadas Comissões Temáticas: da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; da Organização do Estado, dos Poderes e Sistema de Governo; da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; da Ordem Econômica; da Ordem Social; da Família; da Educação, Cultura e Esporte; da Ciência e Tecnologia; e da Comunicação. Cada uma dessas Comissões foi subdividida em três Subcomissões, em um total de 24.”

A primeira fase começou em 12 e 13 de abril de 1987, quando as Subcomissões iniciaram suas reuniões, recebendo “su-

gestões do povo, de entidades de classe, associações comunitárias, sindicatos, além das sugestões dos próprios parlamentares, seus membros ou não. Cerca de 10 mil sugestões foram apresentadas, sendo 6 mil de parlamentares e mais de 3 mil de não parlamentares”.

Na segunda fase de trabalhos das Subcomissões, cada uma elaborou um Anteprojeto, submetido à discussão entre os seus membros. Ainda na segunda fase, após 15 de maio, foi redigido “o texto final de cada Subcomissão e encaminhado para a respectiva Comissão Temática”. De 22 a 25 de maio, os Anteprojeto remetidos às Comissões Temáticas receberam cerca de 5 mil emendas, feitas por parlamentares e organizações da sociedade civil. As Comissões Temáticas, por seu turno, enviaram os textos para a Comissão de Sistematização. Esta última apresentou a primeira versão do texto do Projeto, em 26 de junho, já consistente, coerente, escoimado das contradições e preenchidas as lacunas.

O trabalho do relator da Comissão de Sistematização compreendeu duas fases: “a primeira foi a de organizar as propostas e as Comissões Temáticas, eliminando, na medida do possível, as contradições lógicas”. O texto da Comissão de Sistematização possuía mais de 2 mil artigos! A segunda fase consistiu na apresentação de um substitutivo pelo relator.

Conforme informações contidas na obra de Dilson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro (1993, p. 29-30), em 24 de novembro de 1987, fez-se a “entrega solene do Projeto de Constituição ao Presidente da ANC (Projeto ‘A’). Contém ele 1.800 dispositivos, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Dos 335 artigos, 271 são disposições permanentes e 64, disposições transitórias”. Em 27 de janeiro de 1988, dá-se o “início da votação em plenário, 1º turno, do Projeto da Comissão de Sistematização e das respectivas emendas”. Em 20 de abril, “é instalada a Comissão de Redação, composta de 19 membros, destinada a depurar o texto já vo-

tado para deixá-lo jurídica e literariamente o mais perfeito possível. Foram designados dois assessores especiais para colaborar com a Comissão: o Professor Celso Ferreira Cunha, filólogo e gramático, para cuidar do texto; o Professor José Afonso da Silva, tributarista de renome, para auxiliar nas questões tributárias". Em 25 de julho, "início da votação, em 2º turno, do Projeto 'B'". Em 1º de novembro, "encerra-se a votação do Projeto e respectivas emendas". No dia 14 do mesmo mês, "é aberto prazo para a apresentação de propostas de redação, na Comissão de Redação. O texto é o Projeto 'C', constituído de 313 artigos, dos quais, 244 são disposições permanentes e 69, transitórias. São apresentadas 833 propostas". Ainda em novembro, no dia 22, "é votada e aprovada em Plenário a Redação Final do Projeto 'D'. Este texto contém 315 artigos, dos quais 245 são disposições permanentes e 70, transitórias".

A votação do Projeto em primeiro turno ocorreu em 27 de janeiro de 1988. O segundo turno, durante o período de 1º de julho de 1988 a 2 de setembro daquele ano. Finalmente, a votação da Redação Final, no interregno de 13 a 22 de setembro de 1988. Em 5 de outubro, foi promulgada solenemente a nova Constituição.

A Constituição de 1988 é *analítica e longa* em virtude da amplidão de seus dispositivos, descendo muitas vezes a minudências; *rígida*, vez que, para ser revisada ou emendada, exige um processo diferente daquele da elaboração da lei ordinária ou complementar; *programática*, por conter normas-fins estabelecendo programas; *compromissória*, pelo fato de exprimir compromissos pluralistas para a sociedade e o Estado.

Apesar de todo o rigor adotado por aqueles que ocupavam funções determinantes na elaboração do texto constitucional, pesa a suspeita levantada por dois professores da Universidade de Brasília de haverem sido incluídos na Constituição de 1988 dispositivos sem que tenham

sido votados em plenário. Um deles teria beneficiado credores internacionais da dívida externa e outros diriam respeito à separação dos poderes (REZENDE; BENAYON, 2008).

Esses os momentos, as principais características, o DNA, para usar uma expressão do eminente professor português J. J. Gomes Canotilho, de nossa Constituição de 1988. Apesar de todas as vicissitudes, ela abriga dispositivos que consagram direitos e garantias individuais e sociais nunca antes contemplados em nossos textos constitucionais anteriores. Nesse sentido ela será sempre, pelo menos numa perspectiva histórica, a "Constituição Cidadã".

Referências

- BAKHTINE, Mikhail. *Esthétique et théorie du roman*. Paris: Éditions Gallimard, 1978.
- BRUSCO, Dilson Emílio; RIBEIRO, Ernani Valter. *O processo histórico da elaboração do Texto Constitucional*. 3.v. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 11. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2. ed. Campinas: Editora Minelli, 2005.
- LEÃO, Delfim Ferreira. *Sólon: ética e política*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolo. *O Príncipe*. In: _____. *Conselho aos Governantes*. Coleção clássicos da política. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- REZENDE, Pedro Antônio Dourado de; BENAYON, Adriano. *Anatomia de uma Fraude à Constituição*. Brasília, abr. 2008. Disponível em: < <http://www.cic.unb.br> > Acesso em: 08 abr. 2008.
- RAMOS, Saulo. In: _____. *Veja*, nº 47, ano 40, edição 2036, de 28 de novembro de 2007.
- SARNEY, José. Especial Congresso. In: _____. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. *Jornal do Senado. In: _____*. Brasília: Senado Federal, 2004.

SEMINÁRIO 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, 2003, [Brasília]. Anais... [Brasília], 2003.

VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. *Traité General de l'État*. Paris: Sirey, 1929.

Conversão e negócio jurídico anulável

Edilson Pereira Nobre Júnior

Sumário

1. O princípio da conservação do negócio jurídico. 2. A conservação do negócio jurídico: uma preocupação do Código Civil de 2003. 3. Conversão: idéia e requisitos. 4. A conversão e o negócio jurídico anulável.

1. O princípio da conservação do negócio jurídico

Com a propriedade de sempre, Betti (2000, p. 4) definiu os fatos jurídicos como aqueles “aos quais atribui o Direito *transcendência* para *cambiar* as situações pré-existentes e configurar situações novas, a que correspondem novas qualificações”¹.

Disso se percebe que o fato jurídico, em sua estrutura lógica, é algo mais que um acontecimento do mundo dos fenômenos. Engloba, em sua essência, certos requisitos que, incidentes em determinada situação, são capazes de acarretar sua transformação com a constituição, modificação, ou extinção de uma posição jurídica.

Configura, assim, fato qualificado por atributo emanado de uma norma de direito.

A doutrina, no seu afã de classificar, divisou várias modalidades nas quais se fraciona o fato jurídico.

Edilson Pereira Nobre Júnior é juiz federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Universidade Potiguar. Mestre e doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

¹ “... a los que el Derecho atribuye *transcendencia* jurídica para *cambiar* las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas” (BETTI, 2000, p. 4).

Daí se pode ver que a expressão fato jurídico abrange eventos dos mais diversos tipos. Isso seria a expressão apreendida em seu sentido amplo. Num significado mais estrito, fato jurídico, por contraposição ao ato jurídico, corresponderia a acontecimentos naturais, como é o caso de uma inundação, capaz de ensejar o surgimento da obrigação de reparar por ente segurador. O ato jurídico, então, corresponderia ao aparecimento de efeitos jurídicos como decorrência de manifestações de vontade.

Bipartir-se-ão em atos lícitos ou ilícitos, conforme hajam ou não sido praticados com base numa permissão jurídica. Os primeiros correspondem ao que podemos denominar ato jurídico em sentido amplo².

Dentro do bloco da licitude, a distinção que mais granjeia interesse – e que hoje é realçada pelo vigente Código Civil – recai entre o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

A diferença entre tais categorias reside em que o ato jurídico *stricto sensu*, muito embora reclame a manifestação de vontade, tem sua eficácia dependente, com exclusividade, da norma legal. Um exemplo seria o inerente à perfilhação. Realizada, as respectivas conseqüências jurídicas surgem por força da ordem normativa, sendo, na sua determinação, a vontade irrelevante. A manifestação volitiva se restringiu à celebração do ato. Há situações em que até mesmo é indiferente a regularidade da manifestação volitiva³.

² Abstraindo-se a circunstância de não ser a melhor praxe a da definição de conceitos jurídicos pelo legislador, posto ser tarefa mais adequada à doutrina, o Código Civil de 1916 trouxe à baila a idéia de ato jurídico lícito: “Art. 81. Todo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico”.

³ José Carlos Moreira Alves (1999, p. 9), em palestra ministrada em 29-04-99, reportando-se aos institutos da especificação e dos direitos autorais sobre a atividade criativa, fornece-nos o exemplo de um louco que, em sendo exímio escultor, ingressa em propriedade vizinha e se apodera de pedra de mármore, esculpindo belíssima estátua, já que loucura e genialidade não são incompatíveis. Indaga: tal não

Diversamente, assoma o negócio jurídico. Este constitui, por excelência, a seara em que forte viceja a autonomia da vontade. Assim, os interessados podem delimitar, uma vez sejam respeitadas as limitações legais, os efeitos que surgem de suas declarações.

Com precisão, Antônio Menezes Cordeiro (2000, p. 304) singulariza o negócio jurídico, por implicar a confluência das liberdades de celebração e estipulação, resumindo:

“Esta fórmula deixa claro que a jurídica positividade do negócio jurídico advém do Direito, que institui, regula e defende a autonomia privada. Os efeitos concretamente verificados são, no entanto, os indiciados pelas partes, através de suas declarações”.

O ato jurídico, por sua vez, no seu rigoroso significado, é hábil para possuir tão-só liberdade de celebração. Isso porque, muito embora o sistema jurídico respalde àquele a produção de efeitos, estes vêm previamente determinados pela regra de direito, sem que, para esse fim, os interessados possam ter qualquer interferência.

O mero ato jurídico, então, configura categoria na qual se faz menos acentuada a autonomia da vontade.

Malgrado o *discrímén*, é de ser, *grosso modo*, aplicado ao ato o regime do negócio jurídico. Tal consta, às expressas, do art. 185 do Código Civil, o que é reforçado em similares dispositivos das legislações estrangeiras⁴.

Pontos de relevo, na disciplina do negócio jurídico, recaem, entre outros, nos planos da existência, da validade e da eficácia.

No que concerne ao primeiro, assume relevante importância a preocupação com os elementos essenciais do negócio jurídico, componentes de sua estrutura e sem os quais não se pode cogitar de sua existência.

deverá lhe acarretar o direito à propriedade da obra, não obstante restar presente hipótese de nulidade?

⁴ É o caso, por exemplo, do art. 295^o do Código Civil lusitano: “aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo seguinte” (SUPREMO..., 2005).

São eles a manifestação de vontade, o objeto e a forma⁵.

Ao depois, advém o plano da validade, motivado pela qualificação dos elementos essenciais, o que se dá por meio dos requisitos. Assim, a manifestação de vontade deverá emanar de agente capaz, enquanto o seu conteúdo haverá de ser lícito e possível, sem contar que a forma não poderá ser defesa em lei.

Por meio dessa categoria, interessa verificar se o negócio jurídico, já existente no mundo dos fatos, possui permissão para ingressar na esfera jurídica.

Em terceiro lugar, interessa cogitar-se se determinado negócio jurídico, mesmo eivado de nulidade, estará apto a produzir alguns efeitos. Ou, visto de outra ótica, se, embora existente e válido, o negócio não chega a produzir a eficácia que lhe é própria.

Está-se, portanto, no plano da eficácia.

Feitas essas considerações, ainda que a *vol d'oiseau*, interessa notar alguns fatores que, na prática, se fazem presentes nos negócios jurídicos celebrados. Muitos deles, não obstante viciados de invalidez, chegam a operar consequência entre particulares. Numa venda imobiliária de ascendente a descendente, realizada por preço justo, mas sem a aquiescência dos demais, poderá ocorrer a efetiva transmissão

⁵ Em análise capaz de harmonizar a pesquisa percuente com o impecável detalhamento, Antônio Junqueira de Azevedo (2000, p. 31-39) procede à divisão em elementos gerais que, a seu turno, subdividem-se em intrínsecos ou constitutivos (forma, objeto e circunstâncias negociais) e extrínsecos (agente, lugar e tempo do negócio), e categoriais, também denominados particulares, os quais, resultantes da ordem jurídica, restringem-se, a despeito de sua essencialidade, a determinados tipos de negócios jurídicos. Constituem espécies destes o consenso sobre o preço e a coisa e o *animus donandi* na compra e venda e na doação, respectivamente. Não confundir tais elementos com os elementos naturais que, conforme acentua a doutrina (AMARAL, 2006, p. 394), configuram, ao invés, efeitos do negócio jurídico, como é o caso da responsabilidade pela evicção. À derradeira, há os elementos acidentais, irrelevantes para a formação do negócio, mas que são hábeis à alteração de sua eficácia. Para fins da existência, importa considerar apenas os elementos gerais e categoriais.

da propriedade, com a imissão na posse, acarretando que o novo proprietário faça modificações que alterem substancialmente a feição do bem, de modo que o retorno das partes ao estado anterior seja excessivamente traumático.

De outro lado, todo o esforço que é levado a cabo para se concluir um negócio, às vezes, conspira contra a sua invalidade, respaldando sua manutenção, principalmente quando verificada a boa-fé das partes.

Daí, na atualidade, chamar a atenção o princípio da segurança jurídica, cuja expressão, na seara negocial, dá-se por meio da conservação.

Essa tendência governa a doutrina tanto estrangeira quanto pátria. Para Alberto Trabucchi (1967, p. 198-199):

“O fato de que existam negócios eficazes, não obstante sua irregularidade, demonstra-nos que o direito procura evitar, no que for possível, a sua nulidade. Existe uma tendência legislativa, social e economicamente conveniente, para *conservar* a eficácia dos atos jurídicos”⁶.

Nesse diapasão, sustenta Antônio Junqueira de Azevedo (2000, p. 64) que

“tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível o negócio jurídico realizado pelo agente. O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”.

⁶ “El hecho de que existan negocios eficaces no obstante su irregularidad, nos demuestra que el derecho procura evitar en lo posible la nulidad de los mismos. Existe una tendencia legislativa, social y economicamente conveniente, a *conservar* la eficacia de los actos jurídicos” (TRABUCCHI, 1967, p. 198-199).

A conservação se impõe, salvo se não possível a manutenção do negócio, visto que este, em sendo revelação da autonomia da vontade, há de representar alguma utilidade, produzindo efeitos⁷.

O instituto da conversão, inovação que aportou em nosso sistema com o Código Civil de 2002, é representativo de uma maneira eficaz de se aproveitar os efeitos do negócio jurídico.

Será o objeto central de nossa abordagem, principalmente com o propósito de investigar sua abrangência para os negócios anuláveis. Para tanto, antes procederemos à exposição do propender do atual Código Civil à conservação e, logo em seguida, ao exame dos seus requisitos.

2. A conservação do negócio jurídico: uma preocupação do Código Civil de 2003

Neste tópico, não se quer dizer, de maneira alguma, que o Código Civil de 1916 tivesse sido infenso à conservação dos atos jurídicos. Absolutamente. O que se almeja enfocar é que o atual diploma, até mesmo pelo fato de acompanhar a quadra evolutiva da ciência jurídica, encontra-se mais receptivo ao aproveitamento dos negócios jurídicos perpetrados com infração aos ditames do sistema jurídico.

Antes de ser promulgada a vigente codificação, sobre cuja aplicação a doutrina se manifesta ávida em interpretar, o Código de Defesa do Consumidor já tinha atentado à conservação como uma diretriz moderna, ao frisar no art. 51, mais precisamente no seu §2º, o seguinte: “a nulidade de uma

⁷ Uma adoção explícita da conservação como princípio ocorreu no Código Civil italiano. Ver o art. 1.367: “na dúvida, o contrato ou cada uma de suas cláusulas devem ser interpretadas no sentido no qual possam ter algum efeito, antes daquele segundo o qual não teriam nenhum” (“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno” (STUDIO..., [19--]). Formidável panorama do princípio da conservação no sistema jurídico italiano consta de Luigi Cariota Ferrera (1956, p. 325-326).

cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Não foi por outra razão que, atentando para o dispositivo, Nelson Nery Júnior (1993) veio a destacar:

“Em atendimento ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada, devem ser feitas de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo”⁸.

Não obstante, são inúmeras as aplicações que o Código Civil atual faz do princípio, reportando-se a maior parte delas aos defeitos do negócio jurídico.

Como ponto de partida, pode observar-se, no que concerne à invalidação do negócio jurídico pela ocorrência de erro essencial, que o art. 144 afirma não afetar a validade do negócio quando a pessoa, a quem a validade da manifestação da vontade se dirige, oferecer-se para cumpri-la na conformidade da vontade real do manifestante⁹.

Desse modo, é de conjurar-se a invalidade pela circunstância de uma das partes aquiescer em cumprir o pactuado em conformidade com a compreensão que, sobre o mesmo, possui a outra parte, mais precisamente a que incidiu em erro.

Quanto ao dolo, temos várias manifestações, a começar pela circunstância de que, quando accidental, somente obriga à satisfação de perdas e danos (art. 146).

Em havendo dolo de terceiro, somente se invalidará o negócio se a parte que dele se aproveite tiver, ou devesse ter, conheci-

⁸ O exame do princípio da conservação nos negócios jurídicos de consumo também foi procedido por Marcos Mendes Lira (2003, p. 13).

⁹ A previsão encontra semelhança com o art. 1.432 do Código Civil italiano.

mento do defeito. Do contrário, não haverá que se cogitar de invalidação, devendo aquele responder pelas perdas e danos sofridos pela parte ludibriada (art. 148).

Igualmente, se o dolo originar-se do representante legal de uma das partes, somente obrigará o representado a responder civilmente até a importância do proveito que obteve. Em sendo o vício do representante convencional, o representado responderá solidariamente com aquele (art. 149). Afasta-se, assim, pela responsabilidade patrimonial, o desfazimento do negócio.

Já se ambas as partes obrarem com dolo, nenhuma poderá pleitear a invalidação. Nem mesmo haverá causa para indenização. Assim dispõe o art. 150 do Código Civil.

Quanto à coação moral, estabelece o art. 155 do Código Civil que, caso advenha de terceiro, sem que a parte beneficiária tenha conhecimento, subsistirá o negócio jurídico, limitando-se a responsabilidade do seu autor às perdas e danos que o coato tenha suportado.

Inspirado em preocupações éticas, é sabido que o Código Civil reavivou a lesão nos negócios jurídicos. Ao fazê-lo, não deixou à margem a conservação do ajuste, prevendo, no seu art. 157, §2º, que não será decretada a anulação caso seja oferecido suplemento suficiente, ou se o favorecido concordar com a redução do proveito¹⁰.

O entendimento se estende, mesmo ausente previsão legal a respeito, ao estado de perigo, a despeito da omissão do art. 156 do Código Civil¹¹.

¹⁰ A tendência à conservação foi aguçada com o Enunciado 149, aprovado pela III Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, assim redigido: "em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, §2º, do Código Civil de 2002".

¹¹ Nesse sentido, a adoção, pela III Jornada de Direito Civil, do Enunciado 148, de autoria de Mário Luiz Delgado Régis, do seguinte teor: "ao estado de perigo (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no §2º do art. 157".

Nas hipóteses de fraude contra credores, também houve a preocupação com a manutenção do negócio jurídico. Nos casos de contratos onerosos, celebrados pelo devedor insolvente, ou com insolvência notória, a anulação do pacto poderá ser afastada. Para esse fim, basta que o adquirente deposite em juízo o preço corrente do bem, postulando a citação dos interessados (art. 160).

O Código Civil atual ampliou essa possibilidade mesmo quando o preço não for equivalente às estimativas de mercado. Nessa hipótese, a inserção de parágrafo único ao art. 160 faculta ao adquirente depositar valor que corresponda ao real.

Da mesma forma, serão presumidos como firmados de boa-fé e, por tal razão, mantêm intacta sua validade, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, industrial, ou necessário à subsistência do devedor e de sua família (art. 164).

No que tange à fraude na outorga de garantia de dívida, o legislador deixou explícito que, caso o negócio jurídico tenha por finalidade apenas atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, a sua invalidade restringir-se-á à prelação ajustada (art. 165, parágrafo único).

Ingressando-se na teoria geral das nulidades, obtém-se, quanto à simulação, a regra de que se ressalvam os efeitos do negócio jurídico simulado em favor dos terceiros de boa-fé.

Amostra de louvável inovação adveio com a conversão de um negócio em outro, contanto que observados determinados requisitos (art. 170), revelando-se como alvo deste breve estudo.

Ao depois, é previsto, para os negócios anuláveis, o convalescimento pelo decurso do tempo, conforme os arts. 178 e 179.

Ainda quanto aos negócios anuláveis, tem-se a confirmação (arts. 172 a 175). E não é só. Quando a anulabilidade resultar da ausência de autorização de terceiro, o negócio será validado se aquele posteriormente

a conceder (art. 176), o que não possuía precedente no regime anterior.

No tocante aos incapazes, foi mantida a disciplina anterior. Assim, o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar sua idade, caso dolosamente a tenha ocultado quando inquirido pela parte adversa ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior (art. 180).

Igualmente, ninguém pode reivindicar o que, em face de uma obrigação anulada, quitou a um incapaz, caso não venha a provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181).

A exemplo do Código Civil revogado, previu-se que a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este possa ser demonstrado por outra maneira (art. 183).

De destacar a manutenção da redução, contemplando-se, no art. 184, que, respeitada a intenção das partes¹², a invalidade parcial de um negócio não o prejudicará na parte válida, se esta for destacável. Na mesma linha, a invalidade da obrigação principal implica a da acessória, não sendo verdadeiro o contrário.

A presença da conservação do negócio jurídico ainda pode ser apontada na disciplina dos vícios redibitórios, porquanto o adquirente, em vez de rejeitar a coisa, poderá reclamar abatimento do preço (art. 442).

Em se verificando onerosidade excessiva, por força de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o art. 478 indica como solução a resolução do vínculo. A manutenção deste, nos termos literais do art. 479, está condicionada à conduta do réu, oferecendo-se a modificar equitativamente o contrato.

Malgrado isso, a atividade interpretativa, em se louvando na necessidade de conservar-se o quanto possível seja o negócio, culminou por entender que o art. 478 abriga, em seus contornos, a revisão contratual.

¹² O elemento subjetivo era estranho à disciplina do art. 153 do Código Civil de 1916.

Essa foi, na III Jornada de Direito Civil, a conclusão constante do Enunciado 176: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Um outro exemplo também recaiu na regulação do mútuo feito a menor, sem a anuência daquele que exerça sua guarda, que não poderá ser reavido nem do mutuário, nem dos seus fiadores.

O Código Civil vigente, ao demonstrar atenção à dinâmica e à realidade da vida negocial, ampliou consideravelmente as exceções. Assim, o contrato produzirá efeitos quando: a) houver ratificação posterior por parte do titular da guarda do mutuário; b) estando ausente o responsável pela guarda do menor, este se vir compelido a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais; c) o mutuário auferir ganhos com o seu trabalho; d) o empréstimo se reverter em proveito do menor; e) a obtenção do empréstimo se der maliciosamente.

Por outro lado, a introdução, no texto do Código Civil, de princípios e cláusulas gerais, entre os quais assomam como mais relevantes a boa-fé objetiva e a função social do contrato, reforçou a idéia conducente à conservação dos negócios jurídicos¹³. Uma

¹³ Fábio Antônio Correia Filgueira (2007, p. 127) aponta que a aplicação, pelo juiz, da função social do contrato é capaz de permitir a conjugação dos elementos segurança e justiça, garantindo às relações jurídicas estabilidade, o que é objeto do Estado social democrático. No particular, assoma interessante o Enunciado 21: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. (Enunciado ao novo Código Civil aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar, do STJ). Idem o Enunciado 361: “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. (Enunciado ao Código Civil aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a qual teve lugar no intervalo

de suas conseqüências é o adimplemento substancial¹⁴.

Muito embora ausente pretensão exaustiva, o exposto possuiu a serventia de demonstrar, estreme de dúvidas, o forte cuidado que informou o novo Código Civil em caminhar pela senda de preservar os efeitos dos negócios jurídicos.

No passo seguinte, como não poderia deixar de ser, analisaremos, com maior de-tenção, a figura da conversão, dissecando-se o seu conteúdo, os traços indispensáveis à sua configuração e as semelhanças e dispa-ridades com institutos afins.

3. Conversão: *idéia e requisitos*

A noção do que se compreende por con-versão é de ser facilmente formulada. Num átimo, pode-se, sem omitir deferência à precisão, definir aquela como expressando que um negócio jurídico é nulo da forma como deveria valer, enquanto se mostra válido e eficaz na qualidade de um negócio jurídico distinto.

Assemelha-se à nulidade parcial ou redução, uma vez que, a exemplo desta, na conversão se tem que um negócio ju-rídico, como resultado de determinada manifestação de vontade, apresenta-se com valor diverso do negócio originariamente colimado.

Em ambos os casos, a vontade, cujos efeitos prevalecem, não corresponde inteiramente àquela manifestada inicialmente pelas partes.

A diferença entre tais figuras, como propõe Flume (1992, p. 691), está em que na redução se vê uma nulidade parcial quantitativa. Por sua vez, a conversão é exemplo de uma nulidade em parte quali-tativa. Foram as palavras do autor:

“A conversão é, portanto, um caso particular da nulidade parcial. Pode-

se dizer *cum grano salis* que o §139 re-gula a nulidade parcial quantitativa, enquanto, no caso da conversão, se-gundo o §140, trata-se duma nulidade parcial qualitativa. A delimitação do §139 e do §140 não apresenta nenhum problema essencial, porque a regula-ção é basicamente a mesma¹⁵”.

Já Giovanni Criscuoli (1959, p. 281-285), discorrendo sobre esse ponto, chega a sus-ter que, sem embargo das duas figuras terem como característica comum a de constituírem manifestações particulares do princípio geral da conservação, algumas distinções podem ser apontadas, a saber: a) enquanto a conversão apresenta a utili-dade quanto à manutenção integral do fim prático pretendido pelas partes, a nulidade parcial tem como vantagem a obtenção duma fração daquele objetivo prático; b) a nulidade parcial ostenta caráter de sanção, ao contrário da conversão, que se mostra como um atributo concedido à autonomia privada, sendo compatível com a boa-fé que cada um dos contraentes permaneça vinculado aos efeitos que se propunham re-alizar com outro negócio quando, *ab initio*, surgisse a ineficácia jurídica deste; c) diver-samente da nulidade parcial, a conversão não dispensa os componentes objetivo e psicológico, consistentes, respectivamente, em conter o negócio nulo os requisitos de substância e de forma de outro e a vontade das partes em aceitar contrato ou ato dife-rente; d) ao passo que a conversão realiza uma retificação da qualificação jurídica do negócio, transformando o seu tipo, a nulidade implica diminuição quantitativa do conteúdo negocial, sem acarretar trans-formação de sua espécie.

¹⁵ “La conversión es, por tanto, un caso particular de la nulidad parcial. Se puede decir *cum grano salis* que el §139 regula la nulidad parcial cuantitativa, mientras que en el caso de la conversión según el §140 se trata de una nulidad parcial cualitativa. La delimitación del §139 y del §140 no presenta ningún problema especial porque la regulación es básicamente la misma” (FLUME, 1992, p. 691).

de 26 a 27 de outubro de 2006, sob a coordenação cien-tífica do Min. Ruy Rosado de Aguiar, do STJ).

¹⁴ Sobre o adimplemento substancial, como impe-ditivo da resolução do contrato, ver Clóvis do Couto e Silva (1997, p. 55).

Não confundir, porém, conversão com a mera denominação incorreta do negócio pelas partes. Aquela se dirige ao conteúdo da regulação celebrada pelas partes. Não abrange, de forma alguma, a designação incorreta da manifestação de vontade. Por exemplo, o denominar-se compra e venda ao que, na realidade, configura doação não pode ser tido como conversão, mas, ao invés, como algo irrelevante.

O instituto em análise guarda origem remota. A despeito de não haver sido objeto de uma maior sistematização pelo direito romano, deste não foi totalmente desconhecido. É que, mesmo não se encontrando formulado por uma regra geral, como consta atualmente da maioria dos códigos, foi visualizado mediante casos isolados.

Do direito das sucessões podemos retirar dois exemplos. O primeiro deles estava na cláusula codicilar que, aposta em testamento, permitia, uma vez ineficaz este, o seu reconhecimento na qualidade de fideicomisso. Daí haver anotado Max Kaser (1999, p. 390) que “as instituições de herdeiro podem converter-se em fideicomisso de herança, legados, em fideicomissos singulares, manumissões ‘directas’, em fideicomissárias”.

Noutro passo, o *Senatusconsultum Neronianum*, editado entre 54 e 84 d. C., provocou uma aproximação dos vários tipos de legado por conversão. Assim, caso um legado seja ineficaz na modalidade escolhida pelo testador, poderá subsistir como legado de outro tipo, se o seu conteúdo assim possibilitar.

Vale, pois, mais uma vez, recordar o que afirmou Max Kaser (1999, p. 416):

“O legado permanece ineficaz segundo o *ius civile*, mas pode fazer-se valer com ações petitórias. Provavelmente, o ponto de partida foi o legado *per vindicationem* de coisa não pertencente ao testador; devia ser eficaz *atque si* (como se) *optimo iure relictum esset, i. e.*, ser tratado como legado damnatório, porque este é o único tipo que permite legar uma coisa alheia”; G. 2, 197s.; EU 24, 11a.

A conversão, mesmo limitada ao direito sucessório, serve para indicar como os romanos não restringiam a utilização do direito para o deleite com teorizações infrutíferas. Ao contrário, serviam-se dos institutos jurídicos para o atendimento das necessidades práticas impostas pela realidade.

No final do século XVIII e princípio do seguinte, a conversão veio aos poucos penetrando no seio doutrinário, muito embora ainda não figurasse no *Landrecht* prussiano e no diploma austríaco de então.

Somente a contar da segunda metade do século XIX é que se foi avançando de modo forte na doutrina, vindo a aportar no Código Civil alemão de 1896. Já constava do primeiro projeto deste, mais precisamente no §111, com a redação abaixo:

“Se o negócio jurídico pretendido, mas nulo como tal, cumpre todas as exigências de outro negócio jurídico, tem de manter-se como este último se isto está em conformidade à vontade que se deduz da celebração do negócio jurídico nulo”¹⁶ (FLUME, 1992, p. 692).

Alfim, acolhida foi pela redação final do BGB (§140), vindo, posteriormente, também nos Códigos italiano de 1942 (art. 1.424), grego de 1940 (art. 182), português de 1967 (art. 293), holandês de 1991 (Livro III, art. 42) e, mais recentemente, consagrada pelo atual Código Civil brasileiro (art. 170).

Não confundir a conversão dita substancial¹⁷, de que aqui se trata, a qual representa modalidade genérica de aproveitamento de negócio inválido, com a conversão formal¹⁸.

¹⁶ “Si el negocio jurídico pretendido, pero nulo como tal, cumple todas las exigencias de otro negocio jurídico, ha de mantenerse como este último si esto es conforme a la voluntad que se deduce de la celebración del negocio jurídico nulo”. O texto é extraído de referência feita por Flume (1992, p. 692).

¹⁷ José de Oliveira Ascensão (2003, p. 427), com vistas a denominar o instituto sob enfoque, emprega a expressão conversão potestativa.

¹⁸ Muito embora não tenha cogitado da conversão substancial, o Código Civil espanhol contemplou, em inúmeras passagens, hipóteses de conversão formal. Ei-las: a) a nulidade do testamento cerrado, por não haver observado as formalidades legais, não impede sua

Esta não pressupõe uma invalidade, mas, ao invés, dá-se quando um determinado negócio pode ser realizado de várias formas e, em sendo inválido numa delas, manifestar-se validamente noutra. Decorre da conformidade típica do negócio, sendo irrelevante a valoração do caso concreto.

Analisando-se as singularidades que envolvem ambas as figuras, pode-se, com facilidade, referir que a conversão substancial advém de obra do intérprete do sistema jurídico, juiz ou não. Por sua vez, a conversão formal resulta de criação do legislador.

Para que se aperfeiçoe, a conversão exige a presença de dois requisitos. Um deles, de natureza objetiva, está em possuir o negócio inválido os requisitos de forma e de substância de outro, o qual irá substituí-lo.

Ao depois, vem à baila a chamada vontade hipotética das partes. Ou seja, é preciso verificar se as partes, tendo previsto a invalidade, teriam querido realizar o negócio que subsistirá válido¹⁹.

validade como testamento ológrafo, caso esteja escrito integralmente e firmado pelo testador, satisfazendo ainda as demais condições próprias desta modalidade de testamento (art. 715); b) valerá como documento particular, se estiver firmada pelos outorgantes, a escritura defeituosa por incompetência do notário ou em face de outro vício de forma (art. 1.223); c) considerar-se-á como comunidade de bens a sociedade desprovida de personalidade jurídica por os pactos entre seus sócios se manterem secretos (art. 1.669); d) a desconsideração como tal do comodato quando ao comodatário seja imposta a obrigação de pagar pelo uso da coisa (art. 1.741); e) transforma-se em comodato o depósito quando o depositário possui a permissão para se utilizar da coisa depositada (art. 1.768).

¹⁹ Em escrito que se pode indicar como precursor em nossa literatura jurídica, Antônio Junqueira de Azevedo (1974, p. 20) lança acerba crítica à denominada vontade hipotética. Diz, em suma, que: a) somente um preconceito teórico poderia imaginar a necessidade de uma vontade presumida; b) essa tal vontade presumida não é vontade, posto vontade de alguém, presumida por outrem, não é vontade de alguém, sendo o recurso ao requisito, no mínimo, inútil; c) o intérprete, para aplicar o preceito na forma como proposta pelo Anteprojeto de Código Civil, terá de partir de hipótese que raia ao absurdo, porquanto, caso as partes tivessem previsto a nulidade, a lógica impunha que elas procurassem evitar o vício antes de realizar negócio distinto. Indispensável a transcrição de trecho conclusivo do pensamento do autor: "acreditamos que o supracitado

Tal requisito deverá ser desvendado em conformidade com a boa-fé e as exigências de justiça, como bem acentuam Betti (2000, p. 435) e Menezes Cordeiro²⁰ (2000, p. 669). Portanto, é de grande valia a pesquisa das circunstâncias do caso concreto, expondo Larenz a necessidade de se averiguar os fins econômicos e as valorações de interesses conhecidas das partes, de modo a se propor se o negócio distinto representa um meio adequado para a realização de tais objetivos.

Caberá, portanto, àquele incumbido da aplicação do direito, ou seja, ao juiz, verificar, diante dos casos concretos, a presença do componente subjetivo²¹. Para tanto, faz-

artigo do Anteprojeto (e, diga-se entre parênteses, o Anteprojeto, em outros pontos, seguiu, antes, a teoria da declaração, 'Erklärungstheorie', que a da vontade, 'Willenstheorie') poderia ser assim redigido: 'se um negócio jurídico inválido ou ineficaz contiver todos os requisitos de outro, subsistirá este, quando o fim, que dele resulta, permitir supor não ser ele contrário à vontade das partes, tal e qual foi declarada'. Como se percebe, não há, aí, necessidade de imaginar qual teria sido a vontade das partes, se houvessem previsto a nulidade ou a ineficácia; basta que o fim, que resulta do novo negócio, não seja contrário ao que as partes declararam querer. A questão, assim, parece-nos que encontra solução que não despreza a vontade das partes, mas há de tratar da vontade declarada, e não de uma vontade qualquer, interna ou hipotética. Essa solução combina, com maior equilíbrio, e salvo melhor juízo, objetivismo e subjetivismo." (AZEVEDO, 1974, p. 21).

²⁰ Na obra do autor português, percebe-se uma leve contradição. Abordando o tema da vontade hipotética, à fls. 566, procede a subdivisão entre a vontade hipotética individual ou subjetiva (indagação, perante os dados concretos existentes, de qual teria sido, em termos de probabilidade razoável, a vontade das partes caso prevista a nulidade) e a vontade hipotética objetiva (observação da realidade e, com isso, obtém-se a reconstrução da vontade justa das partes se, razoavelmente, tivessem previsto a invalidade) e, logo após, à fls. 567, afirma que o legislador, no particular da conversão, prevista no art. 293 do Código Civil, optara por uma vontade hipotética subjetiva. Um pouco à frente, ao tratar especificamente do instituto da conversão, à fls. 669, afirma que a vontade hipotética é de pressupor uma valoração objetiva.

²¹ Nos autos da Revista 76.417, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal afastou a vontade hipotética, declarando: "V - Não existe vontade hipotética ou conjectural das partes quando estas visaram comprar e vender um certo estabelecimento localizado em determinado local e com determinada área e se pretende substituir este por uma quota ideal, expressa em avos, da fracção

se necessário que o direito à conversão seja invocado por qualquer das partes do negócio²², por meio de ação ou quando de formulação de defesa, havendo quem sustente ser possível invocá-la em reconvenção.

Alguns exemplos podem ser citados, tais como: o comodato que se converte em locação; constituição de hipoteca que, inválida por depender de autorização do cônjuge mulher, vale como confissão de dívida; a venda de imóvel que, celebrada sem escritura pública, poderá ser aproveitada como promessa de compra e venda; o aproveitamento de venda simulada como doação; ou, ainda, o reconhecimento de nota promissória nula como confissão de dívida.

Instituto de caráter abrangente, por decorrer do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, a conversão não se limita ao campo dos negócios jurídicos privados. Há quem afirme que vai mais além, legando utilidade também a comportamentos celebrados nos confins do direito público²³.

autônoma onde se integraria o estabelecimento, sem localização possível nessa fracção" (ac. un., rel. Cons. Cura Mariano, julg. em 08-11-88(III), [19--]).

²² Certa feita, na Revista 77.973 (ac. un., rel. Cons. Cura Mariano, julg. em 09-10-90. (III), [19--]), o Supremo Tribunal de Justiça deliberou que a conversão teria de ser objeto de pedido expressamente formulado. José de Oliveira Ascensão (2003, p. 428-429) entende, no que concerne ao demandado, ser adequada a reconvenção. Penso que não. A economia e a celeridade processuais impõem ao juiz um papel criativo, de modo a ofertar à resposta um caráter dúplice, possibilitando-se, assim, a análise do direito à conversão.

²³ Consoante Héctor Escola (1989, p. 156), o princípio da legalidade, aplicado em harmonia com a necessidade da continuidade da atuação administrativa, e tendo em vista a obtenção do interesse público, justifica a conversão dos atos administrativos, mediante a qual "um ato irregular, e, como tal, inválido, pode valer como outro ato distinto, se assim o declara a administração pública e se têm reunidos os elementos essenciais próprios do novo ato" ("un acto irregular, y como tal inválido, puede valer como otro acto distinto, si así lo declara la administración pública y se hallan reunidos los elementos esenciales propios del nuevo acto"; justamente por desembocar na irrupção de um novo ato regular, distinto do anterior inválido, adiante que sua eficácia é para o futuro (*ex nunc*). A Ley 19.549, conhecida como a Lei Nacional de Procedimentos Administrativos, contempla-a no

4. A conversão e o negócio jurídico anulável

O problema, aqui apresentado para fins de discussão, principia por uma dualidade de orientações, aparentemente contraditórias, adotadas pelo Código Civil de Portugal (1966) e texto vigente nestas plagas.

Isso porque o diploma lusitano, em disciplinando o instituto da conversão do negócio jurídico, está assim redigido:

"Art. 293. O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de

seu art. 20, ao prescrever: "se os elementos válidos de um ato administrativo nulo permitam integrar outro que for válido, poderá efetuar-se sua conversão neste, consentindo-o o administrado. A conversão terá efeitos a partir do momento em que se aperfeiçoe o novo ato". ("si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitiesen integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consinténdolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto" ARGENTINA, 1996). O dispositivo foi alvo de bom comentário por Julio Rodolfo Comadir (2003, p. 399-400). Nessas plagas, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 659) aludia ao instituto, ensinando: "às vezes, o vício do ato está na colocação em certa categoria jurídica, ao passo que em outra é legítimo. Então, a invalidade existirá quanto àqueles tipos de ato, mas se aproveita tendo em vista o outro. Faz-se a transformação do ato, e esse fenômeno jurídico se denomina conversão. Ela se verifica mediante emanção de novo ato dando interpretação ao anterior e transformando-o em legítimo". Às fls. 659-660, cita exemplos, entre os quais: a) nomeação para cargo efetivo, sem a prévia aprovação em concurso, e, por isso, nula, aproveitada como provimento em comissão; b) recurso administrativo interposto fora do prazo legal, ou sem obediência a formalidade essencial, o qual pode ser recebido pela Administração como denúncia, relativa a órgão inferior; c) recurso interposto por particular, não titular do direito subjetivo em discussão, que, mesmo não recebido, pode ensejar à Administração, no exercício de sua competência de controle, instaurar procedimento para a invalidação do ato administrativo recorrido. Preciso dizer que a admissibilidade da conversão, no direito administrativo, dependerá da rigidez com que determinados institutos são tratados pelo respectivo ordenamento. No que concerne à primeira das situações aventadas, o que foi suposto com base na Constituição de 1969, tenho ser, diante do cariz cogente que permeia o art. 37, I e II, da CF de 1988, difícilimo sua aceitação.

substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade” (PORTUGAL, 2005).

Em virtude de remissão legal explícita para o negócio tizado de vício que importe anulabilidade, outra não poderia ser a orientação da doutrina lusitana em estender o instituto além dos negócios nulos²⁴.

O direito brasileiro, por sua vez, em disposição que mais se aproxima do BGB (§140)²⁵, bem assim dos Códigos Civis italiano (art. 1.424)²⁶ e helênico (art. 182)²⁷, circunscreveu a conversão aos negócios nulos, expressando, no art. 170 do Código Civil, que: “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade”.

²⁴ Assim expõe António Menezes Cordeiro (2000, p. 667): “pela conversão um negócio jurídico nulo ou anulado pode aproveitar-se, como negócio diverso, desde que reunidos determinados requisitos legais”. Idem José de Oliveira Ascensão (2003, p. 410): “Já a anulabilidade suscita dificuldades. O acto produz efeitos enquanto não anulado, pelo que se poderá entranhar a redução ou conversão dum acto que está a produzir os efeitos para que foi querido. Porém, a lei compreende-a expressamente. E parece que até a contra parte de quem tem o direito de pedir a anulação pode recorrer à redução ou conversão, mesmo antes da anulação”. Referências, sem distinção, a negócios nulos e anulados constam da pena de Carlos Alberto da Mota Pinto (1996, p. 630-634) e de Heinrich Ewald Höster (1992, p. 599-600).

²⁵ “§140. Se um negócio jurídico nulo satisfaz os requisitos de outro negócio jurídico, o último é considerado válido se for possível supor que sua validade seria pretendida se houvesse conhecimento da nulidade. (THE UNIVERSITY... [20--]).

²⁶ “Art. 1.424. O contrato nulo poderá produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, tendo-se resguardado o fim perseguido pelas partes, deva considerar-se que estas o teriam querido se tivessem conhecido a nulidade” (ITÁLIA, [19--]) Disponível em: www.studiocelestano.it/codici/cc. Acesso em 12-03-2002).

²⁷ “Quando o ato jurídico nulo contenha os elementos de outro ato jurídico, este último é válido, quando pareça que as partes o tivessem querido se elas tivessem conhecido a nulidade” (CODE, 1956, p. 28).

De conseguinte, indaga-se se a expressão “negócio jurídico nulo”, empregada pelo preceito acima transcrito, foi utilizada num sentido restrito, relativo à modalidade mais gravosa de invalidade, ou se, podendo ser compreendida com amplitude, poderia abarcar, por igual, os negócios jurídicos anuláveis²⁸.

Ponderável parcela dos autores pátrios, quando da abordagem do tema, limitam-se a correlacionar a conversão aos negócios nulos, como é o caso, entre outros, de Arnaldo Rizzardo (2003, p. 521), Maria Helena Diniz (2005, p. 514-517), Caio Mário da Silva Pereira²⁹ (2001, p. 409), Carlos Alberto Gonçalves (2005, p. 435-436), Paulo Nader (2003, p. 535-536), Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 350) e Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 466).

Já Pontes de Miranda (1970), escrevendo à época do Código Civil de 1916, o qual sobre o assunto se manteve omissivo, raciocinou, em mais de uma passagem, que a conversão é apta tanto para a hipótese de nulidade quanto para a de anulabilidade. Assim se pronunciou com naturalidade, sem ao menos atentar para possível distinção de tratamento:

“A conversão é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente. Para isso, é preciso que concorram o pressuposto objetivo dessa suficiên-

²⁸ Abstivemo-nos de empregar aqui a dicotomia nulidade absoluta e nulidade relativa, que consta em muitos autores, por encerrar uma impropriedade técnica. Louvado no §135 do BGB, Silvio Neves Baptista (2006, p. 68-69) mostra que a nulidade relativa, embora se situe mais próxima da anulabilidade, com esta não se confunde. A nulidade relativa se notabiliza por somente poder ser alegada pelo prejudicado direto, como é o caso da doação quanto à parte que exceder aquela que o doador poderia dispor em testamento (art. 549, CCB). Há, assim, hipóteses de nulidade relativa que não se confundem com a anulabilidade, mas sim com a nulidade, atuando como exemplo o art. 1.749, I a III, do CCB, ao enunciar proibições do tutor quanto ao patrimônio do pupilo.

²⁹ O autor ainda se referia ao Projeto do qual resultou o Código Civil vigente.

cia e o pressuposto subjetivo de corresponder à vontade dos figurantes a conversão, *se houvessem conhecido a nulidade, ou a anulabilidade*” (MIRANDA, 1970, p. 63).

De modo idêntico, reafirmou o mestre das Alagoas:

“A conversão só se dá, se um dos negócios jurídicos, exatamente o em que se pensou, for nulo, ou anulável. Não há cogitar-se de conversão em caso de *ineficácia* parcial ou total: não se converte, se o negócio jurídico, em que se pensou, é só ineficaz, ou ainda não tem algum ou alguns efeitos” (MIRANDA, 1970, p. 66).

A pretexto de examinar o Anteprojeto de Código Civil de 1972, do qual resultou o diploma de 2002, Antônio Junqueira de Azevedo (1974, p. 22) já vislumbrava que a conversão não poderia ficar circunscrita à nulidade. Assim, asseverou, à nota de rodapé 20 ao trabalho já referenciado, que seria precipitado afirmar que todos os casos de aplicação do instituto seriam de nulidade. Não olvidou que hipóteses de anulabilidade e de ineficácia em sentido estrito poderiam justificá-lo. Por isso, propôs que se constasse, na redação do então art. 172 do Anteprojeto de Código Civil, a passagem “se o negócio jurídico *inválido* ou *ineficaz*” no lugar daquela “se o negócio jurídico *nulo*”.

Meditação equivalente mereceu, com o Código Civil em vigor, a atenção de Francisco Amaral (2006, p. 534): “o negócio a converter deve ser nulo ou anulável. Se nenhum ato se produziu, não há que pensar-se em conversão. Nega, assim, a doutrina dominante que o instituto da conversão possa aplicar-se ao negócio inexistente”.

Também assim pensa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 412-416), ao aceitarem a invocação do instituto para os negócios anuláveis, muito embora reconheçam que o seu campo de maior aplicação é o dos negócios nulos. Na mesma senda, pervergam Zeno Veloso

(2002, p. 98) e João Alberto Schüter Del Nero (2001, p. 371-372)³⁰.

De outro pórtico, viceja posição intermédia, esgrimida por Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 255-256), que, de logo registrando a ausência de unanimidade doutrinária sobre a questão, não afasta a seriedade do argumento em contrário, consistente no fato de que, para os negócios anuláveis, o saneamento da invalidade dar-se-ia pela confirmação. Sem embargo dessa constatação, não olvida que:

“No entanto, há hipóteses em que não é possível a ratificação por parte do próprio figurante do negócio (casos de incapacidade relativa). Em tais situações, se pela conversão se pode fazer desaparecer a anulabilidade com o negócio em que se converte, parece-nos admissível a conversão do negócio anulável”.

Idêntica opinião é a de Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 514) e Wania do Carmo de Carvalho Triginelli (2003, p. 106, 110, 112).

Parece-nos aceitável o entendimento conciliador.

Primeiramente, não se pode excluir que a conversão, a exemplo da redução e da confirmação, é decorrência do princípio da conservação do negócio jurídico, consoante o qual o aplicador do direito há de procurar solução que, com um máximo esforço, tende a salvar a vontade negocial.

O princípio da conservação – cuja amplitude e relevância são ressaltadas pela doutrina, conforme antes enfatizado – preconiza que a preservação do negócio jurídico, como manifestação da autonomia da vontade, há de observar se este atende ao mínimo suficiente reclamado por uma determinada categoria jurídica.

Recente prova dessa tendência está revelada pelo Projeto de Código Civil de 1998 para a República Argentina, em

³⁰ É de frisar que o autor assim conclui após formidável levantamento de posições doutrinárias, realizado às fls. 355-370.

cujo art. 381³¹, tratando da conversão, não contemplada no diploma atual, é proposta sua incidência não somente a ato nulo, ou tisdado de nulidade absoluta, mas a ato inválido, indicando preferência pelo gênero em vez da espécie.

Por sua vez, a orientação aqui defendida seria insustentável nos casos do art. 171, II, do Código Civil. É que, em havendo erro, dolo, coação, estado de perigo ou fraude, seria praticamente impossível verificar-se a presença do requisito da vontade hipotética das partes.

Quanto à lesão, demais da forte dificuldade de reconhecer-se que as partes visavam a concluir outro negócio, o Código Civil expressa o apego ao postulado da conservação por meio do oferecimento do suplemento suficiente (art. 157, §2º).

A conversão do negócio jurídico anulável se restringiria, assim, às hipóteses nas quais foi celebrado por agente relativamente incapaz (art. 171, I), para as quais o Código Civil vigente (arts. 180 e 181), a exemplo daquele de 1916 (arts. 155 e 157), já esboçava propensão mitigadora da sua invalidação.

Além do mais, eventual óbice à conversão em face da incapacidade do agente³², mesmo relativa, poderia ser afastado com o acréscimo de mais um requisito à conversão do negócio, qual seja, a ausência de prejuízo ao incapaz.

Não se pode olvidar que, em sendo o regime das incapacidades instituído com

vistas à tutela do incapaz, é de rematar-se que inexistirá impedimento à conversão quando àquele não sobrevir prejuízo.

Em suma, o negócio jurídico anulável, em virtude de incapacidade relativa do sujeito, caso se torne impossibilitada a sua confirmação, poderia, em tese, ver reconhecida, pelo aplicador do Direito, sua conversão noutra. Necessário, contudo, a ausência de prejuízo ao incapaz.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto de código civil. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 9, p. 9, 29 abr. 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARGENTINA. Ley nº 19549, [19--]. *Ministerio de Trabajo*, Buenos Aires, 1996. Disponível em: <<http://www.trabajo.gov.ar/legislacion/ley/files/ley19549.doc>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: ações e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. 2 v.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 63, v. 468, p. 20, out. 1974.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Ensaios de direito civil*. São Paulo: Método, 2006.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Tradução de A. Martín Pérez Granada: Comares, 2000.

BIBLIOTECA digital ministerio de justicia y derechos humanos, Buenos Aires, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.br/codigos-argentina.html>>. Acesso em: 14 ago. 2006.

CODE Civil Hellénique. Atenas: Institut Hellénique de Droit International et Étranger, 1956.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

COMADIR, Julio Rodolfo. *Procedimientos administrativos: ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley, 2003. 1 t.

³¹ O conteúdo da proposição é o que segue: “o ato inválido pode converter-se em outro ato válido diferente, cujos requisitos essenciais satisfaçam, se o fim perseguido pelas partes permite supor que elas o teriam querido se houvessem previsto a invalidez” (BIBLIOTECA..., 1995).

³² Comentando o instituto da conversão em obra clássica, Flume (1992, p. 694) apresenta resistência na hipótese de incapacidade do sujeito: “o negócio jurídico realizado por um incapaz não é suscetível de conversão porque o incapaz, de maneira nenhuma, pode estabelecer uma regulamentação negocial” Diferentemente, A. von Thur (1998, p. 261), em rol exemplificativo, indica hipótese de conversão versando incapacidade do agente.

- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2000. 1 t.
- CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.
- DEL NERO, João Alberto Schüter. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.
- ESCOLA, Consoante Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- FERRERA, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Tradução de Manuel Albaladejo. Madri: Aguilar, 1956.
- FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. *O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992. 2 v.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.
- HÖSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ITÁLIA. Codice Civile, Roma, [19--]. *StudioCelentano.it*, [S. 1.], [19--]. Disponível em: <<http://www.studio-celentano.it/codici/cc>>. Acesso em: 12 mar. 2002.
- ITIJ: Base jurídico-documentais, Lisboa, [19--]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 jun. 2007.
- JACOB, Vera (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- LIRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1979. 1 v.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. 4 t.
- NADER, Paulo. *Curso de direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- PORTUGAL. Decreto lei nº 47344, 25 de novembro de 1966. *Supremo Tribunal de Justiça*, Lisboa, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STUDIO CELENTANO. It, [S. 1.], [19--]. Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it>>. Acesso em: 12 abr. 2002.
- SUPREMO Tribunal de Justiça, Lisboa, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.pt>>. Acesso em: 9 maio 2002.
- THE UNIVERSITY of Hull, Hull, [20--]. Disponível em: <<http://www.hull.ac.uk/php/lastcb/bgbengl.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2006.
- THUR, A. Von. *Derecho civil: los hechos jurídicos*. Madri: Marcial Pons Ediciones, 1998. 2 v.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1967.
- TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. *Conversão do negócio jurídico: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VENOSA, Silvio Salvo de. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O desenvolvimento sustentável e sua regulamentação no direito internacional

Oscar Valente Cardoso

Sumário

1. Introdução. 2. Direito e desenvolvimento no sistema internacional de comércio. 3. O desenvolvimento sustentável e a atuação dos sujeitos de direito internacional. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A integração econômica internacional, em blocos econômicos ou de forma multilateral, é um fenômeno atual. Sua conceituação contemporânea tem raízes no século XIX, porém, sua construção ocorre principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em face do surgimento de novas teorias e definições para o Estado, suas funções, necessidades e soberania.

Basicamente, os países se interessam pela integração econômica para alcançar resultados que, isoladamente, não obteriam, ou para reduzir os obstáculos existentes na busca de seus objetivos. Conseqüentemente, sua primeira meta costuma ser a livre circulação de bens, e suas finalidades se ampliam na medida em que os objetivos são atingidos, tornando-se mais complexas e passando a abranger outras áreas além da comercial. Em síntese, as atuais relações internacionais de integração econômica estão embasadas na liberdade de circulação (de bens, pessoas, serviços, capitais) e na igualdade de acesso (livre concorrência).

Oscar Valente Cardoso é juiz federal substituto do Juizado Especial Federal Cível de Chapecó/SC. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pelo IJUFE/UNIVALI.

Todavia, a ampliação do comércio é um meio para alcançar os fins pretendidos, e não o objetivo da integração; da mesma forma, a integração econômica internacional constitui um meio para se obter o desenvolvimento econômico, social, político e democrático (entre outras formas), não sendo ela própria um fim sobre si mesma.

Ao lado do fenômeno da integração está a cooperação internacional, apoiada no auxílio mútuo, com o objetivo de criar condições para que, na impossibilidade de se suprimir as diferenças existentes entre os países, estas sejam diminuídas ou se evite a sua ampliação.

Diante dessa moderna tendência de inter-relação entre os Estados, e considerando que a evolução não se restringe ao crescimento econômico, importa saber as conseqüências das negociações realizadas no sistema internacional de comércio sobre as relações internacionais; mais especificamente de que maneira elas afetam o meio ambiente.

Para tanto, serão analisadas a função e o impacto das regras do comércio internacional sobre o desenvolvimento sustentável, por meio do estudo do tratamento dispensado pela regulamentação a esse incremento e ao meio ambiente, sob uma perspectiva sistêmica e não excludente de coexistência dos aspectos econômico e ecológico.

Adverte-se desde já que qualquer tentativa de classificação dos temas em estudo é insuficiente para explicá-los em todas as suas formas de manifestação, além de transitória, pois a integração econômica e o desenvolvimento sustentável ainda estão em constante progresso e mutação. Assim, as dificuldades iniciam-se com a tentativa de reunir características comuns e explicar fenômenos ainda não consolidados, em construção, que produzem conseqüências e sofrem a influência das mais variadas áreas de conhecimento.

Tais questões, contudo, constituem estímulos ao seu estudo, a fim de tentar contribuir para o levantamento de suas

características comuns, fundamentos e efeitos, bem como da sua atual relevância no cenário internacional.

2. Direito e desenvolvimento no sistema internacional de comércio

Conforme ressaltado, a integração econômica internacional teve impulso após a Segunda Guerra Mundial. Findo o conflito, o mundo dividiu-se em duas grandes áreas políticas, econômicas e ideológicas, lideradas, respectivamente, por Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, surgindo o período da Guerra Fria. Com o fim desta¹, teve início um debate sobre a criação de novos mecanismos de regulamentação comercial, a proliferação dos blocos regionais e a consolidação de um novo modelo econômico, o pós-fordismo, também chamado de modelo de acumulação flexível², baseado na flexibilização, na desregulamentação econômica, em novas formas de organização do trabalho e em um novo padrão de acumulação, causando o aumento do distanciamento entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Igualmente após a queda do Muro de Berlim, a teoria neoliberal expandiu-se por todo o planeta, baseada no Estado mínimo, a partir da privatização das empresas estatais e da flexibilização dos direitos trabalhistas, e na abertura das economias, resultando na internacionalização das relações econômicas.

Conseqüentemente, o mercado mundial também se expandiu, com a redução e a eliminação de barreiras comerciais. Em

¹ Costuma-se apontar o ano de 1991, logo após a queda do Muro de Berlim, como o colapso final do império russo e o encerramento de um conflito ideológico, político, social e econômico que perdurou por quase cinqüenta anos (Cf. TELLO, 1996, p. 114-144).

² Tem essa denominação em virtude de substituir a padronização do fordismo, no qual havia um modo padronizado de produção de bens em larga escala (que exigia a especialização), pela flexibilização da produção, por meio do uso da tecnologia e da não-especialização dos trabalhadores, resultando na produção variada e em menor escala.

decorrência dos citados fatos históricos e das alterações por eles desencadeadas, os Estados tiveram que se adaptar à nova ordem das relações internacionais, sendo que os meios utilizados para participar ativamente nesse cenário consistem na integração regional e no sistema multilateral de comércio.

A integração regional, na forma em que atualmente se apresenta, surgiu quase que simultaneamente com o sistema multilateral de comércio, como uma “alternativa não excludente” deste, a fim de diminuir a dependência dos países menos desenvolvidos e em virtude da facilidade na negociação entre uma quantidade menor e mais próxima de Estados.

Além da ampliação da quantidade de acordos regionais, houve um aprofundamento no nível de integração dos blocos econômicos até então existentes, seja pelo avanço nas etapas de integração econômica regional, seja pela ampliação do número de signatários, principalmente com a formação da União Européia. Como fundamento da importância de tais acordos, no dia 1º de janeiro de 1995, marco inicial da OMC, praticamente todos os Estados que a constituíram integravam um bloco regional, com as exceções de Hong Kong e Japão. Na década de 1990, iniciou-se a transposição do sistema multilateral de comércio como padrão para a divisão da economia mundial em blocos regionais. Em julho de 2005, apenas a Mongólia não fazia parte de um bloco regional. Esses acordos multiplicaram-se nos últimos dez anos, passando de cento e vinte e quatro, em 1994, para mais de trezentos na atualidade.

Percebe-se a proliferação dos blocos regionais, principalmente a partir da constituição da OMC em 1995, que se viu compelida a criar um Comitê sobre Acordos Regionais de Comércio em fevereiro de 1996, o qual ainda hoje não conseguiu analisar todos os acordos notificados à instituição. Em julho de 2005, trezentos e trinta acordos regionais haviam sido

notificados; estima-se que, em 2010, já se tenha atingido a quantia de quatrocentos. Destaca-se, ainda, que a OMC não distingue os blocos regionais dos meros acordos de preferências regionais, ou de acordos comerciais bilaterais, motivo pelo qual todos estão incluídos nessa quantia e na perspectiva citadas.

Tamanha é a importância e a projeção dos blocos regionais na atualidade que se afirma que, em breve, constituirão o centro do mundo, pois em torno de dois ou três grandes territórios integrados irão girar as principais questões econômicas, políticas, sócio-culturais e ideológicas³.

Por sua vez, atualmente se destaca a existência de quatro subsistemas internacionais que formam o sistema mundial de comércio, em conjunto com as leis de cada país: a) multilateral, abrangendo as regras multilaterais de comércio criadas a partir do GATT 1947; b) de derrogações das regras do GATT, consubstanciado nos arranjos especiais das áreas têxtil e agrícola, entre outros, bem como nos acordos de restrições voluntárias às exportações de aço, automóveis, produtos eletrônicos, semicondutores e outros bens; c) acordos preferenciais regionais; d) e áreas de interação entre comércio internacional e outras políticas domésticas, como de competição, antitruste, investimentos, ambiental, trabalhista e propriedade intelectual, entre outros (Cf. THORSTENSEN; NAKANO; LIMA, 1994, p. 32-33).

Também chamado de multilateralismo, o sistema multilateral de comércio sofre influência do processo de globalização, que causou a expansão dos fluxos financeiros internacionais e a transnacionalização da economia interna dos países. Suas origens são recentes, destacando-se três eventos

³ Luís Fernando Nigro Corrêa (2001, p. 86) e Cesare Galvan (1994, p. 123) apontam três grandes blocos em potencial que poderão vir a comandar tais relações: um europeu, um norte-americano e um japonês-asiático. Diante do que se vê na atualidade, dificilmente um bloco sul-americano, ou latino-americano, ocupará posição de destaque no cenário internacional.

importantes para a sua consolidação no comércio internacional, com as criações dos seguintes instrumentos: a) o GATT 1947; b) a Organização Internacional do Comércio (OIC); c) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Baseia-se o sistema multilateral em três pilares principais: a) um código de conduta comercial apoiado no princípio do tratamento nacional e na cláusula da nação mais favorecida, b) a liberação comercial progressiva, c) e um foro para resolver os litígios comerciais e a redução das barreiras comerciais.

O GATT 1947 constitui um marco na multilateralização do comércio, pois foi um tratado internacional firmado por vinte e três países que, na época, representavam 70% do volume comercial internacional, com a finalidade de estabelecer negociações multilaterais para diminuir as barreiras comerciais. As negociações para sua criação, promovidas pela ONU, perduraram de 1945 a 1947, concluindo-se no dia 18 de novembro de 1947, com a assinatura do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948.

Apesar de ter, inicialmente, um caráter provisório, sobressaiu-se por ser um tratado internacional que durante quase cinquenta anos regulamentou o comércio mundial, período no qual não existiu um organismo internacional incumbido dessa tarefa. Mesmo não sendo formalmente um organismo internacional, na prática, possuía sede em Genebra, e por meio de sua aplicação se alcançou a coordenação e a supervisão das regras do comércio internacional.

Além da provisoriedade inicial, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio também foi caracterizado pela flexibilidade e limitação de seus dispositivos. Flexível justamente por não se tratar de uma instituição, o que lhe permitiu se adaptar às modificações com maior agilidade, e limitado porque de aplicação restrita aos países signatários, o que deixava sua efetiva aplicação na dependência da vontade política destes.

A Rodada Uruguai, última rodada de negociações comerciais multilaterais realizada entre as partes contratantes do GATT 1947, cuja ata final foi assinada em 15 de abril de 1994, teve como principal resultado a criação da OMC. Dessa forma, criou-se uma instituição que substituiu o acordo multilateral até então em vigor, com o objetivo fundamental de garantir a estabilidade e a perenidade do sistema multilateral de comércio, completando, assim, o tripé econômico projetado em *Bretton Woods*.

A OMC distingue-se do GATT 1947 por não permitir que seus signatários escolham os tratados aos quais irão aderir. Para ingressar nos quadros da organização, o país deve se comprometer a ratificar todos os acordos multilaterais firmados em seu âmbito de negociação⁴.

No momento de sua criação, a Organização Mundial do Comércio já regulava 95% dos produtos e serviços comercializados em todo o mundo (Cf. KUNZLER; QUADROS, 1995, p. 78)⁵. As principais negociações realizadas podem ser sintetizadas nos acordos sobre bens (GATT 1994), serviços (GATS), propriedade intelectual (TRIPS), solução de controvérsias e mecanismo de revisão das políticas comerciais.

Entre os avanços iniciais obtidos, destacam-se a redução geral de 40% nas tarifas; o compromisso dos países industrializados em diminuir as tarifas sobre produtos de dez indústrias de relevo, como o aço e os produtos farmacêuticos; a conversão em tarifas das barreiras não-tarifárias sobre alguns setores, destacando-se a agricultura e os produtos têxteis; a estipulação de limitações às exportações subsidiadas; o estabelecimento de leis uniformes nacionais de proteção aos direitos relativos

⁴ O sistema anterior, por permitir aos Estados escolherem quais tratados ratificar, era chamado de "GATT à la carte".

⁵ Entre os motivos para o surgimento da OMC, estavam justamente a necessidade do estabelecimento de regras para a propriedade intelectual e a circulação de serviços (Cf. JACKSON, 2000, p. 44).

à propriedade intelectual e a criação de uma instituição (OMC) com o principal objetivo de monitorar a redução de tarifas negociadas e solucionar litígios entre os países (Cf. CAVES; FRANKEL; JONES, 2001, p. 234-235)⁶.

Diversas Rodadas de Negociação já foram realizadas pela OMC, ressaltando-se recentemente as de: a) Doha, em 2001, na qual se firmou a Agenda de Desenvolvimento de Doha (*Doha Development Agenda*), abrangendo os problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento para cumprir os tratados da OMC e dando ênfase à abertura dos mercados agrícolas e de serviços; b) Cancun, em 2003, na qual se buscou verificar os resultados até então obtidos pela Agenda de Doha e implementar seus objetivos; c) e Hong Kong, em 2005, reafirmando-se as declarações e decisões de Doha e renovada a intenção de cumprir os objetivos traçados em tal Rodada.

O aumento da competição, em consequência da ampliação do mercado e do número de empresas, não consiste em efeito necessário da integração econômica. Apesar de a ampliação do mercado diminuir a probabilidade dos abusos de poder econômico ou dos acordos e concentrações entre agentes econômicos, pois o surgimento de um maior território integrado faz diminuir a influência das empresas, a integração econômica nem sempre impede a formação de oligopólios ou outras formas atentatórias à concorrência.

Esses efeitos, todavia, geram nos países integrados a expectativa (nem sempre correspondida) de que a integração neces-

sariamente irá causar um aumento da produção, do volume comercial e do bem-estar. Todavia, a curto prazo, nem sempre serão obtidos tais resultados, pois a integração (tanto a multilateral quanto a regional) traz perdas e ganhos a seus participantes.

Costuma-se atribuir ao multilateralismo a função de ser um substituto dos Estados na formulação da política comercial, criando uma regulamentação mundial do comércio. Porém, somente promove e facilita as negociações multilaterais, nas quais serão criadas regras e firmados tratados, não possuindo poderes ou meios consolidados para formular e executar suas próprias regras. Desse modo, utiliza-se de meios eminentemente negativos de integração (especialmente a redução e a eliminação de barreiras ao livre comércio), tendo poucas possibilidades de atuação positiva⁷. Para alcançar esse intento, um dos instrumentos básicos são as concessões tarifárias previstas no Artigo II do GATT 1994, que limita de forma quantitativa as tarifas que podem ser impostas por um Estado a outro integrante da Organização Mundial do Comércio.

A integração econômica negativa não considera as diferenças existentes entre os Estados-Partes, motivo pelo qual a eliminação de barreiras comerciais pode causar o aumento das assimetrias e do desequilíbrio comercial entre os países envolvidos. Dessa forma, surge o risco da intervenção estatal na economia, sob o fundamento de corrigir os desvios de comércio que possam surgir com a integração, o que pode pôr em risco o êxito nos objetivos pretendidos⁸.

⁶ Paul Krugman e Maurice Obstfeld (1999, p. 244) enfatizam que, na prática, a redução nas tarifas não causou tanto impacto quanto a liberalização do comércio agrícola e têxtil, visto que as tarifas estavam baixas por ocasião da Rodada Uruguai, caindo, em média, de 6,3% para 3,9%. Por outro lado, em decorrência das distorções existentes no comércio mundial de produtos agrícolas e no de têxteis e vestuário, principalmente por meio de restrições às importações e subsídios, a sua liberalização comercial pode resultar em um crescimento significativo do comércio mundial.

⁷ Jan Tinbergen (1968, p. 127) elaborou classificação seguida por diversos autores, ao dividir a integração econômica em positiva e negativa: a primeira diz respeito à criação de instituições, e seus instrumentos, que assegurem iguais condições para o bom funcionamento das partes integradas da economia e a segunda abrange a eliminação de obstáculos na área integrada.

⁸ Considerando que a integração é vista como uma forma de diminuir a intervenção estatal na economia, por meio da criação de instituições supranacionais que assegurem o seu regular funcionamento.

Contudo, como será visto, o sistema multilateral não está restrito às medidas negativas, possuindo certa margem de atuação, inclusive em questões políticas, sociais e ambientais. Para tanto são criadas instituições e instrumentos (ou alterados os já existentes) para a facilitação do aprofundamento da integração, a unificação dos mercados e o seu efetivo funcionamento.

Atualmente a economia está cada vez mais internacionalizada, em decorrência da consolidação do sistema multilateral de comércio, mas também regionalizada pela quantidade de blocos existentes e das relações comerciais travadas por seus integrantes. Enquanto o sistema multilateral é instituído e se consolida, principalmente após a criação da Organização Mundial do Comércio, blocos econômicos regionais são criados com os objetivos de fortalecer o mercado interno e criar condições para competir no comércio mundial (Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 139)⁹.

A obtenção de vantagens com a liberalização do comércio é controversa até mesmo entre os países industrializados e mais desenvolvidos, geralmente apontados como seus maiores beneficiários. O esforço político e o conseqüente desgaste no cenário internacional, além dos prejuízos decorrentes da redução ou supressão de barreiras tarifárias e não-tarifárias, como a perda do monopólio sobre determinada região, são apontados como obstáculos à liberalização comercial por esses Estados (Cf. CAVES; FRANKEL; JONES, 2001, p. 235).

Apesar dos argumentos contrários, vive-se em um mundo integrado; independentemente de o regionalismo e de o sistema

multilateral de comércio serem favoráveis ou danosos (se é que se pode falar que tais fenômenos são intrinsecamente bons ou maus), são raros os casos de isolacionismo¹⁰, e a discussão sobre os benefícios e prejuízos advindos com essas formas de integração não trará solução para as questões dela decorrentes, devendo-se buscar meios para garantir a livre concorrência e atingir os melhores resultados.

Costuma-se apontar diversos problemas advindos com a integração econômica e a abertura do mercado interno, tais como: a influência sobre a distribuição de recursos dentro do território integrado e sobre os terceiros países, em decorrência da eliminação das barreiras comerciais, em um sentido estático; as relações entre o crescimento econômico e o tamanho do mercado, bem como a influência da integração econômica sobre diversos fatores sob um ponto de vista dinâmico, como a estrutura do mercado, os investimentos e os avanços tecnológicos, entre outros; e as questões políticas da integração econômica, como a harmonização de políticas, unificação da moeda e outras.

No entanto, conforme destacado, não se objetiva discutir se a abertura comercial é social e economicamente benéfica ou não, até porque seria uma análise reducionista e muito simplificada de um tema altamente complexo, considerando que existem vantagens e desvantagens advindas com a participação e a competição no comércio multilateral; e, em países continentais como o Brasil, tais efeitos podem ocorrer simultaneamente em diversas partes de seu território. Logo, parte-se do pressuposto de que, no modelo vigente, a abertura dos mercados é um fato, devendo os países estar preparados para prevenir possíveis prejuízos decorrentes do regionalismo e do multilateralismo, e procurar atingir as maiores vantagens que lhe forem possíveis, sejam sociais, políticas ou econômicas, entre outras.

¹⁰ Que normalmente ocorrem em decorrência de sanções políticas ou econômicas aplicadas aos Estados, como nos casos de Cuba e do Iraque.

Ainda, não se pode deixar de levar em consideração que, da mesma forma que a globalização, a integração regional e o multilateralismo trouxeram maior aproximação e velocidade nas relações mundiais; também ocorreu, nas palavras de Laércio Francisco Betiol (1968, p. 06), a “internacionalização dos problemas”. E justamente no intuito de solucionar questões que não se limitam aos seus respectivos territórios internos, os países buscam em organismos internacionais a resolução das dificuldades comuns.

Para alcançar tais objetivos, os acordos da OMC reconhecem a conexão existente entre comércio e desenvolvimento, destacando-se que mais de dois terços de seus membros são países em desenvolvimento. Não há uma definição normativa que diferencie os Estados desenvolvidos daqueles em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos, sendo o próprio país a declarar o seu *status*. Todavia, os países nessas duas últimas condições possuem tratamento e alguns direitos diferenciados.

Destaca-se que, até o final de 2002, 60% dos acordos regionais notificados à OMC foram firmados por países europeus, enquanto somente 15% foram constituídos por países em desenvolvimento. Logo, apesar de o volume do comércio mundial ter aumentado como consequência do sistema multilateral e dos processos de integração regional, o capital permanece concentrado nos países desenvolvidos. Dessa forma, justifica-se o tratamento diferenciado concedido pelo organismo multilateral.

Nesse sentido, alguns doutrinadores diferenciam os objetivos de integração econômica entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Para os primeiros, a integração serve para atenuar as flutuações cíclicas¹¹, ampliar a taxa de crescimento,

¹¹ As flutuações cíclicas decorrem da definição de ciclo econômico e das variações pelas quais passa ao longo de sua duração. Consiste o ciclo em um período no qual a economia segue um determinado padrão, com movimentos regulares de produtos agregados. Em virtude desses movimentos, afirma-se que os ciclos constituem flutuações na economia, ora para sua

reduzir as desigualdades sócio-econômicas e reintegrar as economias, isoladas durante as duas guerras mundiais. Já para os países em desenvolvimento, a integração econômica tem por finalidade a ampliação do mercado para as indústrias nascentes, o incremento no poder de negociação, a redução da vulnerabilidade externa e o aumento do bem-estar da população, a fim de assegurar o desenvolvimento econômico; a proteção da economia contra eventuais efeitos adversos causados pelos blocos regionais formados por países desenvolvidos; além de buscar alcançar os resultados obtidos pela integração européia¹².

Esse reconhecimento não constitui inovação, tendo em vista que as relações existentes entre direito e desenvolvimento são sustentadas por diversas correntes jurídicas e econômicas, apesar da existência de entendimentos contrários¹³, não se podendo ignorar que o direito constitui um fator de importância para o crescimento econômico.

Desde a década de 1960, os países menos desenvolvidos passaram a reivindicar a ampliação das exceções à cláusula da nação mais favorecida e ao princípio do tratamento nacional, para que se observassem suas situações peculiares. Dessa forma, após a realização de duas Conferências da UNCTAD, em 1964 e 1968, aprovou-se, ao término da segunda, o Sistema Geral de Preferências, que beneficiava os Estados menos desenvolvidos. Em seguida, durante a Rodada Tóquio do GATT 1947, iniciada em 1973, instituiu-se a denominada cláusula de habilitação, autorizando os países

expansão, ora para seu retraimento. Dessa forma, as flutuações cíclicas indicam o crescimento e a queda das atividades econômicas, em sentido amplo ou de setores específicos (Cf. CARVALHO; HERMANNY, 2007).

¹² Tais objetivos são apontados por Bela Balassa (1961, p. 17-18) como causas da integração econômica, o que reforça a sua tese da integração como processo e o resultado por ele obtido.

¹³ Em geral, argumenta-se que o direito possui uma concepção estática, que não se coaduna com a dinâmica do desenvolvimento.

menos desenvolvidos a criarem áreas de preferências tarifárias. Deve ser salientado também que, até a década de 1950, quando iniciou o movimento de integração europeia, as exceções aos princípios do multilateralismo se resumiam a tratados bilaterais escassos, cujo âmbito de aplicação era limitado e específico.

Atualmente, a OMC conta com um Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento, responsável por questões relativas às negociações dos países em desenvolvimento, mas formado por todos os integrantes do organismo multilateral. Para alcançar seus objetivos, referido órgão desenvolve programas de assistência técnica, de auxílio à participação de Estados com pequena economia no comércio mundial, e analisa quais tratamentos diferenciados são necessários e admissíveis aos países em desenvolvimento. A partir da Declaração de Doha, também passou a ser incumbência do Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento debater nas negociações com o objetivo de atingir o desenvolvimento sustentável.

Desse modo, não se pode ignorar os efeitos que a internacionalização da circulação dos fatores produtivos causa sobre o progresso, e o reflexo causado por este sobre o uso dos recursos naturais, renováveis ou não.

3. O desenvolvimento sustentável e a atuação dos sujeitos de direito internacional

Conforme o entendimento de Bela Balassa (1961, p. 19-20), mais importante do que a análise das causas que levam à integração econômica é o estudo de seus efeitos, pois, independentemente de a motivação política ou econômica ser determinante para o surgimento de tal fenômeno, suas consequências serão semelhantes. Entre os diversos efeitos decorrentes da integração econômica de países, destacam-se a limitação de sua soberania, a especialização das economias internas, a ampliação dos

mercados, da capacidade de produção das empresas e da competitividade. Tais consequências podem ainda ter implicações não só econômicas, mas também sociais e ambientais, como a degradação dos recursos naturais não renováveis.

Entre os problemas “internacionalizados” em virtude dos fenômenos citados, merece destaque a questão ambiental, considerando que abrange o conjunto de condições e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege todas as formas de vida, independentemente de fronteiras e nacionalidade. Levando-se em conta também que o meio ambiente é um bem de uso comum, ao mesmo tempo a todos pertence e ninguém pode dele se apropriar exclusivamente; por esse motivo, não se tem o cuidado necessário na utilização dos recursos naturais, pois costuma haver uma transferência de responsabilidade na sua tutela.

Atualmente o meio ambiente enfrenta problemas que superam os limites territoriais entre os Estados, tais como as alterações climáticas (efeito estufa), a poluição dos recursos hídricos, a deterioração da camada de ozônio, a extinção de espécies da fauna e da flora, a devastação de florestas, entre outros. Conseqüentemente, busca-se examinar a capacidade que o ecossistema possui para suportar os impactos sobre ele causados, a fim de manter as condições da vida humana no planeta. Entre esses aspectos está a influência do progresso e da industrialização, motivo pelo qual o meio ambiente também está relacionado com o desenvolvimento social e econômico.

Apesar das críticas, é reconhecido que as integrações regional e multilateral não possibilitam apenas a circulação dos fatores de produção, mas também da informação, de padrões culturais, de tecnologias, enfim, de integração política e social entre os países e os povos. Além disso, tornam as principais dificuldades dos países em problemas comuns, que podem afetar o planeta como um todo. Por conseguinte, também se exige

a adoção de medidas compartilhadas, em cooperação, especialmente em matérias relativas à democracia, ao meio ambiente e aos direitos humanos.

Ressalta-se ainda que o progresso de um país e de sua população não se restringe ao crescimento econômico, mas envolve outros valores sociais, entre os quais está inserido o meio ambiente. Assim, a fim de amenizar e evitar o esgotamento dos recursos naturais, criou-se a noção de que o desenvolvimento econômico deve observar e respeitar os recursos ambientais, para que possam ser utilizados indefinidamente.

A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, é apontada como um marco de destaque na regulamentação da preservação do meio ambiente pelo direito internacional¹⁴. Prevê, em seus Princípios 1 e 2, a proteção e a melhoria do meio ambiente e dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras como uma obrigação do ser humano. Os Princípios 4, 5, 8 e 18 tratam expressamente do desenvolvimento econômico apoiado na conservação da natureza, especialmente quanto ao uso compartilhado por toda a humanidade e gerações dos recursos não renováveis. Merece destaque especial o Princípio 18, segundo o qual a ciência e a tecnologia devem ser utilizadas para evitar e reprimir os riscos ao meio ambiente, a fim de contribuir com o desenvolvimento econômico e social. Na época, cunhou-se a expressão “ecodesenvolvimento” para designar a observância do direito ambiental no desenvolvimento sócio-econômico (Cf. FERREIRA, 2005, p. 81).

Em 1976, a ONU realizou em Vancouver, no Canadá, uma Conferência sobre os

assentamentos humanos, repetindo-a em 1996 em Istambul, Turquia (Conferência “Habitat II”), nas quais se demonstrou preocupação e foram fixados diretrizes e objetivos para o desenvolvimento sustentável das cidades em todo o mundo. Em consequência, os países comprometeram-se a urbanizar e desenvolver as cidades com o uso eficiente de recursos, considerando a capacidade de absorção dos ecossistemas, e observando o princípio da prevenção no aproveitamento dos recursos naturais.

Apesar de já haver previsão anterior no direito internacional, a expressão “desenvolvimento sustentável” foi consagrada somente em 4/8/1987, com a publicação do Relatório “Nosso Futuro Comum” (*Our Common Future*), da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU¹⁵. Na época, já se apontava a incompatibilidade entre desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo vigentes, e sugeriam-se estratégias ambientais de longo prazo para atingir essa forma de desenvolvimento a partir do ano 2000.

No referido documento, também denominado Relatório *Brundtland*, o desenvolvimento sustentável foi definido em seu parágrafo 27 como uma forma de desenvolvimento que assegura as necessidades das gerações presentes, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades, por meio da utilização ponderada dos recursos naturais. É ressaltado que o desenvolvimento sustentável não impõe limites absolutos, mas sim limitações cria-

¹⁴ A ONU promoveu de 5 a 16 de junho de 1972, na cidade de Estocolmo, capital da Suécia, uma Conferência sobre o meio ambiente, da qual derivou uma Declaração contendo 23 princípios acerca da preservação e melhoria do meio ambiente. Nessa conferência também foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com sede no Quênia, responsável por direcionar a atuação internacional e nacional para a proteção do meio ambiente no contexto do desenvolvimento sustentável.

¹⁵ Elaborado pela referida Comissão da ONU, presidida pela então Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, constitui uma crítica ao modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados (e produzido pelos Estados em desenvolvimento), enfatizando os riscos da utilização indiscriminada dos recursos naturais sem considerar a capacidade dos ecossistemas. Aponta-se que, no início da década de 1980, a expressão “desenvolvimento sustentável” foi utilizada pela primeira vez, pela Aliança Mundial pela Natureza.

das em decorrência do avanço tecnológico e da organização social sobre os recursos ambientais e a capacidade da biosfera em absorver os efeitos das atividades humanas. Da mesma forma, não constitui uma situação estática, mas um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam, a fim de atender às necessidades e aspirações presentes e futuras.

Em outras palavras, e conforme já ressaltado que as questões ambientais ultrapassam os limites geográficos, busca-se por meio do desenvolvimento sustentável (como espécie de desenvolvimento apoiada na preocupação ambiental) assegurar que as gerações vindouras tenham condições mínimas de sobrevivência e evolução (tais como o solo para cultivo, o ar não poluído e a água em condições de consumo).

Ainda, no Relatório “Nosso Futuro Comum”, também já constava a preocupação de que o incremento global e a questão ambiental constituem problemas comuns dos países e das organizações internacionais. Em relação aos Estados, internamente, sugeriu-se a adoção de medidas como a preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; a redução no consumo de energia e a ampliação do uso de fontes renováveis; o uso de tecnologias ecologicamente adaptadas na industrialização de países não-industrializados; e o controle da urbanização desordenada. Para os organismos internacionais, os objetivos propostos foram a formulação de uma estratégia de desenvolvimento sustentável, a proteção dos ecossistemas supra-nacionais e a implantação de um programa de desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas.

Logo, para harmonizar a defesa do meio ambiente e a expansão econômica é que se formulou o conceito de desenvolvimento sustentável, visando assegurar a sua continuidade temporal. Está diretamente

relacionado com o princípio da equidade intergeracional, por assegurar o uso do meio ambiente às próximas gerações nas mesmas necessidades em que é aproveitado atualmente, estando consagrado no art. 225 da Constituição brasileira de 1988¹⁶.

Renata de Assis Calsing e Maria Edelvacy Pinto Marinho (2006, p. 35) asseveraram que o conceito de desenvolvimento sustentável baseia-se em um tripé formado pelos aspectos econômico-financeiro, ecológico-ambiental e humano-social. Em vista disso, “reconhece-se que a sociedade depende da economia, que a economia depende do ecossistema global e que sem um ambiente ecologicamente saudável as pessoas não podem ter um de seus direitos fundamentais, que é a qualidade de vida”. Sob esse ponto de vista, pode-se afirmar que o desenvolvimento sustentável não se resume aos aspectos econômico e ecológico, possuindo reflexos diretos e indiretos nas esferas social, política, cultural e geográfica, entre outras. No entendimento de Augusto de Franco (2000, p. 27-30), a sustentabilidade abrange não somente a conservação dos recursos naturais, mas também um modelo de organização com capacidade autocriativa para se manter ao longo do tempo, com características como a interdependência, a flexibilidade, a parceria, a diversidade e a reciclagem.

Prosseguindo, de 3 a 14 de junho 1992, no Rio de Janeiro, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na qual foi publicada a Carta da Terra, que abrange as Convenções da Biodiversidade, da Desertificação e das Mudanças Climáticas, a Agenda 21, bem como uma Declaração de Princípios.

¹⁶ Cláudia Turner Pereira (2006, p. 79) destaca a existência de sete elementos constantes da definição de desenvolvimento sustentável: (a) o direito ao meio ambiente natural; (b) o direito ao meio ambiente artificial; (c) o direito ao desenvolvimento sócio-econômico; (d) o postulado da ponderação; (e) o princípio da dignidade da pessoa humana; (f) o princípio da equidade intergeracional; (g) e o princípio da participação direta.

A partir dessa conferência, o conceito de desenvolvimento sustentável se consolidou, passando a ser considerado como indispensável para o desenvolvimento material, social e econômico, amparado por uma consciência ecológica. O Princípio 3 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento prevê que o progresso deve ser promovido de forma a garantir as necessidades das presentes e futuras gerações.

A Agenda 21, por sua vez, é considerada um dos principais resultados da Conferência Rio 92 e tem como principal objetivo a realização de ações concretas por parte da sociedade civil e dos Estados para se alcançar o desenvolvimento sustentável. Leva em consideração os problemas dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos e enfatiza a cooperação entre esses e os Estados desenvolvidos para chegar aos fins pretendidos.

Em 2002, a ONU promoveu em Johannesburg, na África do Sul, a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (também denominada "Rio+10", por ter sido realizada dez anos após a conferência do Rio de Janeiro). Tal conferência tratou não só do desenvolvimento sustentável, mas também de temas como os referidos princípios do direito internacional ambiental constantes da Declaração de Estocolmo e a ampliação da inserção das questões referentes ao meio ambiente na agenda internacional.

Ainda, em 2000 a ONU promoveu uma Conferência do Milênio, na qual foi firmada a Declaração do Milênio, contendo oito principais metas de desenvolvimento: o fomento da sustentabilidade ambiental, a ampliação de parcerias para o desenvolvimento, a erradicação da fome e da pobreza, a diminuição da mortalidade infantil, a melhoria da saúde materna, a universalização do acesso à educação, a igualdade entre os gêneros e o combate a doenças como a AIDS.

Por sua vez, a OMC já mostra igual preocupação no Preâmbulo de seu Acor-

do Constitutivo, em que lista, entre seus objetivos, a proteção do meio ambiente e a utilização dos recursos em níveis sustentáveis.

Da mesma forma, a partir de sua IV Conferência Ministerial, passou a incluir novos temas nas negociações multilaterais, entre os quais está a defesa do meio ambiente. Considerando-se que desde a criação da OMC não mais se admite o "GATT *à la carte*" (escolha dos acordos a aderir), todos os integrantes devem observar a regulamentação do sistema multilateral de comércio, inclusive as regras relativas ao uso dos recursos naturais.

Apesar de normalmente ser visto como oposto e excludente do comércio e da exploração econômica¹⁷, as organizações econômicas internacionais vêm mostrando preocupação com o meio ambiente. A OMC conta desde sua criação com um Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente, encarregado, basicamente, de analisar os impactos das políticas ambientais sobre o comércio e o impacto do comércio sobre o meio ambiente.

Os parágrafos 31 a 33 da Declaração de Doha tratam das relações entre comércio e meio ambiente, reconhecendo a existência de afinidade entre as regras da OMC e os acordos multilaterais sobre o meio ambiente e traçando como objetivo a redução ou a supressão de barreiras tarifárias e não-tarifárias sobre a negociação de bens e serviços relacionados ao meio ambiente. Também recomenda ao Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento que dispense atenção particular aos efeitos das medidas ambientais sobre o acesso aos mercados, especialmente dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos, e de que maneira a eliminação e a diminuição de barreiras comerciais pode beneficiar os

¹⁷ Tendo em vista que a degradação do meio ambiente, especialmente nos dois últimos séculos, está diretamente vinculada à revolução industrial e à expansão comercial, ao lado da ocupação desordenada dos espaços.

negócios, o meio ambiente e o desenvolvimento.

Recentemente, em observância à referida Declaração, o Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento publicou um *paper* intitulado "Aspectos sobre o desenvolvimento na Rodada de Doha", no qual é reservado um capítulo para a análise das relações entre comércio e meio ambiente, tratando especificamente dos interesses e possíveis ganhos dos países em desenvolvimento.

Quanto aos acordos regionais, uma das formas de proteção é a cláusula ambiental, consistente em um dispositivo de tratado no qual as partes se comprometem a defender o meio ambiente e a observar o processo de desenvolvimento sustentável. No Mercosul, firmou-se em 22 de junho de 2001, na cidade de Assunção, um Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente, que reafirma os compromissos assumidos na Conferência Rio-92 da ONU e promove o desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam, de maneira arbitrária ou injustificável, a livre circulação de bens e serviços no bloco. Anteriormente, em 1995, Mercosul e União Européia assinaram em Madri um Acordo de Cooperação, que igualmente contém uma cláusula ambiental (Artigo 17), prevendo a proteção do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais, com vistas a atingir o desenvolvimento sustentável.

Logo, o progresso econômico deve observar os novos princípios e valores dos blocos regionais e do sistema multilateral de comércio, respeitando principalmente as demandas ambientais e sociais. Lembra-se que o sistema multilateral está baseado na concorrência, na competição entre os países e, principalmente, entre as empresas multinacionais no mercado mundial, não havendo controle estatal. Deve-se levar em consideração ainda que ao lado do desenvolvimento sustentável está o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais,

segundo o qual os bens ambientais (solo, água e ar, entre outros) devem satisfazer as necessidades comuns dos seres humanos; contudo, essa necessidade pode ser atendida tanto pelo uso quanto pela não utilização de tais recursos (Cf. MACHADO, 2000, p. 41). Em conseqüência, as regulamentações regional e multilateral são indispensáveis para que se atinja um modelo econômico capaz de gerar riqueza e bem-estar, mas que também promova a harmonia social e evite a degradação da natureza.

Conforme já ressaltado, a internacionalização dos problemas comuns enfrentados pelos Estados resultou na transferência de questões tipicamente internas de cada país para serem discutidas nos blocos regionais (como o Mercosul), na OMC e na ONU, entre outros organismos internacionais. Assim, em função da integração, passou-se a dar atenção à solução comum de questões que afetam a totalidade do globo terrestre, tais como o desordenado crescimento da população, a degradação do meio ambiente, a proteção dos direitos humanos, o armamento militar, a exploração nuclear, entre outros. Não se trata de utilizar o comércio para solucionar problemas ambientais, mas sim de aproveitar a integração econômica para buscar respostas a interesses semelhantes ou comuns.

Conseqüentemente, os países signatários de tratados internacionais devem observar as disposições acerca do meio ambiente em suas relações internas e externas, considerando que não impede o desenvolvimento econômico, mas deve ser com ele compatibilizado, para que se possa continuar sua evolução, sem o esgotamento dos recursos naturais não renováveis.

4. Considerações finais

Fundamentalmente, sustentou-se que, ao lado da integração econômica e do comércio multilateral, os países também realizam a integração de seus problemas, criando organizações internacionais com

o intuito de buscar as soluções para questões que, historicamente, não conseguiram resolver isoladamente. Dessa forma, não só o comércio internacional, mas também o meio ambiente, ao lado de diversos direitos fundamentais do ser humano, constituem objeto de tratados internacionais e objetivos da integração.

Apesar de não se ter alcançado ainda um ponto de equilíbrio ideal, e a despeito da exclusão e desequilíbrio que pode causar o livre jogo do comércio, o regionalismo e o sistema multilateral de comércio, como espécies da integração dos Estados em organizações internacionais, também levam à cooperação entre os seus sujeitos, tendo em vista que são motivados por interesses comuns destes.

Assim, mesmo com a existência de situações de exclusão (que já existiam antes da proliferação do fenômeno da integração, e em maior escala), a inclusão dos países no cenário internacional, e dos povos nos mercados de produção e consumo com dimensões globais, produz resultados mais satisfatórios do que aqueles encontrados em épocas passadas.

Portanto, apesar das críticas que normalmente são direcionadas indiscriminadamente à globalização, ao sistema multilateral de comércio e à integração regional, maior prejuízo há para aqueles que não participam desses inevitáveis fenômenos das atuais relações internacionais.

Um dos valores comuns objeto de atenção é justamente o uso racional dos recursos ambientais, os quais passam por problemas que superam os limites territoriais entre os Estados, como as alterações climáticas, a poluição dos recursos hídricos, a deterioração da camada de ozônio, a extinção de espécies da fauna e da flora, a devastação de florestas, entre outros.

Conseqüentemente, buscou-se atentar para as limitações da capacidade do meio ambiente para suportar os impactos sobre ele causados, a fim de manter as condições da vida humana no planeta. Por fim,

destaca-se que a preservação do meio ambiente não constitui um empecilho para o desenvolvimento econômico, mas este deve levá-la em consideração para que possam continuar a existir meios de continuidade do crescimento, sem o esgotamento dos recursos naturais não renováveis, devendo os países signatários de tratados internacionais observar as disposições acerca do meio ambiente em suas relações internas e externas.

Referências

- BALASSA, Bela. *Teoria da integração económica*. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.
- BETIOL, Laércio Francisco. *Integração econômica e união política internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- CALSING, Renata de Assis; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Relações entre economia e direito. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, n. 76, p. 33-45, jun. 2006.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim de; HERMANNY, Paulo Fernando. Ciclos e previsão cíclica: o debate teórico e um modelo de indicadores antecedentes para a economia brasileira. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 21, n. 39, p. 50-70, mar. 2003. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/ciclos_e_previsao_ciclica.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2007.
- CAVES, Richard E.; FRANKEL, Jeffrey A.; JONES, Ronald Winthrop. *Economia internacional: comércio e transações globais*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORRÊA, Luís Fernando Nigro. *O Mercosul e a OMC: regionalismo e multilateralismo*. São Paulo: LTr, 2001.
- FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- FRANCO, Augusto de. *Por que precisamos de desenvolvimento local e sustentável?*. Brasília: Millennium, 2000.
- GALVAN, Cesare Giuseppe. Os blocos: qual integração?. In: LAVINAS, Lena; CARLEIAL; Liana Maria da Frota; NABUCO, Maria Regina (Org.). *Integração, região e regionalismo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.
- JACKSON, John Howard. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge: MIT, 2000.

- KUNZLER, Jacob Paulo; QUADROS, João Carlos Maciel de. *MERCOSUL e o mercado internacional*. 2. ed. Porto Alegre: Ortiz, 1995.
- KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. São Paulo: Makron Books, 1999.
- LAREDO, Iris Mabel. *Los regionalismos en la estructura mundial del poder*. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- PEREIRA, Cláudia Turner. Em busca de um conteúdo objetivo para o desenvolvimento sustentável. *Direito Federal: Revista da AJUFE*, Brasília, n. 86, p. 75-86, out./dez. 2006.
- TELO, Antônio José. *Do tratado de tordesilhas à guerra fria: reflexões sobre o sistema mundial*. Blumenau: FURB, 1996.
- THORSTENSEN, Vera et al. *O Brasil frente a um mundo dividido em blocos*. São Paulo: Nobel, 1994.
- TINBERGEN, Jan. *Integracion economica internacional*. Barcelona: Sagitario, 1968.
- VINER, Jacob. *The customs union issue*. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

Hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras

Luiz Henrique Diniz Araujo

Sumário

Introdução. 1. Agências reguladoras: novidade na essência ou apenas no nome? 2. Autarquias comuns: cabimento de recurso hierárquico impróprio. 3. Agências reguladoras: cabimento de recurso hierárquico impróprio nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência. 4. Conclusão.

Introdução

Este trabalho foi elaborado com a finalidade de analisar se é cabível o recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas por agências reguladoras — uma vez que é cabível contra decisões de autarquias não especiais — e, em caso afirmativo, as hipóteses de cabimento.

Para isso, analisa, primeiramente, algumas peculiaridades que configuram as agências reguladoras como autarquias especiais, em especial em relação à natureza de suas funções — edição de normas técnicas gerais sobre os assuntos de sua competência —, bem como com referência à independência política que, ao menos juridicamente, ostentam.

A partir do estudo desses aspectos, analisar-se-á o posicionamento dos que entendem pelo incabimento do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras; dos que, inversamente, entendem pelo cabimento irrestrito do recurso; e, ao

Luiz Henrique Diniz Araujo é graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduando em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco. Procurador Federal desde agosto/2002.

fim, demonstrar-se-á nosso posicionamento, que faz uma ponderação entre os dois argumentos anteriores e procura se filiar a uma terceira solução para o problema.

1. Agências reguladoras: novidade na essência ou apenas no nome?

Consoante o art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, considera-se autarquia “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

De acordo com esse conceito, pode-se dizer que as agências reguladoras são verdadeiras autarquias, mas de regime especial, criadas para normatizar e controlar algumas atividades, notadamente serviços públicos (ANEEL, ANTT, ANTAQ etc.), atividades de fomento e fiscalização de atividade privada (ANCINE), atividades de regulação das atividades econômicas relacionadas à produção de petróleo (ANP), atividades de saúde e vigilância sanitária (ANS e ANVISA), regulação de uso de bem público (ANA) e regulação de mercado de capitais (CVM).

Tais autarquias de regime especial apareceram no Direito brasileiro, ao menos com o nome de agências reguladoras, por ocasião da Reforma Administrativa, trazida a lume pela Emenda Constitucional nº 19.

Todavia, alguns doutrinadores prelecionam que “autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que foram batizadas é que é novo no Brasil” (MELLO, 2005, p. 159). Em respaldo à tese, esse autor afirma, ainda, que “a autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL (...)” (MELLO, 2005, p. 157).

O mesmo posicionamento tem Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 457): “No

direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”. Mas acrescenta que a novidade são as agências que vêm desempenhando o papel que, nas concessões públicas, outrora cabia ao poder concedente (PIETRO, 2006, p. 458).

Verifica-se, no entanto, que, sendo novidade ou não no Brasil o exercício de atividades regulatórias por entes administrativos descentralizados, as chamadas agências reguladoras apresentam características capazes de as individualizar, sendo a principal, e que nos interessa diretamente, a *independência*.

As autarquias não especiais (aquelas não qualificadas como agências reguladoras) mantêm relação de tutela ou supervisão com os Ministérios aos quais são vinculadas.

Esse controle visa harmonizar a atuação da autarquia com as diretrizes políticas fixadas pelo Poder Executivo, bem como garantir a eficiência administrativa das autarquias.

O controle que a Administração Direta realiza sobre esses entes é de legitimidade ou de mérito, conforme se limite a adequar a atuação da autarquia à lei, ou, no segundo caso, quando for possível avaliar a conveniência e a oportunidade do agir autárquico.

No caso das agências reguladoras, são entes autárquicos ditos especiais, destacando-se a *maior independência perante o poder ao qual são vinculadas*, garantida inclusive pela estabilidade dos dirigentes, que não são demissíveis *ad nutum* por autoridades da Administração Direta, e pela autonomia decisória quanto às atividades tipicamente regulatórias.

Consoante Aragão (2000, p. 281, grifo nosso):

“Seus inúmeros poderes (das agências reguladoras), além de abrangerem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, *exercidos*

com grande grau de liberdade frente a quaisquer desses Poderes.

Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente.”

Essa autonomia diante da Administração central é precisamente o diferencial de tais entes, a fim de exercitarem plenamente seu papel regulatório.

Essa característica das Agências também é comentada por Atayde (1988, p. 2141):

“O que distingue uma autarquia de uma autarquia especial é que nesta estão presentes algumas características hábeis a lhe conferir maior grau de independência em relação à Administração Direta.”

Vê-se, portanto, que, apesar de serem as agências reguladoras entes autárquicos, a presença da independência quanto à tomada de decisões regulatórias, o que é reforçado pela estabilidade temporária de seus dirigentes, se configuram verdadeiras características próprias.

2. Autarquias comuns: cabimento de recurso hierárquico impróprio

Uma vez que são pessoas jurídicas autônomas, as autarquias não qualificadas como agências reguladoras não podem ter seus atos objeto de recurso, em sentido próprio, para autoridade do Ministério respectivo. O que há, em face de sua vinculação a um Ministério, é a possibilidade de recurso hierárquico impróprio (MELLO, 2005, p. 150) para esse mesmo Ministério:

“Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia haver o recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma

outra lei). Sem embargo, é certo que, nos termos do art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição, a todos é assegurado, independentemente do pagamento de taxas, ‘o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder’. Assim, configurando-se o caso, a autoridade supervisora poderá encontrar-se obrigada a exercer os cabíveis poderes de supervisão sempre que o ato atacado incorra em alguma das hipóteses que o suscitam”.

Essa possibilidade de revisão dos atos da autarquia por uma autoridade externa está prevista no DL 200/67, art. 170, que dispõe textualmente que “o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal”.

Ademais, mesmo que não houvesse essa disposição, um tal entendimento já estaria autorizado pela supervisão ministerial prevista no art. 87, parágrafo único, I, da CF, que dispõe:

“Art. 87. (...)

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”

Dessa forma, não se pode negar a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, para a Administração Direta, das decisões proferidas por autarquias comuns.

3. Agências reguladoras: cabimento de recurso hierárquico impróprio nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência

Cabe analisar neste tópico, e este é o cerne deste trabalho, a possibilidade de

recurso hierárquico impróprio de decisões das agências reguladoras, tendo em conta a sua autonomia em relação à administração central.

Há quem reconheça essa possibilidade, lastreando-se no argumento de que a Administração central é quem detém a legitimidade democrática de condução das atividades públicas. É o que diz Almeida (2007):

“Negar cabimento de recurso hierárquico impróprio na hipótese que se trata significa tolher inadvertidamente a defesa de direitos, o que representa sobrevivências de uma Administração Pública autoritarista, baseado no *puissance publique*, derruída pelo regime constitucional instaurado em 1988, que inaugurou uma Administração Pública prestadora de serviços públicos, a qual inadmitte a exclusão da manifestação de administrados e parceiros desse processo inaugurado.

A criação das Agências Reguladoras visa justamente corroborar com esse Estado prestador de serviços, pois estas travarão relações com os parceiros de implementação de políticas públicas cujos apelos devem ser, ao menos, escutados, e não liminarmente subjugados. Os Ministérios dos setores correlatos não podem, como desejam algumas Agências Reguladoras, ser limados desse processo, sob pena de esvaziamento da competência daqueles órgãos na gestão dos serviços públicos correspondentes.

Se couber às Agências Reguladoras a totalidade da gestão das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Executivo de competência decisória. Vale ressaltar que é o Executivo que detém a legitimidade democrática e constitucional para exercer a função administrativa. Assim, a completa independência das Agências Reguladoras em relação

ao Executivo esvaziaria o espaço decisório que cabe constitucionalmente à Administração Direta.”

Em trilha oposta parece ir Di Pietro (2006, p. 459, grifo nosso):

“Elas (as agências reguladoras) estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”.

Arnoldo Wald (1999, p. 22), por sua vez, também já defendeu a impossibilidade de tal recurso:

“Resta ponderar acerca da conveniência e oportunidade de previsão de recursos hierárquicos das decisões da diretoria da agência. A desvantagem de remeter para um órgão fora da agência reguladora a atribuição de rever a decisão desta poderia implicar a supressão de sua independência decisória. A melhor solução para viabilizar uma revisão decisória seria a de estabelecer, no seio da própria entidade reguladora, um mecanismo revisional para as decisões, mediante recurso a um plenário especial, dotado de poderes para tal”.

No entanto, em trabalho mais recente, o doutrinador se posicionou de maneira diversa, nos seguintes termos (WALD, 2004, p. 981):

“21. Entendemos que o recurso contra a Agência pressupõe, todavia, a

violação da lei ou o abuso de direito, não abrangendo situações nas quais lhe cabe competência discricionária, como nos casos de elaboração de edital ou de fixação e revisão de tarifas, respeitadas as normas constitucionais e legais.”

Essa é uma forma de lidar com a questão que entendo mais adequada do que a de simplesmente impedir qualquer possibilidade de recurso das decisões das agências reguladoras, de sorte a se permitir a formação de entes totalmente independentes da administração direta. Tampouco penso ser razoável o entendimento de permitir o recurso hierárquico impróprio em relação a quaisquer decisões desses entes especiais, pois assim se desconfiguraria completamente a autonomia das agências.

Interessante concepção foi formulada pela Advocacia-Geral da União, em parecer aprovado pelo Presidente da República, no qual se analisou a possibilidade de recurso de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) para o Ministério dos Transportes, ao qual é vinculada (ADVOCACIA..., 2006).

No caso em análise, a empresa Tecon Salvador S/A pretendia que o Ministério dos Transportes revisse decisão da ANTAQ que negara a cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados.

O parecer entendeu que, no caso, se tratava de função tipicamente regulatória, atinente à atividade-fim da agência – a de regulação do transporte aquaviário –, e, por essa razão, a possibilidade de recurso hierárquico impróprio configuraria afronta à essência e à autonomia da agência reguladora.

Eis a ementa da manifestação:

PROCESSO Nº 50000.029371/2004-83

PROCEDÊNCIA: Ministério dos Transportes – MT

INTERESSADO: Tecon Salvador S/A

ASSUNTO: Porto de Salvador. Operadores portuários. Cobrança de taxa

(THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados.

Diário Oficial da União 19/06/2006

Seção 1 p.1-11

Ementa:

“PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I – “O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal” (DL nº 200/67, art. 170).

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para

a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

V – A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI – Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII – As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.”

Verifica-se que ao tempo em que reconheceu, nos casos de atividade típica de regulação, a autonomia da agência, de

forma a impedir o recurso para o Ministério respectivo, entendeu de forma contrária quando a agência se distanciar da política de Governo, quando se referir a atividades-meio ou, ainda, quando a agência extrapolar os limites de sua competência.

É importante frisar, outrossim, embora sejam díspares, quanto ao ponto, os tratamentos dispensados pelas leis específicas de cada agência, que o entendimento acima se aplica a todos esses entes de regime especial.

A possibilidade de recurso nos casos mencionados decorreria da supervisão ministerial e do direito constitucional de petição aos órgãos públicos. Já a impossibilidade de recurso nas atividades típicas de regulação decorreria da autonomia de tais entes.

Assim detalha o já mencionado parecer da Advocacia-geral da União sobre o tema:

“41. Como explicitado anteriormente, um dos principais instrumentos de supervisão dos Ministros de Estado sobre as autarquias em geral é a possibilidade de exonerar seus dirigentes ou indicar essa medida ao Presidente da República, se este não lhes houver delegado essa competência, como forma de viabilizar a revisão de suas decisões pelos novos dirigentes a serem indicados/nomeados. Porém, essa medida não é aplicável às agências reguladoras, salvo nos estritos casos previstos em lei, o que, por si só, induz à conclusão de que, em alguma medida, a supervisão ministerial sobre as agências admite temperamentos. De que ordem?

42. Se, por um lado, como visto, a supervisão ministerial decorre diretamente da Constituição (art. 87, par. ún., I), o que implica na afirmação da impossibilidade de que venha a ser excepcionada pela legislação infraconstitucional, não se pode dizer o mesmo acerca de todos os meios

de seu exercício, pois alguns destes não possuem sede constitucional. Nesse sentido, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras representa a principal restrição de meios de que dispõem os Ministérios na sua relação de supervisão com essas entidades.

43. Tendo em conta a vedação de substituição política dos dirigentes das agências reguladoras, não é difícil avançar-se para a definição de impossibilidade de revisão ministerial de algumas de suas decisões, o que, por consequência, limitaria na mesma medida o âmbito de provimento de recursos hierárquicos impróprios que visassem impugnar essas decisões, pois, por via transversa, o cabimento indistinto do recurso hierárquico impróprio garantiria aos Ministérios o mesmo efeito revisor que não podem obter através da substituição política do comando dessas entidades, representando por isso uma possível burla à disciplina legal das agências reguladoras, que aponta para a existência de exceções aos meios que podem ser utilizados para o exercício da supervisão ministerial, como forma de lhes garantir a autonomia decisória a elas conferida pelos mandatos fixos de seus dirigentes.

44. E essa autonomia decisória das agências, atualmente, seria compartilhada em determinado grau por todas elas, pois nada justificaria que apenas ANATEL, ANVISA, ANS e ANAC não estivessem sujeitas à revisão ministerial de algumas de suas decisões, enquanto as demais agências reguladoras, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ, ANA e ANCINE, estariam adstritas a esse instrumento de supervisão de forma indistinta, como se poderia, à primeira vista, extrair da literalidade das díspares redações de suas respectivas leis de criação. Não

haveria nenhuma razoabilidade na separação das agências nesses dois grupos, porque não possuem elas entre si qualquer fator de discrimen que autorize essa divisão, a qual seria, então, meramente aleatória.”

Verifica-se, portanto, pelas expostas, que o mais acertado é entender-se pelo cabimento de recurso hierárquico impróprio de decisões de agências reguladoras nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência. Por outro lado, essa forma de irrisignação não seria cabível quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente.

4. Conclusão

No presente trabalho, analisou-se o cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões proferidas por agências reguladoras.

A partir da análise dos diversos posicionamentos sobre o tema, bem como do caráter de autarquias de regime especial ostentado pelas agências reguladoras, chegou-se ao entendimento pelo cabimento limitado do recurso hierárquico contra as decisões de tais entes.

Assim, a conclusão do trabalho é pelo incabimento quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU AC-51 n. 50000.029371/2004-83. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jun. 2006. Disponível em: <<http://200.181.70.163/webpareceres/>>. Acesso em: 24 de dez. 2007.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. Do recurso hierárquico ao Ministério dos Transportes em face de decisões das agências reguladoras vinculadas. *Jus*

Navigandi, Teresina, a. 10, n. 1103, 9 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8618>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.

ATHAYDE, José Gustavo. As agências reguladoras: independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988. *Fórum Administrativo: direito público*, Belo Horizonte, n. 26, p. 2136-2148, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

_____. O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, n. 9, p. 977-988, set. 2004.

Restrições à liberdade de desenvolvimento do Brasil no âmbito da OMC e da OCDE

O caso dos subsídios à Embraer

Ericson Meister Scorsim

Sumário

1.Introdução. 2. A OCDE. 2.1. A criação e os objetivos. 2.2. A admissão de novos membros. 2.3. Processos de decisão e atos normativos. 2.4. Participação brasileira. 3. Restrições à liberdade de desenvolvimento em face do sistema multilateral de comércio e o caso dos subsídios à Embraer. 3.1. A indústria aeronáutica civil de âmbito regional. 3.2. Proex. 3.3. Disputa Brasil x Canadá na OMC. 3.4. Decisão do Painel da OMC. 3.5. Restrições à liberdade de desenvolvimento. 4. Conclusões.

1. Introdução

O Brasil é um país de contrastes, possuindo dimensões de Primeiro e Terceiro Mundo (LAFER, 1992); no entanto, essa dicotomia representa uma visão excludente, uma qualificação que não considera o mundo como um só, nem que existe uma única humanidade, ou seja, que todos os povos coexistem no mundo apesar de suas diferenças. Tal visão representa uma ideologia, aquela dos países desenvolvidos que foi propagada em determinada época. Hoje, inclusive os países são diferenciados em países desenvolvidos, países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos.

A par dessa ideologia, há uma nova ideologia no âmbito da sociedade internacional que respeita as desigualdades econômicas, sociais e culturais entre os países. Uma linha de pensamento, cristali-

Ericson Meister Scorsim é advogado. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor em Direito pela USP.

zada, aliás, em instituições e procedimentos internacionais, que advoga o apoio aos países não-desenvolvidos em busca de seu desenvolvimento.

Mas, ao lado dessa ideologia de respeito às diferenças e à autodeterminação dos povos, bem como do papel ativo do estado no desenvolvimento econômico e social, permanece ainda a ideologia neoliberal que advoga o mercado como o supremo garantidor da paz e do bem-estar social. Essas duas ideologias estão presentes na mentalidade daqueles que participam do cenário internacional.

Como um dos direitos de quarta geração, surge o *direito ao desenvolvimento* reconhecido formalmente mediante Declaração da Assembléia-Geral da ONU. Tal direito surge no contexto da emergência de uma Nova Ordem Econômica Internacional, com a presença de diversos atores no cenário internacional, com diferentes pesos econômicos, resultante da pressão dos países menos desenvolvidos pela adoção de mecanismos de cooperação no âmbito de organizações internacionais (VALLEIO, 2000, p. 83; BAPTISTA, 1994, p. 541-542).

Entre os mecanismos para a concretização do direito ao desenvolvimento das nações, há a cooperação internacional entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. Originariamente, o eixo de cooperação internacional desenvolveu-se no âmbito norte-sul do globo terrestre. Atualmente, a cooperação internacional estende-se para o âmbito sul-sul, ou seja, a construção e a consolidação das relações econômicas internacionais se dá entre países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos (VALLEIO, 2000, p. 283).

A cooperação internacional está cristalizada no âmbito das organizações internacionais, sendo que a adesão dos países às organizações internacionais produz uma série de vínculos culturais, políticos, jurídicos e econômicos. Tais vínculos propiciam a aproximação entre os países na órbita da comunidade internacional, ora

em movimentos de aproximação, ora em movimentos de afastamento.

Nesse contexto, o Brasil é uma potência média de escala continental no cenário mundial, com influência no âmbito regional, em particular na América Latina (LAFER, 2001, p. 76). A sua posição internacional é importante se levar em consideração o nível de seu comércio exterior, porém frágil analisando-se o perfil dos investimentos e absorção de tecnologia. O desafio brasileiro de desenvolvimento econômico e social, mediante a inserção na economia mundial, segundo Celso Lafer, consiste em uma espécie de paradoxo: “o mundo é hoje mais importante estrategicamente para o Brasil do que o Brasil é relevante estrategicamente para o mundo”. Tal afirmação é por demais dura com a atual realidade. Ao que parece, tal desafio, em termos de estratégia política internacional, consiste em o Brasil definir seus rumos considerando o espaço internacional, não como uma totalidade fechada, mas como uma pluralidade de diferenças; pensar o mundo mediante a defesa dos interesses de seu povo, garantindo a participação efetiva na discussão de nosso projeto de país.

Em 1948, foi criada a Organização Europeia para a Cooperação Econômica (OECE) com o objetivo de implementar o Plano Marshall que havia sido criado pelos Estados Unidos da América do Norte, com a ajuda do Canadá, para a reconstrução da Europa no pós-guerra. Tal plano estabelecia os mecanismos de financiamento de importações essenciais buscando o aumento do crescimento econômico e o posterior aumento do nível de consumo das populações da Europa Ocidental, o que incluía o aumento rápido da produção em setores chaves da economia tais como: agricultura, transportes e siderurgia. Igualmente, previa a liberalização comercial a fim de ampliar o comércio intra-europeu com um regime de pagamentos multilaterais (PINTO, 2000, p. 13-18).

A principal contribuição da OECE foi a consolidação de mecanismos de cooperação internacional e de interdependência a fim de

propiciar o desenvolvimento econômico na Europa mediante a reconstrução do mercado europeu, servindo também como um fator de neutralização da influência soviética na região. De fato, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América do Norte tornaram-se um dos países hegemônicos no globo terrestre e a seu lado estava a ex-União Soviética. Assim, para minimizar a influência soviética, não havia espaço para qualquer atitude isolacionista por parte da política externa norte-americana.

Além disso, com a queda do regime comunista da ex-União Soviética, o regime capitalista tornou-se o modelo econômico hegemônico no globo terrestre, razão pela qual inaugurou-se uma nova economia mundial e um ciclo de pressão por parte dos países ricos de abertura dos mercados dos países em desenvolvimento.

O presente trabalho pretende apresentar a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE –, a sua criação e seus objetivos, a sua estrutura orgânica, o seu processo decisório e os respectivos atos normativos, a participação do Brasil e a perspectiva de entrada definitiva no âmbito da organização, e em particular será abordado o problema das restrições à liberdade de desenvolvimento, a partir da análise do caso dos subsídios brasileiros dados ao financiamento das exportações de aeronaves, fabricadas pela Embraer, julgado pela OMC em controvérsia movida pelo Canadá.

2. A OCDE

2.1. A criação e os objetivos

Em 1961, foi aprovada a Convenção de Constituição da OCDE¹, após o que, uma vez estruturada a economia europeia e,

¹ Originariamente, a Convenção da OECE foi subscrita pela Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Irlanda do Norte e Estados Unidos da América. Posteriormente, ingressaram Japão (1964), Finlândia (1969), Austrália (1971), Nova Zelândia (1973), México (1994), República Tcheca

portanto, cumprido o objetivo originário da OECE, os países europeus sentiram, no fim da década de 1950, que a preservação das conquistas da execução do Plano Marshall estava atrelada ao destino do processo de desenvolvimento global. Diante disso, elaboraram a estratégia de, para assegurar a estabilidade do crescimento econômico, atuar de forma coordenada com a construção da ordem econômica internacional e para assegurar a preservação do modelo liberal de economia de mercado. Nesse sentido, a OCDE foi estruturada de forma a ir além dos problemas internos dos países europeus, tornando-se um foro de consulta e coordenação entre os seus países-membros com finalidade de garantir o modelo econômico adotado pelos países desenvolvidos (PINTO, 2000, p. 18-23).

Entre seus objetivos, estão: a supressão das barreiras no comércio de bens e de serviços e em matéria de pagamentos, a liberalização dos movimentos de capitais em base multilateral e não-discriminatória, a coordenação da política macroeconômica, elaboração de estatísticas sobre as economias, formulação de estratégias e coordenação de posições, pesquisas e análises de mercado, entre outros (PINTO, 2000, p. 18-20).

O atendimento de seus objetivos se faz mediante a adoção de mecanismos de persuasão e não de coerção. O trabalho da OCDE, mediante a atuação de seus Comitês, é feito com a construção de consenso entre os países-membros e não por métodos de confrontação, típicos de foros negociadores².

Como explica Denis Fontes de Souza Pinto (2000, p. 20):

“A origem da OCDE foi decorrente do interesse de reforçar a cooperação entre os países desenvolvidos de eco-

(1995), Hungria (1996), Polônia (1996) e República da Coreia (1996).

² Nesse aspecto, a OMC em parte aproxima-se da OCDE no que tange a prática do consenso. No entanto, certas decisões da OMC exigem quorum qualificado (3/4 ou 2/3). A OMC diferencia-se da OCDE na medida em que dispõe de um órgão para a solução de controvérsias.

nomia de mercado, confrontados com os efeitos da interdependência e do desejo de impor uma direção liberal ao desenvolvimento da economia mundial. Ocorreu em momento no qual um maior número de atores na cena internacional, em decorrência do processo de descolonização, acentuava a heterogeneidade em nível mundial, o que tornava, ainda mais difícil, a cooperação interestatal”.

Em síntese, pela Convenção, foi criada uma nova pessoa jurídica para atuação no cenário internacional; e, agora, não só dedicada à cooperação internacional, mas também ao desenvolvimento. Ou seja, em um novo contexto histórico, para além dos mecanismos de cooperação, foram criados mecanismos para a concertação dos interesses dos países-membros da OCDE³.

E, para o cumprimento de seus objetivos, foi criada uma estrutura dotada de centenas de órgãos: comitês, grupos de trabalho e agências afiliadas. Entre os quais, destacam-se: o Conselho, o Comitê Executivo, o Conselho Consultivo do Centro de Desenvolvimento, a Secretaria-Geral, Comitês em diversas áreas, existindo ainda agências afiliadas⁴.

2.2. A admissão de novos membros

Na década de 1990, com o processo de globalização econômica e com a queda do regime comunista da ex-União Soviética, houve uma abertura da organização para a

³ Vide Artigos 13 e 19 da Convenção e seu respectivo Segundo Protocolo Suplementar.

⁴ Os Comitês da OCDE tratam dos mais variados temas, tais como: Política Econômica, Meio Ambiente, Cooperação para o Desenvolvimento, Administração Pública, Comércio, Assuntos Financeiros, Fiscais e de Empresas, Investimento Internacional e de Empresas Multinacionais (CIME), Corrupção no Âmbito das Transações Comerciais Internacionais, Movimentos de Capitais e de Transações Invisíveis - CMIT, Ciência, Tecnologia e Indústria, Educação, Emprego, Trabalho e Assuntos Sociais, Alimentação, Agricultura e Pesca, e as Agências Afiliadas: Agência Internacional de Energia e Agência para a Energia Nuclear (Cf. PINTO, 2000, p. 35-40).

entrada de novos membros. A entrada do México decorreu da pressão exercida pelos Estados Unidos e pelo Canadá, também interessados na consolidação do Nafta. A entrada dos candidatos do Leste Europeu decorreu dos países europeus já membros da OCDE interessados, por óbvio, nesses novos mercados⁵.

A entrada de novos membros tem incrementado o potencial de conflito entre os países e a dificuldade de, na prática, tomar decisões com base no consenso. Os países entrantes não compartilham, necessariamente, da mesma ideologia dos países tradicionais que pertencem à OCDE.

A entrada definitiva passa, em primeiro lugar, pela participação no âmbito dos Comitês. Com efeito, o processo de entrada é gradual e inicia-se pela observação da metodologia dos trabalhos da OCDE. Com isso, inicia-se um processo de troca de informações e experiências entre os países interessados (PINTO, 2000, p. 82).

Em regra, os critérios para a entrada definitiva de um país na OCDE são os seguintes: adoção da democracia pluralista, respeito aos direitos humanos e o compromisso com a liberalização econômica, a assistência ao desenvolvimento, ser membro da OMC e peso relativo na economia internacional (PINTO, 2000, p. 83).

Em razão da entrada dos novos membros, discutiram-se essas “admissões políticas”. Postula-se a adoção de critérios objetivos voltados a destacar a modernização e o desenvolvimento socioeconômico do país candidato, qualificado como “ator importante no cenário internacional” e a existência de “interesse recíproco” (PINTO, 2000, p. 83-90).

2.3. Processos de decisão e atos normativos

O processo de decisão é definido pelos países que participam em seus órgãos deli-

⁵ A Argentina e a Rússia manifestaram formalmente seu pedido de ingresso na OCDE. No entanto, não houve até o momento a análise e o deferimento do requerimento.

berativos, havendo a hegemonia dos países desenvolvidos. O grupo de países era, originariamente, bastante homogêneo o que facilitava a eficácia do processo de decisão e a coerência das normas produzidas, no entanto, a entrada de novos membros tem dificultado o processo decisório baseado no consenso.

Além desse grupo, participam também países não-membros da OCDE e organismos internacionais na qualidade de observadores em razão do processo de abertura da organização. Em alguns casos, participam também Organizações Não-Governamentais, porém, a capacidade de esses grupos influenciarem as decisões adotadas pelos órgãos deliberativos da OCDE é bastante limitada (PINTO, p. 78-81).

Segundo a tradição da OCDE e conforme sua Convenção de constituição, o processo de deliberação é orientado pelo consenso entre os países-membros⁶. Os assuntos em que não há consenso durante o trabalho nos comitês são deixados para a análise do Secretariado. A prioridade reside nas matérias em que haja convergência de posições. Na prática, não existem votações (PINTO, 2000, p. 21).

Como explica Denis Fontes de Souza Pinto (2000, p. 22-23):

“O documento final, que reflete o consenso dos membros, não é de cumprimento obrigatório, como aliás a maioria dos atos da Organização. Contém, entretanto, elevado grau de ‘cobrança’ da parte dos demais países. A repetição do exame reforça, paulatinamente, esse caráter de constrangimento, de obrigação moral, que finda por levar ao cumprimento. A época de realização dos exames é decidida de comum acordo entre o comitê e o país-membro, com vistas

⁶ É o que dispõe a Convenção: “Article 6. 1. Unless the Organization otherwise agrees unanimously for special cases, decisions shall be taken and recommendations shall be made by mutual agreement of all the members”.

a preservar o caráter ‘neutro’ do exame, livre dos constrangimentos da política interna do país examinado. A época de realização dos exames é, entretanto, tema de particular interesse dos países-membros, pela inevitável influência que pode exercer na política interna dos países”.

Os atos normativos da OCDE são expressos mediante: decisões internas, decisões propriamente ditas, tratados, recomendações, relatórios e acertos.

As decisões internas ou Resoluções tratam de assuntos administrativos afetos à organização. Como exemplos de decisões internas, temos: a criação de comitês, a realização de estudos, a publicação de relatórios, entre outras (PINTO, 2000, p. 24-25).

As decisões propriamente ditas aplicam-se aos países-membros e destinam-se à adoção de medidas de cooperação de caráter permanente e obrigatório. As decisões propriamente ditas não são acordos internacionais, apesar disso gozam do mesmo valor jurídico. Assim, a violação de uma decisão implica violação à Convenção de 1961 e ao direito dos tratados. Na hipótese de violação, não há a aplicação de uma sanção jurídica, muito menos há um órgão encarregado para a solução da controvérsia; o que há é um constrangimento político e moral como forma de sanção na OCDE (PINTO, 2000, p. 24-25). No plano interno, os países-membros não necessitam ratificar o teor de uma decisão, tal como é exigido de um acordo internacional, mas o país que aceitar uma decisão tem o dever de pô-la em prática em prazo razoável.

Certas decisões podem ser abertas a países não-membros. Nessa hipótese, o país não-membro tem os mesmos direitos e obrigações do país-membro, incluído o direito de participar das reuniões e deliberações dos órgãos subsidiários encarregados de aplicar e revisar as decisões (PINTO, 2000, p. 27).

Por outro lado, os tratados são acordos entre os países-membros ou entre eles e as

organizações internacionais e necessitam de ratificação no âmbito do direito interno. No âmbito da OCDE, existem Acordos sobre Privilégios e Imunidades com os Países-Membros, Acordos de Cooperação com a FAO, OMS, GATT/OMC, a Convenção de Assistência Administrativa Recíproca em Matéria Fiscal, Acordo Multilateral de Investimentos, Acordo sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais (PINTO, 2000, p. 27-28).

Os tratados estão abertos a terceiros países-membros que queiram aderir. Tais mecanismos têm base contratual e são acessórios, limitando-se a temas específicos e setoriais, e, em geral, negociados com organismos especializados⁷.

As recomendações representam um compromisso facultativo de exteriorização de normas da OCDE, possibilitando ampla adaptação e flexibilidade, o que propicia a volatilidade das relações econômicas internacionais. A execução das recomendações é monitorada por mecanismos de acompanhamento e de controle. Em regra, a linguagem adotada é abrangente e genérica, o que permite ampla flexibilidade de adaptação pelos países-membros (PINTO, 2000, p. 28-29). As “guidelines” (ou diretrizes) podem ser seguidas por países não-membros, ainda que não haja adesão formal às declarações da OCDE⁸.

Conforme explicam Adalnio Ganem e Lauro Alves (O BRASIL..., 2000):

“As ‘guidelines’ são, como o próprio nome sugere, recomendações de caráter voluntário, características da prática crescente da Organização de buscar a definição de modalidades

de comportamento econômico internacional mediante instrumentos flexíveis (ou *soft law*, no jargão da OCDE)”.

Por outro lado, os acertos (*arrangements*) representam normas técnicas de conduta em matérias específicas. São normas dotadas de flexibilidade e que não dispõem de caráter vinculatório (PINTO, 2000, p. 32-33). Os avisos e os relatórios destinam-se a auxiliar a interpretação e a aplicação dos atos fundamentais da OCDE, buscando a harmonização no âmbito da legislação interna dos países. Igualmente, há os comentários e os esclarecimentos preparados pelos Comitês voltados também à aplicação e à interpretação dos atos normativos da OCDE⁹.

2.4. Participação brasileira

Como dito acima, o Brasil é uma potência média de escala continental no sistema internacional. No contexto histórico, originariamente a luta brasileira foi no sentido da consolidação de seu espaço nacional. Posteriormente, a luta foi em prol de melhor posicionamento no espaço mundial. No século XIX, Rui Barbosa, avaliando os resultados da Convenção de Haia, discursou:

“Entre os que imperavam na majestade da sua grandeza e os que se encolhiam no receio de sua pequenez, cabia inegavelmente, à grande república da América do Sul um lugar intermédio, tão distante da soberania de uns como da humildade de outros. Era essa posição de meio termo que nos cabia manter, com discrição, com delicadeza e com dignidade” (LAFER, 2001, p. 74).

⁷ O Brasil assinou a Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Internacionais, participou da discussão do Acordo Multilateral de Investimentos opondo suas reservas.

⁸ O Brasil aderiu formalmente às diretrizes da OCDE sobre empresas multinacionais (2000) e pode vir a aderir, formalmente, à declaração sobre a formação de cartéis.

⁹ Digno de nota é o fato de o Brasil adotar os comentários e os esclarecimentos como base para a elaboração de sua legislação em temas específicos, tais como: os comentários do Comitê de Política Fiscal sobre preço de transferência e esclarecimentos sobre práticas de conduta de laboratórios baixados pelo Comitê de Políticas do Meio Ambiente. (Cf. PINTO, 2000, p. 32-33).

Em 1991, o Brasil encaminhou uma Missão Exploratória à OCDE objetivando levantar informações, em particular sobre o funcionamento dos órgãos, a fim de avaliar o interesse em sua respectiva participação. Daí em diante, tornou-se membro do Centro de Desenvolvimento, do Comitê do Aço e tem participado como observador dos Comitês de Comércio, Investimentos Internacionais e Empresas Multinacionais, Política de Concorrência, Agricultura, Administração Pública (PINTO, 2000, p. 27-106).

A participação brasileira nos referidos comitês, na qualidade de observador, atende aos objetivos de observação e de exposição, partindo-se da premissa calcada no diálogo e na defesa dos interesses brasileiros no cenário internacional. Contudo, há ainda muito espaço para a ampliação da participação brasileira, mediante o treinamento e a alocação de recursos humanos capacitados para a observação e discussão dos problemas brasileiros em face da OCDE. A participação do Brasil como membro pleno de um Comitê depende de ratificação do Congresso Nacional haja vista que o país não é membro da OCDE e há a necessidade de contribuir financeiramente para o suporte da organização.

Na prática, a qualidade de observador representa a titularidade de poucos direitos e obrigações. Daí a limitação da participação no processo decisório da OCDE. Entre os direitos, destacam-se: o direito de participar das reuniões do órgão em que é membro, direito de fazer uma declaração sobre determinado assunto, direito de debater os assuntos e de trocar informações quando solicitado, direito de expor sua política nacional em determinado setor, direito de acessar as informações e os dados dos comitês. Não há o direito de inscrever temas nas pautas das reuniões (PINTO, 2000, p. 80-81).

Ao que parece, a OCDE é favorável à entrada do Brasil, contudo, a adesão é marcada por duas visões conflitantes no âmbito do atual governo. De um lado, no

Ministério das Relações Exteriores, o Ministro Celso Amorim defende uma adesão gradual, mais ou menos, simultânea à da China, da Índia e da África do Sul. Tal posição minimiza o constrangimento político de desligamento do "Grupo dos 77", fato que aconteceu com o México e com a Coreia do Sul. Por outro lado, a visão "nacionalista" defende que a adesão significa o abandono da alternativa de focar o Estado como agente do desenvolvimento e combate a ideologia neoliberal (BRASIL..., 2004).

De qualquer forma, a admissão de um país na OCDE representa um atestado de seus êxitos no campo da modernização de sua economia. Nesse sentido, a adesão do Brasil como membro pleno ocasionará a eliminação do sistema de preferências que representa uma garantia de acesso de bens e produtos dos países em desenvolvimento em face do mercado dos países desenvolvidos. Tal mecanismo representa a não aplicação do princípio da nação mais favorecida, pois os bens, produtos e serviços brasileiros haverão de competir em grau de igualdade com os dos países desenvolvidos¹⁰.

3. Restrições à liberdade de desenvolvimento em face do sistema multilateral de comércio e o caso dos subsídios à Embraer

3.1. A indústria aeronáutica civil de âmbito regional

A Indústria Aeronáutica Civil encontra-se em um mercado altamente concentrado, em especial quando se trata das aeronaves de até 100 assentos. Trata-se de um mercado regional (alcance de menos de 1.600Km) sujeito a intensas barreiras comerciais e não-comerciais. Houve a reestruturação do mercado com a introdução do motor de propulsão a jato, o que ocasionou o declínio da produção por companhias européias e

¹⁰ O SGPC é resultado das negociações travadas entre os países em desenvolvimento, sendo do trabalho de cooperação do G77 no contexto da Nova Ordem Econômica Internacional. (Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 194).

ascensão da Bombardier e da Embraer. Na década de 1990, os lançamentos de novos modelos de aeronaves pela EMBRAER (ERJ-145 e ERJ-135) possibilitou a conquista de 58% do mercado internacional no ano de 1998 (STHEMANN, 1996).

3.2. *Proex*

O financiamento é fundamental para a conclusão dos negócios de compra de aeronaves no mercado internacional, pois o custo do financiamento representa um fator-chave para o fechamento dos negócios. Diante desse quadro, o Programa Brasileiro de Financiamento à Exportação – Proex – representou a oportunidade para que os exportadores pudessem obter diretamente o financiamento ou a equalização da taxa de juros referente ao pagamento da compra. Tal programa prevê o pagamento da diferença entre os encargos a título de juros, que o comprador do produto deve pagar, e o efetivo custo do financiamento. Tal diferença é suportada pelo Tesouro Nacional mediante a emissão de títulos públicos que são entregues pelo Banco do Brasil a um agente financeiro. Tais títulos públicos podem ser vendidos livremente no mercado financeiro. A finalidade do Proex é, portanto, a de reduzir a taxa de juros a ser paga pelos compradores das aeronaves produzidas pela Embraer. A aplicação do programa representa uma redução na taxa de juros na ordem de 3.5% a 3.8% a cada ano, representando um subsídio por aeronave de US\$3,5milhões (STHEMANN, 1996, p. 103-104).

3.3. *Disputa Brasil x Canadá na OMC*

A reclamação do Canadá sobre o Proex na OMC argumentou que o referido programa conferia um subsídio vedado pelo Artigo 3 do ASCM, ocasionando a distorção na competição no mercado de aeronaves, razão pela qual pediu a proibição do subsídio pela OMC (NASSER, 2002, p. 196-197).

A defesa do Brasil, por sua vez, admitiu que se trata de um subsídio, porém permitido pelas regras da OMC. É justifi-

cável o financiamento porque os custos de exportação excedem consideravelmente os custos internacionais de financiamento. Para um país em desenvolvimento, os riscos são maiores, razão pela qual os prêmios com seguros são maiores e com isso o custo de financiamento é maior. Tal fato financeiro configura uma desvantagem na competição no mercado internacional, daí porque o subsídio ao financiamento à exportação de aeronaves está amparado no Artigo 27 do ASCM (NASSER, 2002, p. 202-203).

3.4. *Decisão do Painel da OMC*

A posição do Painel da OMC reconheceu que se trata de subsídios conforme o Artigo 3.1. (a) do ASCM. No entanto, o órgão de solução de controvérsias verificou se tais subsídios conferiam uma indevida vantagem material para os exportadores brasileiros. De imediato, não acatou o argumento brasileiro do risco-Brasil. Assim, para verificar se o Brasil tinha o direito de aplicar subsídios às exportações, por se tratar de um país em desenvolvimento, e, portanto, gozar dos benefícios do Artigo 27.4 do ASCM, era necessário checar se houve o cumprimento da obrigação de não ter aumentado o nível de subsídios à exportação em determinado período. O Painel considerou como *benchmark* para a questão do aumento dos subsídios o ano de 1994 (ano da entrada em vigor da Rodada Uruguai), concluindo que houve um substancial aumento dos subsídios à exportação no referido período, violando as regras da OMC. Como decisão final, determinou que o Brasil suspendesse os subsídios do Proex ao setor aeronáutico no prazo de 90 dias¹¹ (NASSER, 2002, p. 206).

¹¹ Além das regras da OMC sobre a aplicação dos subsídios, existem ainda as regras da União Européia. As regras da União Européia, tal como a OMC, proíbem a adoção de subsídios pelos países-membros, no entanto, admitem certas exceções. Como explica o professor Humberto Celli, os subsídios possuem os seguintes elementos: "(1) uma vantagem; (2) outorgada por um Estado-membro ou por meio de recursos estatais; (3) que favorecem algumas empresas ou a produção de alguns bens; (4) distorcendo ou

O Brasil e o Canadá apelaram da decisão do Painel; no entanto, o órgão julgador manteve a primeira decisão acrescentando, ainda, a possibilidade de o Canadá impor retaliações ao Brasil sob a forma de cumprimento de obrigações assumidas no GATT 1994 em valores de até US\$233,552,182,3 (NASSER, 2002, p. 207-208).

A decisão da OMC se pautou por uma diretriz da OCDE, no que tange ao financiamento das exportações, que prevê o prazo máximo de 10 (dez) anos. O Proex previa um prazo de 15 (quinze) anos. Quer dizer, apesar de o Brasil não fazer parte da OCDE acabou sofrendo os efeitos de uma de suas diretrizes em razão de uma questão levantada pela União Européia¹².

3.4. Restrições à liberdade de desenvolvimento

Percebe-se, portanto, que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias tem o condão de restringir a política brasileira de desenvolvimento nacional. Houve um contra-ataque do Brasil em relação ao Canadá quanto à figura dos subsídios às exportações. A crescente integração de nosso país no comércio mundial implica uma mudança de paradigmas; em particular, exige-se um novo olhar sobre a questão da soberania brasileira.

Com efeito, modernamente, a soberania torna-se uma noção operacional. Nesse sen-

falseando a concorrência e (5) afetando o comércio entre os Estados-membros" (Cf. CELLI JÚNIOR, 1999, p. 180).

¹² É o que explica Oliver STHEMANN (1996, p. 108): "As another important technical issue, the EC disagreed with Brazil as regards the latter's interpretation of item (k) of the Illustrative List of Export Subsidies of the ASCM. Brazil's interpretation would turn the 'illustrative' list into an 'exhaustive' list of export subsidies. The EC also put forward that the OECD Guidelines on Officially Supported Export Credits satisfy the requirements of para. 2. of item (k) of Annex I of the ASCM. Item (k) therefore creates a 'safe haven' for Member export credit practices which conform to the OECD Guidelines. Measures which reduce rates below those of the OECD Arrangement fall outside the 'safe haven. They are prohibited under the ASCM if they constitute an export subsidy".

tido, se o Brasil quer ingressar no cenário internacional e com isso obter vantagens comparativas, há de se submeter às respectivas restrições, porém, antes desse mesmo ingresso, há de participar das negociações internacionais atento aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios que regem a República brasileira e suas relações internacionais, catalogados na Constituição de 1988. Igualmente, é preciso que essas negociações internacionais sejam comunicadas à participação da sociedade brasileira, a fim de torná-la legítima.

4. Conclusões

A título de conclusões, podemos apresentar as seguintes:

(i) atualmente, há o condicionamento da liberdade de desenvolvimento do Brasil e de sua política nacional de comércio exterior em face da adesão ao sistema multilateral de comércio;

(ii) como exemplo, a competição no mercado internacional é afetada com a eliminação dos subsídios ao financiamento da exportação de aeronaves da Embraer conferidos pelo Brasil;

(iii) não há propriamente regras jurídicas para a definição de um país em desenvolvimento, porém, a qualificação do país como "em desenvolvimento" implica a aplicação de regras derogatórias no âmbito da OMC;

(iv) o Brasil, mesmo sem ser membro pleno da OCDE, ficou sujeito a uma de suas diretrizes sobre financiamento às exportações no caso da Embraer. Quer dizer, o Brasil, apesar de não estar juridicamente vinculado à norma da OCDE, foi condicionado pelo mecanismo de "peer pressure";

(v) a experiência brasileira decorrente da participação em Comitês da OCDE tem contribuído para o aperfeiçoamento da política internacional e nacional de nosso país, inclusive com reflexos na legislação interna, contudo, essa participação pode ser ampliada e melhorada;

(vi) a adesão do Brasil como membro pleno ocasionará a eliminação do sistema de preferências que representa uma garantia de acesso de bens e produtos dos países em desenvolvimento em face do mercado dos países desenvolvidos;

(vii) ao que parece, o atual governo brasileiro adotará gradual procedimento de adesão à OCDE, mediante o alinhamento de políticas externas com a de outros países ingressantes.

Referências

BAPTISTA, Luiz Olavo. Negociação de contratos internacionais de cooperação. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: EDUSP, 1994.

BRASIL quer companhia para entrar na OCDE. *Jornal o Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 ago. 2004.

CELLI JÚNIOR, Humberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

LAFER, Celso. *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. Perspectivas e possibilidades da inserção internacional do Brasil. *Revista Política Externa*, São Paulo, v. 1, n. 3, dez. 1992.

NASSER, Rabih Ali. *O sistema multilateral de comércio e as restrições à liberdade de desenvolvimento: subsídios e TRIMS no SMC*. 2002. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

O BRASIL e a OCDE: uma relação profícua. *Revista Política Externa*, São Paulo, v. 9, n. 2, set./dez. 2000.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci. *Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento*. 2002. ?f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Univesidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

PINTO, Denis Fontes de Souza. *OCDE: uma visão brasileira*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

STHEMANN, Oliver. Export subsidies in the regional aircraft sector: the impact of two WTO panel rulings against Canada and Brazil. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 6, dez. 1999.

VALLEJO, Manuel Diez. *Las organizaciones internacionales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

O sistema multilateral de comércio do GATT

Regulação e evolução

João Batista Marques

Sumário

Introdução. I – A atividade comercial. II – O Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT. 1. Origem. 2. Conceito. 3. Características. 4. Princípios. 5. Estrutura. 6. Funcionamento. III – OMC e GATT. Conclusão.

“Devemos sempre entoar a melodia da nossa especificidade, sem esquecer, no entanto, que ela deve estar em harmonia com o mundo, pois é circunscrito o espaço para as dissonâncias atonais”.

(Celso Lafer)

“El ius peregrinandi et degendi es el derecho de todo ser humano a viajar y comerciar por todos los rincones de la tierra, independientemente de quién sea el gobernante o cuál sea la religión de cada territorio”.

(Francisco de Vitoria)

Introdução

Para o comércio internacional, o momento histórico vivido sob a égide do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT foi, seguramente, um dos mais marcantes e laureados. Com efeito, tal constatação decorre do fato incontestável de o dito convênio haver dado a sustentabilidade necessária às magnitudes econômicas mundializadas. De forma que, por primeiro, potencializou o processo de abertura da atividade comercial para as economias das nações, e, por segundo termo, porém de modo contínuo, permitiu o incremento da produção de excedentes. E, como con-

João Batista Marques é graduado em Letras e Direito, especialista em Direito Legislativo, pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Universidade do Legislativo Brasileiro, mestrado em Estudos Políticos Aplicados, pela Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas – FIIAPP, Madrid, España e doutorando pela Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Advogado e professor.

seqüência inexorável dessa sucessão de convergências, promoveu um fluxo intenso nas relações entre os povos, seja na obtenção de maiores benefícios econômicos, seja no entrelaçamento das culturas.

Justifica-se, no presente esforço, pois, a relevância de se trazer as informações pertinentes àquela que é, indubitavelmente, uma das mais antigas atividades realizadas pelo homem após o surgimento dos processos levados a efeito pelo *homo faber*. Em face dessa incontrastável realidade, pretende-se, então, buscar situar e pontualizar, no âmbito das relações comerciais entre os povos do vigésimo século cristão, sobretudo no período pós-guerra mundial, essa atividade tão pródiga em dar maior consecução ao desenvolvimento da humanidade.

A metodologia a ser empregada no trabalho deverá contemplar, tanto quanto possível, uma visão panorâmica do processo de evolução do sistema multilateral de comércio consubstanciado no Acordo Geral - GATT, bem como a regulação em suas generalidades.

De posse dos conhecimentos básicos sobre o surgimento da atividade comercial, é que se entende necessário dar um contorno mais definido a essa atuação humana no mundo social. Não constitui objeto, portanto, do presente trabalho cuidar, com acuidade, de toda a atividade comercial por ela mesma. Não é, também, descrever historicamente, o surgimento e o seu desenvolvimento desde os seus primórdios até a atualidade, mas cuidar de entender apenas um período específico, ou seja, realizar um recorte na História do Comércio, e, dele, abstrair as considerações mais pertinentes a um dado momento.

Ressalte-se que, muito embora o presente trabalho possa ter um enfoque datado, apenas o é em seu objeto de estudo, mas que servirá para a compreensão do momento histórico pretérito e a consecução do presente.

Ademais, não se faz mister propor inovações teóricas, nem muito menos teses

inéditas, mas tão-somente promover a exposição das peculiaridades relativas ao Comércio Internacional existente nas quatro décadas que antecederam a sistemática introduzida pela Organização Mundial do Comércio - OMC, tendo como parâmetro a regulação jurídica.

Eis, portanto, o desiderato deste modesto trabalho: ver o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT, como sistema multilateral de Comércio, sob a perspectiva de sua regulação no curso de sua evolução. E isso serviria para dar aos estudiosos e interessados no tema uma visão sintética, sem embargo, de relevante consistência.

I - A atividade comercial

Sabe-se, por razões históricas, que, já na Antiguidade, em dado momento, o ser humano se torna sedentário, abandonando, por via de consequência, a sua vida nômade. Com esse acontecimento incontestado, surge, em primeira mão, a apropriação da terra, bem como a apropriação dos meios de produção e dos bens resultantes da agregação de valor. Vale dizer que o trabalho realizado, de fato, acabou por redundar em efetivo potencial para a satisfação das necessidades que se impuseram. Qualificada essa necessidade de produzir e mediante essa produção se resolveram aquelas necessidades prementes, cuja base justificadora acabou por ensejar o advento, o surgimento de excedentes de dita produção.

De outra forma, os excedentes que surgiram com a atividade econômica permitiram que alguns homens passassem a exercer atividades outras não diretamente relacionadas com a produção de bens da subsistência.

O resultado da atividade humana, produtora de bens e utilidades em maior quantidade que as necessidades individuais e coletivas conseguem absorver, possibilita ver o aparecimento da obrigação de intercambiar essas mesmas comodidades abundantes. Tais excedentes econômicos,

por sua vez, passam a figurar em um meio circulante, onde homens que produzem bens factibilizam a movimentação, transmitindo, de um lado a outro, aquilo que produzem a mais, e aquilo de que necessitam. Notadamente, esse fenômeno materializa o surgimento da atividade comercial.

A forma rudimentar de praticar a atividade comercial era o sistema de troca, que seria, em seguida, substituído pela moeda de pagamento. A partir de tal momento, o comércio passa a ser exercido por intermédio de agentes que vendem parte de sua produção em um mercado e recebem em troca um valor fiduciário (dinheiro). Com esse dinheiro, vão a outro mercado para comprar o que necessitam ou desejam.

Como é cediço, a atividade comercial é, por si mesma, imanente à condição humana. Consiste tal característica, intrínseca ao Homem, em uma espécie de direito natural a poder produzir e a fazer circular a riqueza obtida com o seu trabalho. Nessa linha de raciocínio, as palavras sábias de Zamora Cordero (2005) apontam tal confirmação, como se pode ver de seu interessante trabalho:

“El reto de la sociedad global es mejorar los niveles de interrelación entre pueblos y personas y de éstos para con la naturaleza a través del ‘*commercium*’. Bajo el principio de que ‘*nadie tiene originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra*’ (como especie humana) tampoco nadie tiene originariamente el derecho de impedir que los Seres Humanos accedan y disfruten de los bienes y servicios que se producen en sociedades distintas de la suya. Ni el derecho a negar a la Comunidad Internacional el acceso a los bienes y servicios elaborados en la sociedad de la cual se es parte. Ni mucho menos alguien puede aducir derecho originario alguno para obstaculizar las vías que el comercio mundial requiere para integrar

universalmente a los pueblos del mundo”.

A caracterização do surgimento da atividade comercial remete a um passado longínquo, cujos reflexos podem ser percebidos nos tempos modernos. De qualquer maneira, o comércio, praticado interna ou externamente a um país, está intimamente ligado ao progresso econômico dos povos.

O comércio realizado internamente revela, grosso modo, o atendimento da subsistência física e material vislumbráveis nas opções político-econômicas de um dado povo, bem como o atendimento do requisito político do progresso e do bem-estar coletivo. Por outro lado, o comércio levado a efeito externamente, entre distintos povos, potencializa a oferta e a demanda da produção e do consumo que extrapolam as exigências internas. Nesse particular, no que tange ao comércio realizado entre povos diversos, e segundo Oyarzun (1993), para que haja o comércio internacional:

“Hay que establecer que en cada país debe existir una oferta de exportación y una demanda de importación. Y no solo eso: la oferta de exportación (demanda de importación) de esos productos. Solo así podrá tener lugar el comercio internacional”.

Assim que, o ponto nevrálgico de tal atividade econômica entre nações está, pois, assentado nas magnitudes econômicas da Importação e da Exportação.

E, de acordo, ainda, com o mesmo autor, duas são as principais condições para a existência dessa modalidade comercial: as diferenças de preços e as diferenças na oferta de bens. Verifica-se, dessa maneira, a justificativa para essas condicionantes, sobretudo, se em outro país podem ser comprados produtos mais baratos e de igual qualidade que no próprio país. Isso gera uma demanda de importar. No entanto, se no outro país se pode vender um produto a um maior preço que no próprio, isso gera uma oferta de exportação.

A outra condição necessária e suficiente é a diferença na oferta de bens, ou seja, ocorrendo que em um país não se dá a produção de determinado produto, ou sua produção não se dá de forma suficiente, a única solução possível, então, é importar tal mercadoria.

Desde logo, é possível inferir-se que o comércio internacional ocasiona dois principais efeitos: microeconômicos e macroeconômicos.

Dos efeitos microeconômicos provocados, pode-se dizer que, basicamente, o comércio internacional proporciona ganhos aos agentes econômicos intervenientes; permite adequar a oferta e a demanda em cada mercado; aumenta a produtividade das economias que realizam o comércio; e altera a distribuição da renda.

De outra sorte, com relação aos efeitos macroeconômicos, pode-se recorrer a Oyarzun (1993) que, brilhantemente, esboça os seguintes postulados:

“Para analizar los efectos macroeconómicos del comercio exterior es preciso ampliar el ámbito de las transacciones comerciales contempladas, incluyendo el comercio de servicios. De esa forma, se puede estudiar el efecto del comercio exterior (bienes y servicios) sobre la renta, los precios del dinero (tipo de cambio y tipo de interés), el nivel de precios, el endeudamiento frente al exterior”.

II – O Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT

O período, em tela, está relacionado com o GATT¹, ou simplesmente Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

Esse acordo de comércio multilateral tem sua aurora nos idos do protecionismo econômico, consolidado pelo substrato do Estado Social da primeira metade do século passado. Perdurou, durante sua vigência,

¹ Do inglês: General Agreement on Tariffs and Trade.

com uma estrutura bicéfala (ou seja, funcionava como Tratado e como Organismo Internacional). Realidade esta subjacente até o advento da Organização Mundial do Comércio – OMC. A novel instituição do comércio global manteve a primeira daquelas características – o mandamento jurídico, porém, constituiu outra estrutura organizacional. Desde 1995, a World Trade Organization – WTO² tornou-se o órgão promotor e dinamizador do comércio entre as nações, com sede em Genebra, Suíça, contando com, aproximadamente, uma centena e meia de países-membros.

1. Origem

No curso do século passado, precisamente nas duas décadas que se sucederam à quebra da Bolsa de Nova York, sobretudo, na primeira metade daquele segundo decênio, pôde ser visto certo açodamento entre os países, no sentido de dar maiores garantias ao seu processo econômico com as chamadas políticas protecionistas de mercado. Políticas estas que visavam, inclusive, o empobrecimento dos outros países. Era o denominado jogo em que para um país ganhar o outro teria que perder. O jogo de “soma zero”.

Em Breton Woods, os países aliados haviam criado um sistema internacional voltado para as questões monetárias e financeiras, antevendo as possíveis soluções para os problemas do pós-guerra. Em razão disso, foram imaginados e concretizados o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Banco Mundial (BM), que dariam o suporte necessário para a consecução das respectivas políticas.

Sem embargo da estrutura idealizada pelos países aliados, a regulação pretendida para o comércio internacional restou postergada. Ou seja, o comércio entre as nações continuava carecendo de uma regulação. E, naquela mesma Breton Woods, foi sentida a necessidade de se criar uma Organização

² Tradução do inglês: Organização Mundial do Comércio – OMC, com 149 países-membros.

Internacional do Comércio – OIC, cabendo aos Estados Unidos da América papel preponderante nas negociações, em face de sua economia estabilizada e pouco afetada pelos resultados da guerra.

O ambiente mundial daquela época recomendava cautela quanto à disseminação de uma ordem geradora de uma estabilidade na seara comercial. Reflete bem o momento histórico a abalizada observação feita por Avelino de Jesus (1992), para quem:

“as reuniões iniciadas pós-guerra buscavam medidas em que os países pudessem limitar o intervencionismo do Estado no Comércio Exterior, sem que fosse atingida a soberania das partes contratantes. O objetivo maior assentava-se em uma idéia de comércio com bases reais e pelo emprego”.

Era, portanto, esse o pano de fundo que permeava a realidade do comércio mundial.

Não obstante o fato de ter havido um Acordo³ sobre a implantação de uma Organização Internacional do Comércio – OIC, os Estados Unidos da América, propositores e principais defensores da idéia, acabaram por não ratificá-lo, o que ensejou a não adesão por parte dos demais países, inviabilizando a iniciativa.

Foi, no entanto, em outubro de 1947, que vinte e três países assinaram o conhecido Acordo Geral de Tarifas e Comércio, GATT, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, tendo seus principais pilares assentados no capítulo IV da famosa *Carta de Havana*.

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio representou o resultado possível naquelas negociações iniciais, configurando uma espécie de grupo de debate das questões comerciais no âmbito internacional, dado bem assinalado por Nasser (1999. p. 27), como

“iniciativa menos ambiciosa, ele foi concebido como um foro de discussões

³ O Acordo referido é a conhecida Carta de Havana.

sobre o comércio internacional, sempre com vistas ao seu incremento”.

2. Conceito

A moderna instituição que cuida dos meios e instrumentos atinentes ao comércio internacional é a Organização Mundial do Comércio – OMC. Surgida com a Rodada Uruguai (1986 a 1993), está compreendida pelo resultado de três dimensões, assim configuradas:

- a) General Agreement on Tariffs and Trade – GATT;
- b) Acordos relativos à consecução da Propriedade Intelectual; e,
- c) Regulação do Comércio de Serviços.

O Acordo Geral (GATT) é, no presente, uma das facetas, uma parte integrante do sistema surgido na Rodada Uruguai, conhecido por Organização Mundial do Comércio – OMC.

No que respeita ao viés ambivalente do Acordo Geral, vale a pena ressaltar o aspecto jurídico e político em que estava assentado o convênio internacional nascido das reuniões de Breton Woods. Segundo Terezinha Baptista (1989), o Acordo Geral era mais que um tratado, era também um foro permanente internacional de negociação multilateral, possuindo um caráter contratual/convencional.

De acordo com J. Jackson (1990), sendo o GATT uma organização dotada de um aparato administrativo, consiste em um sistema cujas partes refletem três elementos, quais sejam:

- a) o Acordo Geral, que é um tratado que contém uma série de princípios e normas para os intercâmbios comerciais internacionais;
- b) uma organização internacional com estrutura administrativa e órgão executivo, e outros acordos e convênios assinados depois de 1947; e
- c) um fórum de negociação para a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias.

3. Características

Em primeiro plano, cumpre destacar esse caráter bifronte do Acordo Geral, e como registra Terezinha Baptista (1989):

“uma das características do GATT é ser dual. Se, por um lado, ele é um tratado, e, enquanto tal, um instrumento técnico jurídico para criar direitos, obrigações e regulamentar o comércio internacional, por outro lado, é um foro internacional de negociação multilateral”.

Ideologicamente, o GATT constituiu um misto entre as posições defendidas no livre-cambismo, no Intervencionismo e em partidários do Legalismo e do Dogmatismo. Na realidade, esse Acordo Geral de Tarifas e Comércio é um tratado, cujo conteúdo pode ser assim anotado:

Inicialmente, o Tratado continha três partes, a saber:

- 1) Princípios;
- 2) Normas que regiam o comércio internacional;
- 3) Matérias diversas relativas a normas procedimentais.

Em 1964, porém, uma quarta parte foi agregada, vislumbrando os países em desenvolvimento.

Quando da implantação do Acordo, a intenção era pôr em vigor as partes 1 e 3, de plano, pois a segunda parte seria instrumentalizada de conformidade com as legislações internas das Partes Contratantes (cláusula do Avô), Artigo I do Protocolo de Aplicação Provisória do Tratado.

Por fim, o Tratado incorpora as listas de Concessões das Partes Contratantes (artigo II).

O GATT tem feição sabidamente jurídica e que, de certa maneira, busca regulamentar as práticas comerciais internacionais e, ao mesmo tempo, desregulamentar o protecionismo econômico. Nesse aspecto, pede-se vênua para transcrever Nasser (1999, p. 45), na obra já citada, em que se nota que o Acordo possui diferentes tipos de normas, a saber:

“(i) normas que estabelecem os princípios gerais que devem orientar o comércio entre as nações, como são o da não discriminação, o da cláusula da nação mais favorecida, o do tratamento nacional e outros; (ii) normas que têm por objeto a própria liberalização comercial, envolvendo a assunção de compromissos no sentido de reduzir alíquotas de importação, eliminar barreiras ao comércio e outros resultantes das diversas rodadas do GATT; (iii) normas que abrem exceções às duas espécies de normas já citadas, criando a possibilidade de que elas não tenham uma aplicação irrestrita, em termos absolutos; (iv) normas que tratam das práticas comerciais desleais, estabelecendo mecanismos de proteção contra estas e proteção dos países por elas prejudicados. Ex: dumping, subsídios; (v) normas que estabelecem os procedimentos para resolução de disputas entre as partes contratantes acerca da aplicação das normas já referidas; e (vi) normas formais ou procedimentais, que dispõem tanto sobre a estrutura e funcionamento dos órgãos encarregados de aplicar as normas anteriores quanto sobre os mecanismos de fiscalização das políticas comerciais dos Estados-membros, para aferir sua conformidade com as outras espécies de normas”.

4. Princípios

Os princípios que informam o Acordo Geral (GATT) têm por escopo liberalizar o comércio internacional, dando maior flexibilidade nas negociações e, ao mesmo tempo, oferecendo maior proteção aos países-membros. Esse desiderato está assentado em cinco pilares, quais sejam:

1) Princípio da Não-Discriminação, que se encontra regulado em dois artigos do Tratado:

- a) cláusula da Nação mais favorecida incondicional e cláusula da Nação mais

favorecida condicional (esta última que já existia nas negociações bilaterais).

O que ocorre é que o Acordo buscou multilateralizar a aplicação do princípio da Nação mais favorecida.

b) trato nacional – Art. III – As importações deverão ter o mesmo trato que os produtos nacionais (os impostos e outros encargos, leis, regulamentos que afetam a compra e venda ou o uso de produtos, o transporte e a comercialização “não devem aplicar-se de forma que se proteja a produção nacional”).

2) Princípio da Reciprocidade

Consiste na idéia de que, quando um determinado país se beneficia da redução de tarifas decidida por outro país-membro, este deve corresponder efetuando reduções em suas tarifas “substancialmente equivalentes”.

3) Mercado aberto

Significa este princípio inserido no artigo XI do GATT uma norma geral de proibição das restrições à importação e à exportação, ou seja, trata-se de que o único instrumento de proteção seja a tarifa.

4) Mercado limpo

Este princípio contido no artigo XVI significa a eliminação das subvenções à exportação, sobretudo para as manufaturas.

5) Redução progressiva das Tarifas e consolidação

Isso se dará pelo instrumento das concessões que são feitas por um país-membro mediante o compromisso de uma parte de não impor tarifa acima da quantia determinada por aplicação do princípio da Nação mais favorecida.

5. Estrutura

O GATT está constituído por um Órgão Executivo chamado “Partes Contratantes”, que é formado pelos representantes dos países membros reunidos em Assembléia e uma Secretaria-Geral, que, com o Diretor-

Geral à frente, exerce as competências administrativas e de coordenação.

Também existe o Conselho de Representantes, criado em 1960, que é composto de cento e dois membros e tem por mister a direção e supervisão das tarefas dos órgãos dependentes das Partes Contratantes.

Existem órgãos que são permanentes (Comitês variados, Comitês de Seguimento de Códigos e Acordos da Rodada Tóquio, Comitê de Comércio e Desenvolvimento, Grupo Consultivo dos 18), ou Órgãos Temporários, como os Grupos de Trabalho e os Grupos de Especialistas.

De qualquer maneira, o poder de decisão recai sobre as Partes Contratantes que se reúnem, em regra, uma vez por ano, analisando, aprovando ou rejeitando o trabalho dos órgãos.

Essa espécie de Assembléia Geral reúne-se a cada ano em nível ministerial. O Conselho reúne-se mensalmente para examinar solicitações dos países-membros, como, por exemplo, pedidos de informações, consultas, pedidos de isenções, prorrogações, concessões, etc.; estabelece e toma conhecimento das tarefas dos Comitês e grupos de trabalho e de Especialistas.

6. Funcionamento

As Partes Contratantes, que constituem o Órgão Executivo do GATT, podem decidir por maioria em quase todos os casos. No sistema de votações, adota-se o seguinte mecanismo: um país, um voto, para todas as decisões. A alteração ao Tratado requer dois terços dos votos para a maior parte dele. E, no tocante à modificação dos princípios, exige-se unanimidade. Privilegiam-se, por outro lado, as decisões resultantes de consenso, haja vista que os países desenvolvidos estão em franca minoria, com mais ou menos uns trinta países. Como funciona o princípio sob o qual cada país exerce um único direito de voto, os países ricos encontram-se em desvantagem e buscam impor a tomada de decisões por consenso.

Quando se pretende alterar parte do Acordo, por intermédio de Emendas, a votação requer aprovação de dois terços dos votos, e está caracterizado por vincular apenas os países que aceitaram a emenda, com exceção para os artigos I e II (princípios) e XXIX ao qual se requer unanimidade.

No âmbito do Sistema Multilateral de Comércio protegido pelo GATT, a solução de controvérsias busca, em primeiro lugar, o entendimento entre as partes conflitantes, que devem dar início a consultas sobre a possível solução prevista no Acordo. O sistema utilizado para solucionar as controvérsias está descrito nos artigos XXII e XXIII do Acordo Geral.

Frustrada a possibilidade de acordo entre as partes em conflito de interesses, a parte agravada deve dirigir-se ao Conselho de Representantes que cria um grupo de Especialistas (Espertos), também chamado de Painel de Esperto, composto por cinco técnicos independentes. O painel analisa o caso e redige um informe que será apresentado perante o Conselho. Caso o Conselho aprove o informe, as partes devem acatar as recomendações. Caso alguma delas descumpra, a parte agravada pode valer-se da retorsão⁴.

Quando se pretender a redução de tarifas, barreiras não-tarifárias, ou diante do surgimento de novos temas, no âmbito do Acordo Geral, isso deve ocorrer mediante a celebração de uma conferência, conhecida como Rodada.

São dois os métodos que constituem o mecanismo das negociações perante o GATT:

- a) produto a produto e país a país;
- b) sistema de redução linear de tarifas.

III – OMC e GATT

A Organização Mundial do Comércio – OMC é a legítima sucessora do GATT, na sua feição de Organismo Internacional,

⁴ Retorsão significa a supressão de concessões ou aplicação de novas barreiras, travas.

que tem em seus alicerces três importantes pilares, segundo a feliz definição de Nasser (1999), quais sejam:

- a) aspecto funcional – que trata dos Acordos que a instituíram, a sua estrutura, os seus órgãos e as competências;
- b) o aspecto material – representado pelos Acordos Multilaterais de Comércio de bens;
- c) aspecto formal – que consiste nos procedimentos para a solução de controvérsias.

Como substituta do GATT, a OMC acabou por incorporar todos os acordos realizados na vigência daquele Acordo Geral.

Conclusão

Tendo sido o comércio uma atividade humana surgida nos primórdios do processo civilizatório, serviu primeiro para dinamizar uma subsistência humana incipiente, mas que resultaria logo em seguida na produção de excedentes econômicos. A administração dos excessos surgidos naquela economia primitiva redundou no aparecimento e na consolidação de um instrumento eficaz de catalisação e intermediação de bens, segundo a utilidade e a necessidade que se originaram no meio social.

O comércio acompanhou o desenrolar da evolução humana, sempre servindo de motor para o progresso econômico. Se de um lado possibilitava o enriquecimento de algumas nações, outras, por outro lado, não se beneficiaram tanto assim.

A formulação histórica da idéia de Estado (leia-se aqui o Estado Liberal) potencializou a atividade do comércio, permitindo que as nações descobrissem e implementassem toda a sua real vocação para o pleno desenvolvimento dessa atividade. Assim o foi até a eclosão das duas grandes guerras mundiais no passado século XX.

O GATT surgiu para dar uma normalidade jurídica ao comércio internacional

pós-segunda guerra mundial, tendo como pano de fundo, à época, algumas circunstâncias que se sobrelevaram, tais como o debilitamento da economia norte-americana, a reaparição das tensões protecionistas, o aumento da concorrência internacional, bem como o aumento do peso do setor público.

O Acordo Geral é, em última instância, uma simbiose entre uma normatividade jurídica e um fórum de negociação. E foi com essa ambivalência que funcionou até a instituição da Organização Mundial do Comércio – OMC, instituição herdeira da posição de órgão promotor do foro permanente de negociações multilaterais, utilizando-se do Acordo como marco regulador, além dos tratados sobre a propriedade intelectual e o comércio de serviços.

É forçoso concluir, ainda, a respeito do GATT que este, embora haja colaborado ativamente no processo de liberalização do comércio internacional, também, haja padecido de defeitos que foram minando sua credibilidade como instância de negociação.

Em termos gerais, o GATT significou uma primeira moldura jurídica para um sistema de comércio multilateral. Pode-se dar como referência dois fenômenos que estão intimamente interligados, quais sejam: a institucionalização comercial no âmbito da sociedade internacional e a liberalização do comércio, com vistas a enfrentar o problema do protecionismo das economias nacionais.

O marco regulatório visava à diminuição das barreiras introduzidas pelas nações e a necessidade de evitar que as regulamentações internas prejudicassem o processo de liberalização.

Referências

ACORDO geral sobre tarifas e comercio (GATT): general agreement on tariffs and trade what it is what it does. Geneve: Gatt, 1989.

BATISTA, Terezinha Souza de Almeida. *As regras do comércio internacional: cinco décadas de mudanças e perplexidades*. 1989. ? f. Tese (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

BUSINESS guide to the general agreement on trade in services: international trade centre. New York: United Nations, 2001.

GENERAL agreement on tariffs and trade. Genève: WTO, 1999.

JACKSON, J. *Restructuring the GATT system*. London: Royal Institute of International Affairs, 1990.

JESUS, Avelino de. *Relações comerciais internacionais: GATT, ALADI, MERCOSUL, SGP, SGPC, NCPT*. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LAIGLESIA, Javier Oyarzun de. *Por qué comerciar?: en temas de organización económica*. Madrid: McGraw Hill, 1993.

_____. *GATT. Neoproteccionismo y ronda Uruguay*. Madrid: Complutense, 1993. (Cuadernos de Relaciones Laborales).

MEIRELLES, Hely Lopes. Estudo sobre o Gatt : general agreement on tariffs and trade. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 64-69, jul./set. 1967.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio (GATT): instrumentos básicos*. São Paulo: Idiri, 1988. 2 v.

NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT: OMC*. São Paulo: LTR, 1999.

REGO, Elba Cristina Lima. *Do GATT a OMC o que mudou, como funciona e para onde caminha o sistema multilateral de comércio*. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

SABA, Sérgio. *Comércio internacional e política externa brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAMORA CORDERO, Mario. ¿Hacia un comercio internacional con justicia global? *Revista Internacional para el Desarrollo Humano*, Catalonia, n. 32, 4 oct. 2005. Disponível em: <<http://www.iigov.org/gbz/article.drt?edi=186201&art=187427>>. Acesso em: 2007.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Switzerland: WTO, [20--]. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 12 set. 2007.

A constitucionalização do direito internacional

Mito ou realidade?

Otávio Cançado Trindade

Sumário

1. Introdução. 2. Os distintos significados de “constituição”. 3. A idéia de um direito internacional objetivo. 4. A constitucionalização do direito internacional. 5. Possíveis contribuições do direito constitucional.

1. Introdução

A constitucionalização do direito internacional não é tema novo na disciplina. Tampouco se trata de questão unívoca. A polissemia do termo “constituição” possibilita a atribuição de diversos significados ao tema “constitucionalização do direito internacional”. O uso mais comum do termo “constituição” no direito internacional diz respeito a tratados que estabelecem organizações internacionais. Com frequência, fala-se em “constituição da Organização Mundial do Comércio” ou “constituição da Organização Internacional do Trabalho”. Nesses casos, o termo “constituição” é sinônimo da expressão “instrumento constitutivo”, conforme estabelecido pelo artigo 5 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986).

Não é esse o sentido que pretendemos atribuir quando falamos de “constitucionalização do direito internacional”. Quando nos referimos à “constitucionalização do direito internacional”, queremos dizer o

Otávio Cançado Trindade é doutorando em Direito e Estado pela UnB, mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco (Prêmio Hildebrando Accioly) e bacharel em Direito pela UnB. Diplomata.

processo de formação de um direito internacional objetivo, que vincula as relações entre os sujeitos do direito internacional. Trata-se da “juridificação” dessas relações.

Esse foi o sentido utilizado por Kant em sua proposta de paz perpétua. Para o filósofo alemão, existe um nexos conceitual entre direito e manutenção da paz. Esse nexos era reconhecido pela maioria dos filósofos pós-Revolução Francesa, que buscavam a manutenção da ordem, a ponto de se tornar a principal característica do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Para entender a proposta de Kant para as relações entre os povos, convém recordar o que considerava o essencial em uma constituição estatal.

O caminho que Kant propunha para uma constituição republicana fundamentava-se em dois princípios cardeais. O primeiro era o princípio da liberdade, que consiste na livre busca da felicidade por cada um, sempre que isso não impeça a busca por parte de outros indivíduos. O limite da liberdade individual haveria de ser dado pela lei. O segundo era o princípio da igualdade, entendido como a submissão de todos à mesma lei (Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 123-124). Está claro, portanto, o papel fundamental do direito nas sociedades nacionais.

Essa função pacificadora do direito não se limitava, contudo, ao interior do Estado. A ampliação cosmopolita do direito era um imperativo da razão prática, uma vez que a pacificação universal e duradoura era o fim último do direito. A idéia de uma comunidade pacífica de todos os povos, ainda que não amistosa, era, além de imperativo moral, um princípio de direito. A garantia da união de todos os povos, vinculados a um direito público mundial, seria a constituição cosmopolita (Cf. HABERMAS, 2005). Assim, do mesmo modo como a pacificação da sociedade no interior do Estado ocorreria mediante o *rule of law*, determinado por uma constituição republicana, a pacificação das relações entre os povos também ocor-

ria mediante a sujeição dessas relações ao direito – *rule of law* – determinado por uma constituição cosmopolita. Para Kant, o “plano da natureza”, que conduz a história humana, reserva ao direito internacional papel significativo. A história está intimamente ligada ao desenvolvimento de um *jus gentium* (Cf. GALINDO, 2006, p. 51-52).

Nesse artigo, investigaremos o que se quer dizer com “constitucionalização do direito internacional” e como o projeto de um direito internacional objetivo pode receber contribuições do direito constitucional. Analisaremos a possibilidade da utilização de conceitos de constituição e do constitucionalismo, formulados ao longo da história, no direito internacional. Isso contribuirá para melhor delimitar o significado de uma “constitucionalização do direito internacional”, evitando-se a polissemia do termo “constituição” no direito internacional.

2. Os distintos significados de “constituição”

Nesse item, pretendemos fazer breve exposição dos distintos significados atribuídos ao termo “constituição”. Isso servirá para que, em seguida, possamos analisar alguns conceitos que podem ser empregados no direito internacional para descrever a emergência de um direito internacional objetivo.

A primeira forma de constituição a que os historiadores do direito costumam se referir é a constituição dos antigos, na Grécia. Ainda que outros povos possam ter desenvolvido modelos de constituição anteriores e mais aperfeiçoados do que o dos gregos, foi esse o modelo a inspirar a constituição medieval e, por consequência, as constituições modernas do direito ocidental. O principal problema a que o pensamento político grego propunha-se a resolver era a manutenção da *unidade* da pólis. Por meio de uma forma de governo adequada, a ser determinada pela *politeia*, buscava-se atingir o ideal da *eunomia*, que

consistia na boa ordem da coletividade, mediante a resolução pacífica das controvérsias e de uma convivência ordenada e duradoura.

A mais conhecida obra do pensamento político grego, que se propunha a resolver o problema fundamental daquela sociedade, é a *Política*, de Aristóteles (1997). Na obra, formula-se o conceito de *politeia*, traduzido para a língua inglesa no século XIX como “constituição”. O uso do termo, contudo, é anacrônico¹. Por *politeia*, quer-se dizer a forma de governo, ou regime político, da pólis. Em célebre passagem do livro III, capítulo IV=1278b, Aristóteles (2001, p. 89) afirma que “uma constituição (*politeia*) é o ordenamento de uma cidade quanto às suas diversas funções de governo, principalmente a função mais importante de todas”. No capítulo seguinte, Aristóteles discorre acerca das três formas de governo e seus desvios. No livro V, o filósofo manifesta sua preocupação com a preservação da “constituição” e analisa as causas de sua destruição.

A obra de Aristóteles (2001) será o marco conceitual da constituição dos antigos. Para os antigos, um regime político será dotado de constituição quando tem suas origens na composição razoável das distintas tendências e dos interesses da sociedade. Os

regimes instaurados por meio da violência inevitavelmente se desviarão, e não serão dotados de constituição. A constituição dos antigos é, portanto, um grande projeto de conciliação social e política. Seu legado é a idéia de que uma comunidade política tem uma constituição quando as partes que a compõem têm a capacidade de se disciplinar, quando não estão dominadas unilateralmente por um princípio político exclusivo e quando essa disciplina não é ordenada pelos vencedores (Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 30-31).

Na Idade Média, ao contrário da percepção difundida de um declínio da idéia de constituição, esta ganhou novos traços que a aproximam do conceito atual. A primeira característica é sua entrada no mundo jurídico. No lugar de representar uma ordem política ideal, a constituição passou a significar a ordem jurídica vigente. Essa ordem jurídica determinava a capacidade normativa dos distintos poderes públicos que compunham a ordem política medieval (Igreja, reis, nobreza). A constituição tratava de delimitar as esferas de atuação de cada um desses poderes por meio do conjunto de regras, pactos e contratos existentes para a manutenção do equilíbrio.

A manutenção desse equilíbrio será o núcleo da idéia de constituição mista. Numa sociedade medieval estratificada, a lei, entendida como a confirmação de um costume, resultava da conjunção dos elementos monárquico, aristocrático e democrático². Percebe-se claramente diferença substancial entre a constituição medieval e a dos antigos. Enquanto a primeira visa a preservar o caráter plural da sociedade, sem que um poder público venha a romper o equilíbrio, a segunda visa a legitimar poderes públicos fortes. A constituição medieval era a síntese da pluralidade de pactos e acordos das distintas partes (Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 15-70). Não está

¹ O uso do termo “constituição” entrou no discurso político no século XVII. Há duas explicações para sua origem. A primeira é uma analogia entre a natureza e a política, isto é, uma metáfora aplicada a entidades políticas de termo que se referia ao corpo físico. A segunda é a crescente importância, naquele século, do termo jurídico *constitutio*, do direito romano e canônico. O termo referia-se a decretos imperiais. No direito inglês medieval, referia-se a regulamentos escritos de alcance local (em contraposição a *statute*, de maior hierarquia e alcance). No século XVII, na Inglaterra, passou a ser usado na forma de “constituições fundamentais” com o significado de leis fundamentais. Foi, no entanto, quando as colônias norte-americanas passaram a se referir à “constituição da colônia” que o termo aproximou-se do significado atual. A expressão “inconstitucional”, utilizada pela primeira vez por Bolingbroke, no século XVIII, também ganhou a dimensão conceitual atual nas colônias norte-americanas (Rhode Island, em 1764/65), quando da crise sobre a tributação imposta pela Inglaterra (Cf. STOURZH, 1988, p. 35-54; MADDIX, 1989, p. 50-67).

² Para uma análise da idéia de constituição mista à luz da teoria da diferenciação de Niklas Luhmann, Cf. Araújo Pinto (2004, p. 57-71).

presente a idéia de indivíduo, mas a soberania da comunidade política.

A origem da constituição dos modernos está na crítica da constituição mista e no surgimento, no século XVII, das teorias da soberania. As revoluções no continente europeu – em particular na Inglaterra e na França – provocadas pela transição da sociedade feudal para a capitalista criaram a necessidade de uma reorganização das sociedades nacionais. À constituição mista, que conferia legitimidade à sociedade feudal, atribuiu-se uma das causas da anarquia e da guerra civil. As teorias da soberania procuravam descrever a natureza do poder do rei. Era um poder distinto do poder dos demais estratos sociais, porquanto era irrevogável e originário.

Na obra de Jean Bodin, surge a primeira grande idéia que distingue a constituição moderna de suas antecessoras. A constituição contém um *núcleo rígido e inalterável* do poder político. Trata-se de núcleo indisponível, isto é, que não pode ser alterado ou negociado. Hobbes acrescenta novo traço da constituição moderna: no lugar de um conjunto de leis fundamentais, trata-se de uma *única lei*.

O debate sobre a origem do poder soberano oporá constitucionalismo e democracia até o início do século XX. Com Hobbes surge a analogia com o estado natural, que justificaria o poder soberano do rei. O filósofo inglês utilizou os conceitos de autorização e representação para legitimar o soberano. Apesar de os indivíduos abrirem mão de sua liberdade para instituir um poder soberano comum, não poderá um grupo de indivíduos exercer direito de resistência em relação a um soberano considerado ilegítimo. Para Rousseau, ao contrário, o povo é o titular da soberania e não está vinculado a nada. Seus representantes seriam meros comissários.

Os excessos cometidos na Revolução Francesa fizeram com que se recuperasse a necessidade de *limite* e de *garantia* na constituição moderna, a exemplo do que

era valorizado pela constituição medieval. Locke teoriza sobre os limites do legislador, que, em lugar de gerar direitos, aperfeiçoa a tutela de direitos preexistentes. A teoria norte-americana do poder constituinte vem reforçar a necessidade de limites ao legislador (mediante o controle de constitucionalidade) ao mesmo tempo em que reiterava a idéia de soberania popular.

Outro desenvolvimento fundamental pós-Revolução Francesa foi o surgimento da idéia de constituição *estatal*, predominante nas constituições do século XIX. Hegel reafirma a necessidade de um *núcleo fundamental estável* do Estado. Acrescenta, contudo, que tal núcleo deve estar livre da luta política e dos interesses particulares. Para isso, a titularidade da soberania não estaria nem com o monarca, nem com o povo, mas com o Estado. A constituição não seria norma originária da vontade de um sujeito. Seria uma ordem fundamental de convivência³. Opera-se, pois, a personificação do Estado. O monarca e os representantes do povo seriam meros órgãos do Estado. Desfazia-se, assim, o enfrentamento entre a soberania do monarca e a soberania do povo, porquanto a soberania pertencia ao Estado, que não poderia personificá-la em um de seus órgãos. A soberania do Estado impedia mudanças provocadas por um de seus componentes. O Estado confiava ao ordenamento jurídico a tutela de direitos. Concebia-se, portanto, um Estado de direito, ou *rule of law*⁴.

³ Fica evidente a diferença entre essa noção pós-revolucionária (século XIX) e a noção de constituição do século XVIII, que pode ser sintetizada na seguinte definição, de Vattel (2004, p. 26): “O regulamento fundamental que determina a maneira pela qual a autoridade pública deve ser exercida é o que forma a *constituição do Estado*. Nela se vê a forma sob a qual a Nação age na qualidade de organismo político, como e por quem o povo deve ser governado, e quais são os direitos e deveres daqueles que governam. Esta constituição não é nada mais que o estabelecimento da ordem em que uma Nação se propõe trabalhar em comum para obter vantagens em razão das quais a sociedade política foi estabelecida”.

⁴ Enquanto a Europa continental buscava dissociar a origem de seu direito público de todo ato de

O colapso do império prussiano (construído por Bismarck, Guilherme I e Guilherme II) após a primeira guerra mundial deu origem à Constituição de Weimar (1919). A derrota alemã possibilitou a ascensão ao poder da “social-democracia” e a superação da constituição meramente estatal. A exigência de democracia fez com que as novas constituições do período contivessem as grandes decisões do poder constituinte. Diferentemente da época revolucionária, as constituições democráticas deveriam englobar um núcleo inviolável de direitos fundamentais. O legislador constituído sujeitar-se-ia a um controle de constitucionalidade.

Dois conceitos de democracia caracterizaram o debate no entre-guerras: o de Carl Schmitt e o de Hans Kelsen. Para Schmitt, o aspecto representativo torna impossível a identidade entre governantes e governados, que é a essência da democracia. O presidente, eleito diretamente pelo povo, representaria a sua unidade, e era o guardião da constituição⁵. A democracia consistiria na identidade da lei com a vontade

violência, a Inglaterra já superara esse problema em sua revolução do século XVII. A principal característica da constituição inglesa era a soberania do Parlamento. “Parliament means (...) the King, the House of Lords, and the House of Commons; these three bodies acting together may be aptly described as the ‘King in Parliament’” (DICEY, 2005, p. 37). Tal soberania caracteriza-se pela origem tripartite do direito inglês: do rei, da aristocracia e do povo. Nenhum órgão pode invalidar uma lei do Parlamento. Portanto, a soberania não tem origem em nenhum dos componentes do Parlamento de forma isolada.

⁵ Segundo a ideologia nazista, o “führer” é o que une o Estado, o partido e o povo. A palavra pode referir-se a um maquinista ou comandante de um barco para significar condutor ou líder. O testemunho de Franz Neumann, escrito no calor dos acontecimentos, é revelador. “Se alega que éste es cosa por entero diversa de la dominación: según la ideología alemana, el carácter de liderazgo es, precisamente, lo que distingue al régimen nacional-socialista de la dominación absolutista. (...) Adolfo Hitler es el líder supremo. Combina las funciones de legislador supremo, administrador supremo y juez supremo. Es líder del partido, del ejército y del pueblo” (NEUMANN, 2005, p. 107-108).

popular. A vontade do Estado não deve ser o resultado de uma discussão, mas da vontade direta do povo, sem mediações.

Kelsen, por sua vez, associa a constituição democrática ao pluralismo. O povo é mera abstração, impossível de ter qualquer correspondência concreta. A constituição, dessa maneira, não tem autor, não pode ser apropriada por um sujeito. Trata-se de um processo histórico que compõe formas institucionais para acomodar a pluralidade de interesses. O parlamento, ainda que foro ideal para essa composição de interesses, está limitado pelo controle de constitucionalidade.

O debate do constitucionalismo contemporâneo ainda ecoa o debate entre Kelsen e Schmitt. O desafio atual é conciliar a soberania popular com o pluralismo, que rejeita a visão única do bem comum. O constitucionalismo moderno é caracterizado, precisamente, pela articulação entre o liberalismo – a que se vincula o pluralismo – e a democracia. Isso requer, por um lado, a defesa do máximo de pluralismo. De outro, um consenso mínimo sobre os valores de uma comunidade política democrática, que garanta o pluralismo. É a tensão permanente entre a lógica da diferença (pluralismo) e a lógica da equivalência (comunidade política) que constitui a garantia da democracia (Cf. MOUFFE, 1994).

3. A idéia de um direito internacional objetivo

A existência de um direito que vincule os diversos povos e assegure a unidade de uma sociedade mundial foi defendida pelos teóricos clássicos do direito internacional, nos séculos XVI e XVII. Esse direito era associado, com frequência, ao *jus gentium* do direito romano. Em Roma, o *jus gentium*, ainda indissociado do direito natural porquanto não emanava da vontade legislativa, regia as relações entre estrangeiros dentro do Império. Era um direito *intra gentes*, mas não *inter gentes*. A Idade Mé-

dia herdou a classificação tripartite direito natural, civil e das gentes. Para Francisco de Vitória, o *jus gentium* aplicava-se aos mais distintos povos de todo o mundo (Cf. MACEDO, 2007, p. 67-69). Seria um direito cuja validade decorria da *recta ratio* inerente à humanidade, e não da vontade de seus sujeitos (Cf. MOSLER, 1974, p. 137). A vontade dos Estados estaria, pois, limitada por esse direito. Era um direito objetivo, apreendido pela razão humana.

A transformação do *jus gentium* em direito internacional teve como estopim a Reforma Protestante e o desmembramento da unidade cristã européia, com a conseqüente erosão de uma moral universal. A criação de uma sociedade de Estados soberanos pela Paz de Westphalia levou à necessidade de se determinarem as normas aplicáveis aos Estados. Ocorreu um processo de personificação do Estado, que passou a ostentar atributos similares aos dos indivíduos. O *jus gentium* daria lugar ao *jus inter gentes*, um direito com objeto mais limitado, que visava tão-somente assegurar a coexistência e a coordenação de seus sujeitos. A reação contra-revolucionária do século XIX – cuja teoria da soberania do Estado é um claro desdobramento⁶ – levou à fragmentação do *jus gentium* e à exclusão de indivíduos e povos da seara do direito internacional, que assumiu mera dimensão interestatal (Cf. TRINDADE, 2006, p. 43-44). O fundamento do direito internacional seria a vontade de seus únicos sujeitos: os Estados.

Apesar de a doutrina internacionalista pós-Reforma Protestante se enveredar nesse caminho, Francisco Suárez e Hugo Grotius formularam a existência de um *jus*

gentium positivo e não-voluntarista. Para o filósofo espanhol, a manifestação do *jus gentium* se dava por meio do costume (sua fonte formal). Sua fonte material seria, contudo, os laços de caridade que unem os diversos povos. Representaria, dessa forma, um mínimo ético entre os povos. O *jus gentium*, emanado da própria humanidade, e não da vontade dos Estados, expressa uma ordem jurídica de valores objetivos (Cf. MACEDO, 2007, p. 272-274). Apesar de ser direito positivo (pois emana do costume), não está entregue ao arbítrio dos Estados. O *jus gentium* de Grotius, conquanto despia-se de conteúdo ético e emanava do consenso entre as nações (manifestado pelo costume), está imerso numa sociedade mundial (composta por Estados, povos e indivíduos) criada pelo direito natural. Isso assegura a moralidade no direito internacional (Cf. MACEDO, 2007, p. 341-342).

A visão voluntarista de um direito internacional subjetivo, confirmada pela jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)⁷, prevaleceu até a segunda guerra mundial. Contudo, ela sempre enfrentou resistência. A principal crítica dirige-se à impossibilidade de o consentimento constituir a fonte última do direito internacional, uma vez que seria necessário encontrar uma regra anterior conferindo efeito jurídico ao consentimento⁸. Teorias baseadas na autolimitação do Estado não resolviam o seguinte problema: a vontade dos Estados que cria o direito internacional é a mesma vontade que o viola.

⁷ No célebre caso Lotus (1927), a Corte declarou que as normas de direito internacional emanam da livre vontade dos Estados; restrições sobre essa liberdade não poderiam ser presumidas. Consagrou-se a regra residual no direito internacional (o que não está proibido está permitido).

⁸ Outras críticas dirigiram-se à insuficiência de o consentimento explicar regras como a *pacta sunt servanda* e a impossibilidade de um Estado fundamentar excludente de responsabilidade internacional no seu direito interno (FITZMAURICE, 1958, p. 162-176 apud TRINDADE, 2006, p. 48).

A idéia de um direito internacional objetivo está fortemente associada ao que se denominou *jus gentium*, isto é, um direito que vincule Estados, povos e indivíduos. Em obra doutrinária coletiva de 1925, defendeu-se que esse direito internacional objetivo – com aplicação dos princípios básicos comuns a todos os povos – preexiste à vontade dos Estados. Afinal, Estados nem sempre existiram, e o direito internacional formou-se e evoluiu não apenas para regular as relações entre Estados (Cf. TRINDADE, 2006, p. 56-57).

A oposição voluntarismo (consensualismo) x objetivismo (não consensualismo) é irreconciliável. A dificuldade está em optar-se pelo argumento descendente (naturalista, não-consensual) ou ascendente (consensualista). O primeiro enfrentaria dificuldades em demonstrar o conteúdo de suas normas. O segundo legitimaria a vontade de cada Estado a cada momento. A opção, em abstrato, por um dos argumentos tende a aprisionar o intérprete na apologia (dependência da vontade do Estado) ou na utopia (dependência de uma moralidade natural). A escolha de um dos argumentos dependeria do caso concreto (Cf. KOSKENNIEMI, 2005. p. 332).

4. A constitucionalização do direito internacional

Como reação à predominância das teorias voluntaristas do direito internacional no início do século XX, parte da doutrina advogou, no entre-guerras, a existência de uma constituição internacional ou de princípios constitucionais internacionais. A escola germânica, de viés neonaturalista, recorreu a princípios constitucionais que traduzem ideais de justiça e de bem comum (Verdross, Simma, Mosler). A escola italiana, de viés sociológico, fundamentava a constituição na existência de uma comunidade internacional (Santi Romano). Tencionava-se dar uma resposta ao argumento de que a ausência de uma constituição compromete

a unidade do direito internacional, transformando-o em mera coletânea de regras convencionadas ao acaso. Postular uma constituição significava conferir ao direito internacional uma base objetiva, capaz de conciliar poder e direito.

Ambas as escolas argumentavam que, para conferir à vontade o poder de criar uma norma jurídica, era necessário pressupor uma norma objetiva atribuindo essa qualidade à vontade. Haveria, portanto, princípios jurídicos superiores, anteriores à experiência jurídica. Tais princípios constituem o fundamento de um direito internacional objetivo. O direito internacional é, pois, retirado da esfera unilateral, em que prevalecem vontades soberanas momentâneas. São princípios de natureza imperativa, *jus cogens*, que asseguram a perenidade da constituição internacional (Cf. KOLB, 2001, p. 103-105).

Ainda antes da primeira guerra, como resultado das Conferências de Paz da Haia (1899 e 1907), teóricos da Alemanha e da França defendiam um direito internacional objetivo. Na Alemanha, Josef Kohler, fundador do primeiro periódico alemão de direito internacional⁹, declarava a unidade cultural da humanidade e caracterizava o direito internacional como uma “ciência da paz”. Para o jurista, em vez de tratados, era necessário construir uma ciência que identificasse princípios de um direito natural enraizado na cultura. Sua influência é evidente na obra de Walther Schücking, membro da delegação da Alemanha à Conferência de Paz de Versalhes e o único juiz alemão na CPJI. Schücking chegou a preparar projeto de constituição para uma confederação mundial a ser criada na 3ª Conferência de Paz da Haia, prevista para 1915 (Cf. KOSKENNIEMI, 2001, p. 213-222).

Tais teorias tiveram visível influência nos debates sobre a criação da Liga das Nações. Schücking foi o autor da proposta alemã de uma constituição para a Liga. O texto

⁹ Zeitschrift für Völkerrecht und Bundestaatsrecht.

previa, além de um Parlamento mundial, a manutenção permanente da paz por meio da arbitragem obrigatória, pelo tribunal da Liga, de todas as disputas jurídicas, bem como da mediação obrigatória, pelo Gabinete Internacional de Mediação, de todas as disputas políticas. O texto inspirou-se em proposta apresentada na Conferência da Haia de 1907, recusada, na ocasião, pela Alemanha imperial. A submissão completa das relações internacionais ao direito foi, contudo, rejeitada pelos aliados (Cf. KIMMICH, 1976, p. 20).

A doutrina sociológica francesa do direito internacional, sob influência de Augusto Comte e Émile Durkheim, ganhou relevo graças às obras de Léon Bourgeois, Léon Duguit e George Scelle. A escola sociológica segue a premissa de que o comportamento humano é determinado pelas leis morais e sociais da coletividade. O próprio Estado seria criação da sociedade. O direito emerge espontaneamente de fatos objetivos. O direito internacional não escaparia dessa realidade, sendo fruto da existência de uma sociedade internacional. George Scelle, principal representante da escola sociológica no direito internacional, afirmava que a sociedade internacional, como qualquer sociedade, é composta por indivíduos. Se o direito constitucional é, sobretudo, um direito sociológico, a sociedade internacional também tem a sua constituição. Trata-se de uma constituição não escrita da sociedade internacional formada pelos princípios do direito internacional. O conteúdo do direito internacional poderia ser dividido em princípios constitucionais, direito administrativo, direito dos contratos e direito internacional penal (Cf. KOSKENNIEMI, 2001, p. 330).

Esses debates do entre-guerras foram centrais para Alfred Verdross utilizar-se da noção de “constituição” no plano internacional. O aluno de Hans Kelsen publicou, em 1926, *The constitution of the international legal community* (Cf. SIMMA, 1995, p. 33-54). Influenciado pelo monismo de Kelsen, que

preconizava a unidade do direito (internacional e interno), Verdross identificava a constituição da comunidade internacional nos princípios fundamentais do direito internacional, que determinam suas fontes, sujeitos e distribuição de jurisdições. Essa constituição baseava-se no direito consuetudinário e em tratados multilaterais, como o Pacto Briand-Kellogg (a obra de Verdross é anterior à Carta da ONU).

Em novo trabalho de 1984, publicado em co-autoria com Bruno Simma, Verdross (1984) afirma que a Carta da ONU atingiu o *status* de constituição da comunidade universal de Estados. O termo é usado, diferentemente das concepções materiais anteriores, com o significado de constituição formal. É entendido, pois, como um conjunto de regras de direito internacional superiores em relação às demais normas. Sua existência é pré-condição para a validade das demais normas do ponto-de-vista lógico e jurídico.

Alguns autores contemporâneos seguiram essa linha e têm identificado a Carta da ONU como uma constituição internacional. Em primeiro lugar, argumenta-se que a Conferência de São Francisco foi um “momento constitucional”. A profunda transformação na ordem internacional estaria refletida no preâmbulo e no capítulo I da Carta. Em segundo lugar, a Carta, a exemplo de qualquer instrumento constitucional, prevê as funções básicas de governo, isto é, o modo de criação e de aplicação do direito, ainda que sem a nítida separação orgânica de funções verificada no direito interno (Cf. FASSBENDER, 1998, p. 529-619).

O mais sólido argumento a favor da Carta como constituição parece ser a hierarquia de normas criada pelo instrumento. Segundo essa leitura da Carta, alguns dispositivos, como seu artigo 2(6) – que impõe a obrigação de Estados não membros da ONU observarem seus princípios – e seu artigo 103 – que determina a primazia das obrigações decorrentes da Carta sobre as demais –, são exceções

ao direito internacional geral que qualificam a Carta como Constituição. Parte da doutrina entende, contudo, que o artigo 2º obriga a Organização a fazer com que não-membros observem seus princípios. O dispositivo, portanto, não vincularia não-membros. Da mesma forma, o artigo 103 apenas autorizaria Estados-membros a não observarem obrigações contraídas decorrentes de tratados que entrem em conflito com obrigações oriundas da Carta (observância a uma decisão do Conselho de Segurança, por exemplo).

Outra corrente constitucionalista no direito internacional não associa a Carta da ONU com a constituição da sociedade internacional. Hermann Mosler (1974) e Christian Tomuschat (1993) argumentam que a constituição da sociedade internacional são aquelas normas e princípios que dizem respeito à criação, validade e extinção do Direito. Em seu Curso na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1974, Mosler considera a sociedade internacional uma comunidade regida pelo direito. A constituição estabeleceria o fundamento da validade do sistema jurídico do qual derivam as obrigações nessa comunidade. Os valores jurídicos fundamentais da comunidade, por sua vez, formariam a *ordem pública internacional*. Para Mosler, a constituição da sociedade internacional não coincidiria, necessariamente, com a Carta das Nações Unidas.

Tomuschat (1993) recupera o tema da comunidade internacional em seu Curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1993. O autor considera a comunidade internacional uma entidade jurídica regida por uma constituição, cujos principais elementos são normas sobre a criação, aplicação e adjudicação do direito. Tomuschat (1993), no entanto, vai além de seu antecessor ao considerar que existe um arcabouço jurídico – ou constituição – que determina certos valores comuns que independem do consentimento dos Estados. A principal característica da constituição

internacional seria, portanto, seu caráter objetivo. Apesar de não identificar a Carta como a constituição internacional, Tomuschat (1993) considera-a um tratado, como outros tratados globais, que concretizam princípios constitucionais da ordem jurídica internacional.

Essa corrente constitucionalista é seguida por Erika de Wet (2006), titular da cátedra de direito internacional constitucional da Universidade de Amsterdã¹⁰. A autora considera que uma ordem constitucional internacional emergente consiste de: uma comunidade internacional; um sistema internacional de valores; e estruturas rudimentares para a sua aplicação. Apesar de a adoção da Carta da ONU ter sido momento decisivo na formação de uma comunidade internacional, o sistema exclusivamente estatal da Carta não compreende toda a comunidade internacional, que vai além dos Estados. Por conseqüência, ela não pode ser considerada a constituição da comunidade internacional. A Carta da ONU seria o fator de ligação das distintas comunidades normativas (nacional, regional ou setorial – como OMC, OIT, etc.) que formam a comunidade internacional (Cf. WET, 2006, p. 51-76).

Essa ordem constitucional internacional emergente seria caracterizada pela crescente hierarquização. Um sistema internacional de valores, composto por normas de forte conteúdo ético, tem adquirido posição hierárquica superior por meio da prática dos Estados. Nesse processo, a Carta da ONU desempenha papel fundamental, porquanto seus artigos 1º(3), 55, 56, 62 e 68 foram a base para a negociação e a adoção de normas de direitos humanos posteriormente elevadas ao núcleo desse sistema de valores. Dois marcos para esse sistema

¹⁰ A autora coordena, em conjunto com três doutorandos e um pós-doutorando, o projeto de pesquisa “The emerging international constitutional order – the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making” (informação disponível em <<http://home.medewerker.uva.nl/e.dewet/>>).

emergente de valores foram a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) e o caso *Barcelona Traction* (1970), na Corte Internacional de Justiça (CIJ). A primeira, em seu art. 53, introduziu no direito internacional positivo o conceito de normas *jus cogens*, com o objetivo de torná-las indisponíveis, isto é, inderrogáveis pela prática dos Estados ou pela celebração de tratados. Já no caso *Barcelona Traction*, a CIJ fez a distinção entre obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo (*erga omnes*) e obrigações para com outros Estados considerados individualmente. O primeiro tipo de obrigação vincula todos os Estados¹¹.

Também no direito da responsabilidade internacional do Estado, a noção de hierarquia de obrigações se faz presente. A Parte II do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado (2001), preparado pela Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI), trata, precisamente, das conseqüências jurídicas de ilícitos internacionais. O artigo 41 discorre acerca das conseqüências específicas de uma “grave violação de obrigações sob normas peremptórias de direito internacional geral”¹². Além das conseqüências jurídicas

¹¹ A distinção foi reafirmada, em 2004, na Opinião Consultiva nº 9 (*Conseqüências jurídicas da construção de um muro nos territórios palestinos ocupados*), em seu parágrafo 155: “A Corte considera que, dentre as obrigações violadas por Israel, figuram obrigações *erga omnes*. Como a Corte indicou no caso *Barcelona Traction*, tais obrigações, por sua própria natureza, ‘concernem todos os Estados’ e, ‘tendo em vista a importância dos direitos envolvidos, pode-se considerar que todos os Estados têm o interesse jurídico em ter esses direitos protegidos’ (...) As obrigações *erga omnes* violadas por Israel são a obrigação de respeitar o direito de autodeterminação do povo palestino e algumas de suas obrigações sob o direito internacional humanitário” (tradução livre, disponível em <www.icj-cij.org> acesso em 15.6.2007).

¹² Artigo 41: 1) Os Estados cooperarão para pôr fim, mediante meios lícitos, a graves violações conforme o significado do artigo 40; 2) Nenhum Estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma grave violação conforme o significado do artigo 40, nem fornecerá assistência ou ajuda para manter essa situação; 3) Esse artigo se aplica sem prejuízo

aplicáveis a ilícitos internacionais em geral, a violação de normas peremptórias impõe três deveres adicionais para os Estados (comunidade internacional como um todo). Uma obrigação de fazer, que constitui o dever de cooperar para pôr fim à violação; duas obrigações de não fazer, que compreendem o dever de não reconhecimento da situação criada pela violação como lícita e de não prestação de qualquer ajuda para a manutenção da situação delituosa. James Crawford (2002, p. 249), relator do Projeto, atribui a ausência de dispositivos mais específicos sobre o dever de cooperação à diversidade de circunstâncias possivelmente envolvidas nesses tipos de violação (denominadas, por seus predecessores na CDI, crimes de Estado). Há, portanto, possibilidade de cooperação dentro de uma moldura não institucionalizada, mas “sempre mediante meios legais”.

O debate sobre a constitucionalização do direito internacional tem adentrado certas comunidades normativas setoriais, ou regimes internacionais. Para alguns autores, o direito da OMC, por exemplo, está passando por um processo de constitucionalização. O debate tem fomentado maior discussão doutrinária sobre o significado da constitucionalização no direito internacional. Deborah Cass (2005, p. 28) distingue da seguinte maneira constituição, constitucionalismo e constitucionalização: a primeira trata de arranjos formais de governo; o segundo refere-se ao conjunto de valores associados a constituições liberais, tais como o império do direito (*rule of law*) e a proteção de direitos; constitucionalização é o processo de mudança mediante o qual arranjos formais, com os valores do constitucionalismo liberal, são feitos. A constitucionalização compreenderia seis elementos: um conjunto de práticas sociais para regular o comportamento político e

das demais conseqüências previstas nessa Parte, e de outras conseqüências que possam advir do direito internacional em virtude da natureza da violação prevista nesse capítulo.

econômico; a crença no surgimento de uma nova regra fundamental, ou *Grundnorm*, que transforma um conjunto de normas em uma ordem coerente e unificada; a existência de uma comunidade política que autorize a constituição, cujos interesses estarão nela refletidos; a existência de um processo deliberativo de elaboração do direito; definição das relações entre os órgãos criados; existência de um nível de aceitação social ou legitimidade do processo.

5. Possíveis contribuições do direito constitucional

Apesar do crescente debate sobre a constitucionalização do direito internacional, há quem questione sua possibilidade e utilidade. Para Koskeniemi (2007, p. 1-30), a impossibilidade do constitucionalismo internacional reside na ausência de um consenso internacional básico sobre o bem comum ou um projeto político compartilhado, elementos que o autor entende essenciais no constitucionalismo nacional. Não seria possível, segundo essa visão, acordo sobre os valores constitucionais no plano internacional. Além disso, não há um poder constituinte internacional que possa dizer o que é constitucional. A mera repetição do vocabulário constitucional no plano internacional não tem nenhum mérito intrínseco. A única razão para se preferir o constitucionalismo no plano internacional – com as práticas e instituições a ele associadas – seria a opção por um projeto político que identificasse objetivos políticos que uma constituição internacional tencionava fortalecer. Para o autor, contudo, o próprio direito internacional é um projeto político. Atua como uma idéia reguladora da comunidade universal, independente de interesses particulares. Seria, na terminologia kantiana, um projeto de razão prática para julgar o estado das relações mundiais a partir de um ideal de universalidade que não pode ser reduzido a uma instituição ou técnica.

A crítica de que a ausência de uma concepção universalmente aceita de bem comum impede a existência de uma constituição da comunidade internacional parte da premissa de que tal concepção é necessária para uma constituição. Pensamos, contudo, que esse entendimento está dissociado do constitucionalismo contemporâneo. Este é alicerçado, precisamente, no pluralismo, entendido como a recusa de uma visão única de bem comum. A primeira etapa da construção do sujeito constitucional é a negação de qualquer forma específica de bem comum. Ele é inerentemente incompleto e, por conseqüência, sempre aberto a uma busca incessante de completude nas diversas concepções de bem de uma sociedade. Após negar exclusividade o predomínio de concepções de bem, o sujeito constitucional pode readmiti-las dentro de um universo pluralista. A única concepção que não é excluída no primeiro momento é a do próprio pluralismo, condição para o constitucionalismo contemporâneo (Cf. ROSENFELD, 2003, p. 26, 54).

Não é a intenção deste artigo indagar sobre os méritos do uso de conceitos de direito constitucional na seara do direito internacional, mas somente explorar contribuições do constitucionalismo para um direito internacional objetivo. É importante registrar, contudo, que o uso de analogias de direito interno no direito internacional é tão antigo quanto o surgimento do conceito de *jus gentium*, ele próprio uma analogia a partir do direito romano. Em monografia sobre o tema, H. Lauterpacht (1970) propõe analogias de direito privado para o estudo de territórios (propriedade, posse, prescrição aquisitiva e extintiva, servidão), para a sucessão de Estados, para a responsabilidade internacional e para o direito dos tratados. O autor conclui que o uso dessas analogias, sempre utilizadas por autores clássicos, resultava do entendimento de que o direito internacional é a realização do direito natural, cujos preceitos foram incorporados pelo direito romano. Tal

procedimento passou a ser rechaçado pelos positivistas por acreditarem que ameaçava a independência e o caráter científico do direito internacional. Para Lauterpacht, contudo, há uma norma consuetudinária – hoje positivada no art. 38 do Estatuto da CIJ –, confirmada na época pela prática dos tribunais, segundo a qual princípios gerais do direito, justiça e equidade são, ao lado dos tratados e do costume, vinculantes sobre os Estados. Tais fontes são, em sua grande maioria, idênticas a institutos do direito interno (Cf. LAUTERPACHT, 1970, p. 297-306).

A partir da primeira metade do século XX, com o surgimento da Liga das Nações, a tendência de se utilizarem estruturas típicas de direito interno não se limitou a institutos específicos de direito internacional como aqueles estudados por Lauterpacht, mas incluiu projetos para a construção da ordem internacional (Cf. GALINDO, 2006, p. 196-197). Como visto, os próprios debates que levaram ao surgimento da Liga foram marcados por analogias domésticas. Faz-se necessário, pois, determinar o que se quer dizer quando se utiliza a analogia constitucional no direito internacional. Recorreremos, para isso, aos valores e conceitos desenvolvidos pelo constitucionalismo nacional em seus distintos momentos na história.

Quando nos referimos à constitucionalização do direito internacional, há poucos elementos oriundos da constituição dos antigos. A idéia de constituição na sociedade grega não era um conceito jurídico, mas político. O principal legado da Antigüidade foi a discussão sobre as formas de regime político, seus desvios e os cuidados a tomar para evitá-los. O que se assemelha ao atual debate sobre a constitucionalização do direito internacional é o ideal a que almejavam, a ser atingido pela constituição: a eunomia, entendida como a boa ordem da coletividade mediante a resolução pacífica das controvérsias. Quiçá se possa, a partir desse ideal, concluir que a principal norma

constitucional do direito internacional é a proibição da ameaça ou uso da força.

A constituição medieval também oferece elementos que estão contidos na idéia de constitucionalização do direito internacional. O principal deles é a não equivalência da constituição a uma única lei, mas a uma pluralidade de regras e pactos. No direito internacional, como vimos, a despeito de alguns autores identificarem sua constituição exclusivamente na Carta da ONU, a maioria dos autores a entende como um conjunto de normas imperativas que podem, ou não, ser encontradas na Carta. Há normas constitucionais que seriam, a exemplo da constituição medieval, costumeiras, isto é, decorrentes de uma prática reiterada pelos Estados considerada obrigatória (*opinio juris*). Há autores que entendem que só uma norma costumeira pode adquirir a qualidade de constitucional. Segundo Brownlie (1998, p. 513), para uma norma ser considerada *jus cogens*, portanto constitucional, ela deve ser, antes de tudo, consuetudinária.

É a constituição moderna a que oferece mais elementos para que se possa entender o significado de uma constitucionalização do direito internacional. Em primeiro lugar, surge a idéia de núcleo rígido e inalterável inerente à constituição. Em segundo lugar, no ambiente pós-revolucionário, surgem as idéias de limite do poder e de garantia de direitos fundamentais.

No direito internacional, a existência de núcleo rígido e inalterável de normas implicaria a existência de hierarquia entre obrigações, por conseguinte, uma ordem jurídica. Normas constitucionais, contidas nesse núcleo, seriam indisponíveis pelos Estados, inegociáveis. A rigidez de normas fundamentais é elemento essencial da constitucionalização do direito internacional (Cf. SCHILLING, 2005)¹³. O reconhe-

¹³ Para o autor, os outros dois elementos são a internacionalização de direitos fundamentais e a generalização de normas fundamentais, isto é, sua aplicação no sistema jurídico internacional como um todo.

cimento de normas *jus cogens*, positivado na Convenção de Viena (1969), equivale a reconhecer a rigidez de certas normas no direito internacional, que desfrutam de hierarquia mais elevada do que normas de tratados ou consuetudinárias. A principal conseqüência é que a norma *jus cogens* não pode ser derogada pelos Estados nem por tratados nem por costumes com igual força normativa. Além disso, podem ter efeito no ordenamento jurídico doméstico sobre normas que violem um *jus cogens*¹⁴.

As idéias do constitucionalismo moderno relativas à limitação do poder são de difícil equivalência no debate sobre a constitucionalização do direito internacional. No plano nacional, elas dizem respeito à diferenciação funcional dos órgãos do Estado e dos controles a serem exercidos entre eles. No plano internacional, a limitação do poder pode ser associada a discussões relativas ao controle da legalidade dos atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A esse respeito, não apenas são divergentes as posições doutrinárias, mas também as decisões judiciais sobre o tema. Enquanto a CIJ recusou-se a exercer tal controle no caso *Lockerbie* (1992), o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (ICTY) exerceu tal controle ao declarar a possibilidade de o Conselho criar tribunais penais *ad hoc*, em exceção preliminar no caso *Tádić* (1995) (Cf. BORE, 2006, p.827-860).

Já a idéia de garantia de direitos equivalente, no debate sobre a constitucionalização do direito internacional, à emergência da proteção internacional dos direitos humanos. O indivíduo, conceito intimamente vinculado ao constitucionalismo moderno e ausente das constituições medieval e dos antigos, recuperou, a partir da segunda me-

tade do século XX, a personalidade jurídica internacional reconhecida pelos fundadores do *jus gentium* do século XVI. O indivíduo se emancipa do próprio Estado quando tem negado direito fundamental reconhecido por convenções internacionais para pleiteá-lo perante tribunais internacionais. Nos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos, o indivíduo, além de personalidade jurídica, tem capacidade processual plena (*locus standi in judicio*). Nesse contexto, a constitucionalização do direito internacional significa que esse direito, a exemplo do direito constitucional, tem como finalidade, cada vez mais, a garantia de direitos fundamentais (Cf. TRINDADE, 2007, p. 151-171).

Pode-se dizer, portanto, que a constitucionalização do direito internacional é a reprodução de conceitos do constitucionalismo nacional no direito internacional. Neste trabalho, procuramos identificar idéias desse constitucionalismo e sua equivalência no direito internacional. Se uma constituição é fruto da contemplação de uma sociedade sobre si mesma num dado espaço e tempo, ou seja, é a "personalidade" de uma sociedade (ALLOT, 1990, p. 133), a sociedade – ou comunidade – internacional pode valer-se das centenas de anos de debate constitucional em sociedades nacionais para eleger valores a serem universalizados e retirados da disponibilidade dos Estados.

Referências

ALLOT, Philip. *Eunomia: new order for a new world*. Oxford: Oxford University, 1990.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. 2004. ?f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

¹⁴ "O fato de a tortura ser proibida por uma norma preempatória de direito internacional tem efeitos nos níveis inter-estatal e individual. No nível inter-estatal, serve para deslegitimar internacionalmente qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial que autorize a tortura" (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Furundzija* (10 dez. 1998), parágrafo 153, tradução livre).

- BORE, Valérie Eveno. Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de Sécurité : ver un constitutionnalisme international?. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 110, n. 4, p. 827-860, 2006.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- TRINDADE, A. A. Caçado. The emancipation of the individual from his own state: The historical recovery of the human person as subject of the law of nations. Human rights, democracy and the rule of law: *liber amicorum Luzius Wildhaber*, [S. l.], 2007.
- _____. International law for humankind: towards a new *jus gentium*. *Recueil des Cours*, Haia, t. 316, 2006.
- CASS, Deborah. The constitutionalization of the world trade organization: legitimacy, democracy, and community in the international trading system. Oxford: Oxford University, 2005.
- CRAWFORD, J. The international law commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries. Cambridge: Cambridge University, 2002.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Elibron Classics, 2005.
- FASSBENDER, Bardo. The united Nations charter as a constitution of the international community. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nova York, n. 36, p. 529-619, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trotta: Madri, 2001.
- GALINDO, George R. B. Quem diz humanidade, pretende enganar?: internacionalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). 2006. ?f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?. *El occidente escindido: pequeños escritos políticos*, Madrid, p. 113 -187, 2005.
- HEGEL, G. W. F. *Philosophy of right*. Tradução de T. M. Knox. Oxford: Clarendon, 1949.
- KIMMICH, Christoph M. *Germany and the League of Nations*. Chicago: The University of Chicago, 1976.
- KOLB, Robert. *Théorie du ius cogens international*. Paris: Universitaires de France, 2001.
- KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: between technique and politics. *The modern law review*, Boston, v. 70, n. 1, p. 1-30, jan. 2007.
- _____. The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- _____. From apology to utopia: the structure of the international legal argument. Cambridge: Cambridge University, 2005.
- LAUTERPACHT, Hersch. *Private law sources and analogies of international law*. Hamden: Archon Books, 1970.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Uma comparação entre os conceitos de *jus gentium* em Francisco Suárez e Hugo Grócio. 2007. ?f. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- MADDOX, Graham. *Constitution*. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell (Ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University, 1989.
- MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recueil des Cours*, Haia, t. 140, n. IV, 1974.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 9-20, jul./dez. 1994.
- NEUMANN, Franz. *Behemoth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SCHILLING, Theodor. On the constitutionalization of general international law: Jean Monnet Working Paper 06/05. Nova York: New York University School of Law, 2005.
- SIMMA, Bruno. The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law. *European Journal of International Law*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-54, 1995.
- STOURZH, Gerald. *Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century*. In: BALL, Terence; POCOCK, J. G. A. (Ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University of Kansas, 1988.
- TOMUSCHAT, Christian. *Obligations arising for states without or against their will*. *Recueil des Cours*, Haia, t. 241, n. IV, p. 195-374, 1993.
- VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: IPRI; UnB, 2004.
- WET, Erika de. The international constitutional order. *International and comparative law quarterly*, [S. l.], v. 55, p. 51-76, jan. 2006.

O trabalho infantil doméstico

Rompendo com o conto da Cinderela

Kátia Magalhães Arruda

Sumário

1. Introdução. 2. Características sócio-culturais do Brasil: o trabalho doméstico como derivação do trabalho escravo. 3. “Uma menina para criar” ou uma criada fácil de mandar? 4. Considerações finais.

1. Introdução

O mais famoso conto de Walt Disney narra a trajetória de uma sonhadora menina órfã, que em vez de ser criada e protegida por sua madrasta, dando-lhe os mesmos direitos de suas filhas legítimas, converte a fragilizada menina em criada, com a responsabilidade sobre todos os serviços da casa.

Assim, Cinderela transforma-se na ‘gata borralheira’ porque vivia no borralho¹, lavando, passando, varrendo, cozinhando e executando diuturnamente as ordens da madrasta e suas filhas, crescendo sem tempo para seus livros e por muito pouco quase chega a perder seus sonhos, salvos apenas pelo aparecimento de uma encantada fada madrinha...

O conto infantil, para alegria das crianças do mundo inteiro, tem um final feliz. Mas ao refletirmos sobre seu conteúdo, é possível reconhecer inúmeros traços que

Kátia Magalhães Arruda é desembargadora presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região/MA.

¹ Significa cinzas, lareira. Chama-se borralheira quem fica no borralho, na cozinha, que sai pouco de casa (Novo Dicionário Aurélio).

nos reportam a uma antiga chaga que insiste em permanecer no mundo moderno: o trabalho infantil doméstico.

Façamos um recorte do conto de fadas para a realidade brasileira², em especial a nordestina, e veremos que a maioria das crianças e adolescentes levados ao trabalho doméstico vão para as casas das famílias com a promessa de que serão bem criados, terão direito a estudo e serão tratados como parte da família.

No entanto, logo terão que lavar, passar e limpar todos os quartos da casa ou exercer a responsabilidade do cuidado de outras crianças, sem jornada de trabalho definida e sem remuneração, já que os patrões estão “fazendo o favor” de ajudar as famílias pobres, geralmente do interior do Estado, na criação dessas crianças.

O relatório anual da Unicef (1997) sobre a situação mundial da infância denuncia o trabalho infantil doméstico como uma das formas de exploração mais difundidas e menos pesquisadas, embora algumas causas imediatas sejam atribuídas à extensão desse trabalho: a deficiência do sistema educacional, o ingresso maior de mulheres no mercado, a forte redução de serviços de assistência social e o empobrecimento das famílias nas áreas rurais.

No Brasil, estima-se que perto de 9% do trabalho infantil está na ocupação do trabalho doméstico. Isso não parece assustar ou causar a indignação devida, e o motivo é muito simples: esse tipo de exploração parece estar enraizado na cultura brasileira.

Também no Conto da Cinderela, costuma-se indignar mais pela proibição da ida ao baile que pelo fato de a bela mocinha estar obrigada a trabalhos penosos e sem descanso.

A própria personagem parece muito conformada com o papel que lhe foi desti-

² A matéria me foi apresentada para reflexão, pela primeira vez, pelo Ministro Lélío Bentes, do Tribunal Superior do Trabalho, como uma forma didática de explicar a diferença entre caridade e exploração do trabalho de crianças.

nado e só expressa insubmissão quando o encontro com o Príncipe está ameaçado.

Também está naturalizada culturalmente a noção de que a atividade doméstica é exercida preponderantemente por mulheres. As pesquisas demonstram de forma reiterada que o trabalho no espaço público é exercido sobretudo pelos meninos e o trabalho no espaço doméstico pelas meninas. A aprendizagem do serviço é também usada como uma forma de socialização do gênero, servindo como preparação e seguida por gerações: mulheres ensinam às mulheres as atividades (STENGEL; MOREIRA, 2003). As empregadas domésticas substituirão mulheres que, ao ocuparem um espaço público, deixam para outras mulheres os afazeres da casa e o cuidado com os filhos.

Além do trabalho infanto-juvenil doméstico ser realizado, em sua maioria, por mulheres, no Nordeste fica registrada a prevalência da cor negra ou parda, perpetuando a exclusão social já acentuada pela pobreza.

Não seria o momento de quebrarmos o senso comum que considera o trabalho infantil doméstico como algo de problemática estrita ao âmbito do lar? Não seria o momento de enxergarmos que, na maioria das vezes, essas crianças estão sofrendo uma exploração invisível, às vezes sutil, às vezes expressa, no âmbito de residências de pessoas que deveriam proteger suas infâncias?³

O presente texto visa demonstrar os motivos da herança cultural que temos e o quanto é nocivo perpetuar a naturalização da coisificação de crianças e adolescentes, desde que pobres. A idéia persistente de que se está “fazendo um favor” a essas meninas não pode embotar nossa visão racio-

³ Conhecemos casos em que membros de instituições respeitáveis da sociedade maranhense levam crianças de 8 a 10 anos para “brincar” com seus filhos menores. Além de “brincar”, precisam executar todas as tarefas pertinentes ao doméstico adulto; inclusive lavar fraldas, banheiros e pisos com utilização de produtos químicos.

nal de que a exploração do trabalho infantil, seja de forma mais exposta ou de forma mais sutil, retira o direito de ser criança, o acesso à escola e ao crescimento saudável, almejados por todos que se interessam em construir uma nação de bem-estar social e com garantias básicas de cidadania.

2. Características sócio-culturais do Brasil: o trabalho doméstico como derivação do trabalho escravo

Gilberto Freire (2002, p. 396) escreveu que todo brasileiro traz na alma, quando não no corpo, a sombra do indígena e do negro, o que se reflete também na mímica excessiva, na música, na religiosidade, no andar e no falar, mostrando que esses traços, em especial da cultura negra, foram cristalizados desde as amas-de-leite até seus filhos, que foram os nossos primeiros companheiros de brincadeiras, dados que estão enraizados desde as origens do Brasil:

Da escrava ou sinhana que nos embalou. Que nos deu de mamar⁴. Que nos deu de comer, ela própria amolegando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado. Da mulata que nos tirou o primeiro bicho-do-pé de uma coceira tão boa. (...) Do moleque que foi o nosso primeiro companheiro de brinquedo.

Segundo dados divulgados pela imprensa, quase meio milhão de meninas brasileiras com menos de 17 anos estão trabalhando em casa de terceiros e mais da metade recebe menos que o salário mínimo e não tem direito às férias. Esse número representa 10% dos trabalhadores da região metropolitana de Salvador e equivaleria à

soma de trabalhadores do setor da construção civil e da indústria da região. Pesquisas de organizações não-governamentais da Bahia mostram que 95% são negras.

Considerando o Brasil como paradigma pesquisado, demonstrou-se que das crianças e adolescentes em atividade econômica, 90% são do sexo feminino, 62% são negras ou pardas e 32% das meninas em ocupação doméstica não estudam (SEWARTZMAN, 2001).

O antropólogo Roberto DaMatta (1986), ao analisar a desvalorização do trabalho realizado no âmbito doméstico, questiona se poderia ser de outra forma, já que, até há pouco tempo, a sociedade era escravocrata e as pessoas decentes não podiam trabalhar com as mãos:

No nosso sistema, tão fortemente marcado pelo trabalho escravo, as relações entre patrões e empregados ficaram definitivamente confundidas. Não era algo apenas econômico, mas também uma relação moral onde não só um tirava o trabalho do outro, mas era seu representante e dono perante a sociedade como um todo. O patrão, num sistema escravocrata, é mais que um explorador de trabalho, sendo dono e até mesmo responsável pelo escravo (...). Creio que isso embebedou de tal modo as nossas concepções de trabalho e suas relações que até hoje misturamos uma relação puramente econômica com laços pessoais de simpatia e amizade. O que confunde o empregado e permite ao patrão exercer duplo controle da situação (...). O caso mais típico e mais claro dessa problemática – muito complexa e a meu ver ainda pouco estudada – é o das chamadas ‘empregadas domésticas’, as quais são pessoas que, vivendo nas casas dos seus patrões, realizam aquilo que, em casa, está banido por definição: o trabalho. Nessa situação, elas repetem a mesma situação dos escravos

⁴ Joaquim Nabuco em “O abolicionismo” denunciava com veemência a utilização de escravos como cabras de leite para amamentar os filhos de mulheres brancas, ficando muitas vezes com os seios secos para alimentar os seus próprios filhos (NABUCO, 2002).

da casa de antigamente, permitindo confundir relações morais de intimidade e simpatia com uma relação puramente econômica, quase sempre criando um conjunto de dramas que estão associados a esse tipo de relação de trabalho onde o econômico está subordinado ao político e ao moral, ou neles embebido.

As avaliações dos grandes pensadores citados servem apenas para reforçar o quanto o trabalho doméstico, em geral duro, repetitivo e desgastante, não é o lugar apropriado ao desenvolvimento de crianças. O pior é que a trajetória dos pais influencia a história dos filhos por gerações e gerações. Segundo dados disponíveis, mais de 80% das crianças trabalhadoras domésticas têm pais que começaram a trabalhar com 14 anos ou menos, indicando uma dura situação social que não permite a esses segmentos migrar deste lugar – de trabalhadores domésticos – para outros (CRIANÇAS, 2003).

3. “Uma menina para criar” ou uma criada fácil de mandar?

A idéia comum de acostumar meninas de classes menos favorecidas às atividades domésticas é muito forte no Brasil e parte da concepção de que o trabalho em lares de terceiros faz parte de sua formação, gerando uma possibilidade de aprendizado e garantia de alguma profissão, caso nenhuma outra dê certo.⁵

Tudo começa em suas próprias famílias, quando, a partir dos 6 anos de idade, desenvolvem atividades como arrumar a moradia, lavar louça e, principalmente, cuidar de crianças menores, oriundas que são de proles numerosas. Tais obrigações as impedem de brincar, essencial na infância,

⁵ O trabalho doméstico em geral é feito por pessoas com menor grau de qualificação ou que não conseguiram se inserir de outra forma no mercado de trabalho (comércio, indústria), o que acaba por gerar um preconceito em relação à própria atividade (a vergonha de ser doméstica).

motivo pelo qual co-relacionam-se as obrigações domésticas com o fim da infância.

Muito cedo, essas crianças deixam de brincar para assumir responsabilidades idênticas às dos adultos, com uma diferença peculiar: como ainda não estão formadas física e emocionalmente, são facilmente manejadas e manipuladas.

Segundo *folder* institucional da OIT⁶, a pobreza e a condição feminina são categorias fundamentais para análise dessa temática, sendo essencial a “eliminação das desigualdades de gênero e a discriminação dentro do lar, da comunidade, da economia e da política”.

O envolvimento de organismos como a OIT e o UNICEF foram fundamentais para tornar mais conhecido e dar projeção ao combate mundial do trabalho infantil, que é realizado em maior número na África, Ásia, América Latina, Oriente Médio e Sul da Europa (CASTANHA, 2002, p. 6).

“As normativas internacionais como a Declaração Internacional dos Direitos da Criança, as Convenções 138 e 182 da OIT tornaram-se efetivos mecanismos aliados para o desenvolvimento de uma proposta prática. Portanto, enfrentar as dificuldades, para dar visibilidade à problemática do trabalho infantil doméstico, é assumir a discriminação de gênero e a superação das desigualdades como uma tarefa humanitária e sem fronteiras”.

Aqui cabe fazer uma distinção conceitual entre serviço doméstico e trabalho doméstico, sendo que, no primeiro, considerase o trabalho realizado na própria casa, sem qualquer remuneração e sem constituir relação laboral. O trabalho doméstico, por sua vez, é realizado em casa de terceiros, havendo algum tipo de remuneração, que no caso do trabalho infante-juvenil é em geral menor que o salário mínimo ou até mesmo convertido em “ajudas”, como matrícula na escola, alimentação ou vestiário,

⁶ *Folder* da OIT – Genebra – Igualdade de gênero, promoção de emprego e erradicação da pobreza.

situação aliás muito comum no Estado do Maranhão, onde as crianças são trazidas das fazendas de seus patrões para as casas da cidade, perpetuando a relação de submissão que vem de seus antepassados, alguns até escravos de outrora.

Para evidenciar a importância de brincar no desenvolvimento das crianças, o final da infância é percebido no momento em que foram impedidas de continuar brincando, em função de atividades domésticas exercidas para a própria família ou na casa de terceiros. Veja o seguinte relato, que apresenta a sensação de fim da infância (STENGEL, 2003):

“desde o dia em que minha mãe ficou doente, né, que eu tinha que estar ali fazendo almoço na hora certa, pra sair com ela, cuidar do cateter dela, que ela colocou no pescoço, né, desde aí acabou”. Nessa época, ela estava com 10 anos de idade.

Outro aspecto importante a ressaltar é que o trabalho infantil sempre refletiu um abuso de seres mais frágeis.

Não é necessário deter altos conhecimentos em psicologia para saber que uma menina de 12 anos não tem o mesmo perfil e segurança que uma mulher de 21 anos, sendo alvo fácil do desconhecimento de seus direitos, de chantagens, coação moral, entre outras formas de exercício arbitrário do poder de seu empregador, submetendo-se até a limites em sua liberdade de locomoção e expressão.

Estudando as políticas sociais de combate ao trabalho infantil doméstico, avalia Neide Castanha (2002, p. 9):

Os estudos constatam que o trabalho doméstico para as meninas pode representar uma grave forma de violência, porque dela derivam outras violações de direitos, inclusive a violência física e sexual. O cotidiano do trabalho doméstico viola direitos fundamentais como educação, saúde e profissionalização, impede a convivência da criança com sua família e

sua comunidade e submete as crianças e adolescentes ao poder e domínio de um ambiente privado, propício à violação dos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Pe. Antônio Vieira (2003), em um de seus mais conhecidos sermões⁷, e cuja mensagem poderia ser muito bem transportada para os dias atuais, afirma que não há demônio tão endemoniado que diga que um homem livre pode ser cativo. Objetivando conquistar o ânimo de fazendeiros do Maranhão para a libertação de seus escravos, expressa sua surpresa com um povo que se mostra tão dependente de seus escravos, embora sempre tão afetuoso em suas demonstrações religiosas. Afirma o grande orador que, ao escravizarem índios e negros, estão vendendo ao demônio suas almas, e aconselha:

Direis que os vossos chamados escravos são os vossos pais e mães; e também podereis dizer que os amais muito, porque os criastes como filhos, e porque vos criara as vossas. Assim é; mas já Cristo respondeu a esta réplica: *Si oculus teus scandalizat te, crue eum: et si manus, vel pus tuus scandalizat te, amputa illum*. Não quer dizer Cristo que arranquemos os olhos, nem que cortemos aquilo que amamos como os nossos olhos, e aquilo que havemos mister como os pés e mãos, que o lancemos de nós, ainda que nos doa, quando o cortarmos (...) o mesmo digo em nosso caso. Se para segurar a consciência, é necessário perder tudo e ficar como um Jó, perca-se tudo.

[...]

Sabeis, cristãos, sabeis nobreza e povo do Maranhão, qual é o jejum que quer Deus de vós nesta Quaresma: que solteis as ataduras da injustiça, e que deixeis ir livres os que tendes cativos e oprimidos.

⁷ Intitulado Sermão do Primeiro Domingo da Quaresma ou das Tentações, pregado na cidade de São Luís do Maranhão, no ano de 1653.

Muitas vezes se levantam defendendo que existem outras formas de trabalho e exploração infantil piores que a do trabalhador doméstico. Não se contesta tal fato. Na verdade, não se pretende comparar formas degradantes como cortar cana, trabalhar em carvoarias ou lixões e dizer que estes são piores do que aqueles, e sim entender que ambas são irregulares e destrutivas ao desenvolvimento da infância, e em alguns casos também à vida e à saúde. Destruir a infância já não é suficiente para nos convencer a um confronto com essa realidade?

4. Considerações finais

O trabalho doméstico é permitido a adolescentes a partir de 16 anos, podendo ser enquadrado, dependendo das condições em que é desenvolvido (com utilização de objetos cortantes ou produtos cáusticos, por exemplo), no conceito de piores formas de trabalho infantil, seguindo a Convenção 182 da OIT⁸, ratificada pelo Governo brasileiro em 2000.

É óbvio que a ilegalidade de tais contratações não retira dos trabalhadores seus direitos, até porque não há prescrição de ação para menores e seria paradoxal e vexatório que normas protetoras fossem invocadas para desproteger essas crianças quando do ajuizamento de reclamações trabalhistas.

O art. 227 da Constituição do Brasil estabelece absoluta prioridade no atendimento de crianças e adolescentes de modo a colocá-los a salvo de todas as formas de negligência, discriminação, exploração e opressão, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instrumentaliza esses dispositivos constitucionais, embora o grande desafio do direito seja o de efetivar leis construídas em valores de dignidade e

cidadania em realidades nacionais de desigualdades, formação cultural clientelista e banalização das avaliações sobre as condições sociais, violência e pobreza.

A eterna pergunta sobre o limite entre o que é “ajuda” do adulto e quando começa a exploração do trabalho infantil pode ser alcançada, ainda, no belo conto de Walt Disney. Cinderela não executava as atividades domésticas como colaboração normal e saudável entre as pessoas da família. Ela era obrigada a trabalhar de forma extenuante, enquanto a madrasta e respectivas filhas levavam uma vida de ócio e liberdades, com Cinderela presa ao borralho.

Urge definir que, se o adulto tem interesse real em ajudar uma criança, colaborando com sua educação e formação, deve fazê-lo guiado por seus valores éticos e morais e não mascarar com um discurso caridoso a utilização irregular da mão-de-obra infanto-juvenil. Tendo como objetivo a contratação de um empregado ou empregada doméstica, devem ser garantidos todos os direitos trabalhistas, como férias, salário mínimo, repouso remunerado, entre outros direitos, além de cumprido o preceito constitucional da idade mínima para o trabalho, atendendo ao *slogan* de uma das campanhas da OIT, lançada em 2003 – *Trabalho infantil doméstico: não leve essa idéia para dentro de sua casa*.

Somente por meio de uma perspectiva de respeito aos direitos humanos e sociais será possível vislumbrar um final feliz para milhões de histórias que não são contos de fadas e que refletem uma realidade dura, cuja superação exige mudanças não apenas econômicas, mas também culturais, rompendo com o estigma da exploração de crianças e jovens dentro dos nossos lares.

Referências

CASTANHA, Neide. *Políticas sociais e oferta institucional frente ao trabalho infantil doméstico no Brasil*. Brasília: OIT, 2002.

⁸ Segundo a Convenção 182 da OIT, a expressão “piores formas” compreende todas as práticas análogas à escravidão e trabalho forçado, prostituição, oferta de crianças para atividades ilícitas, além de “trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança”.

- CRIANÇAS invisíveis: o enfoque da imprensa sobre o trabalho infantil doméstico e outras formas de exploração. São Paulo: Cortez, 2003.
- DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil ?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. In: AXT, Gunter; SCHULER, Fernando (Orgs). *Intérpretes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- MELO, Hildete Pereira. *Trabalhadoras domésticas: o eterno lugar feminino. Uma análise dos grupos ocupacionais*. Brasília: OIT: IPEA, 1999.
- NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. In: AXT, Gunter; SCHULER, Fernando (Orgs). *Intérpretes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- SEWARTZMAN, Simon. *Trabalho infantil no Brasil*. Brasília: OIT, 2001.
- STENGEL, Márcia; MOREIRA, Maria Ignez Costa. *Narrativas infanto-juvenis sobre o trabalho doméstico*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003.
- VIEIRA, Pe. Antônio. *Sermões Escolhidos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Quem faz a notícia no parlamento brasileiro?

Análise comparativa das rotinas dos *newsmakers* do Senado Federal

Francisco Sant'Anna

Sumário

1. Introdução. 2. Perfil social. 3. Preferências culturais e vocação profissional. 4. Valores deontológicos e rotinas profissionais. 5. Rotinas informativas. 6. Interlocutores dos jornalistas. 7. Nível de satisfação. 8. Conclusão.

1. Introdução

Diariamente, dois pelotões de jornalistas, cada um com pouco mais de uma centena de profissionais, percorrem as instalações do Senado Federal – SF para cobrir os trabalhos parlamentares. Um pelotão é composto pelos repórteres setoristas contratados pela imprensa tradicional. No outro, estão os jornalistas contratados pelas mídias do próprio SF, aqui denominadas *Mídias das fontes do Senado Federal – MFSE*. Denominaremos esses profissionais *jornalistas das fontes – JF*. Os dois pelotões têm pela frente o desafio de coletar e difundir informações sobre uma mesma temática e num mesmo espaço físico.

Quem é o profissional que atua na produção de notícias difundidas por essa *Mídia das Fontes*¹? Que valores jornalísticos norteiam suas rotinas profissionais? Na busca das respostas, realizamos, em 2005,

Francisco Sant'Anna é mestre em Comunicação pela Universidade de Brasília (UnB); doutorando em Ciências da Informação e Comunicação no Centre de Recherches sur l'Action Politique en Europe (Crape) da Université Rennes-1, França; jornalista profissional e documentarista.

¹ O conceito de *Mídias das fontes*, cunhado pelo autor do texto, busca identificar meios de comunicação de massa que são mantidos pelas próprias fontes. Para melhor entendimento do conceito, ver Francisco Sant'Anna (2005).

uma pesquisa com a metodologia utilizada por McMane (1992) para traçar, na década de 80, um perfil do jornalista ocidental². Os setoristas foram igualmente pesquisados e serviram como um grupo de controle. A pesquisa busca evidenciar se jornalistas contratados por estruturas que operam o chamado *jornalismo institucional* possuem perfil e rotinas diferentes dos colegas da imprensa tradicional.

2. Perfil social

O sistema sociocultural em que está inserido o jornalista é um elemento importante no processo de fabrico das notícias. *A construção da notícia sofre uma ação enformadora por parte do sistema sociocultural em que se insere* (SOUSA, 2000, p. 85). O perfil sociocultural dos jornalistas das MFSF é semelhante ao dos setoristas. Em tese, ele está sujeito à mesma *ação enformadora* a que seu colega enfrenta. Na média, ele tem pouco mais de 39 anos de idade e está há mais de 17 anos na profissão. É ligeiramente mais jovem, etária e profissionalmente, do que os setoristas. No SF, eles atuam há 5 anos e 2 meses, em média.

Uma diferença entre os dois grupos é a forma de seleção e regime de contrato de trabalho. Todos os jornalistas das MFSF foram contratados mediante concursos públicos. O aprovado assume um *status* de servidor estatutário (Regime Jurídico Único) que lhe garante estabilidade no emprego e um plano de carreira; condições raras no setor privado. Demissão, só em decorrência de faltas graves. Essa condição proporciona, em tese, uma independência profissional ante eventuais abusos editoriais ou pressões dos níveis hierárquicos superiores ou mesmo por parte de parlamentares; condição importante para se trabalhar numa casa política. *Os jornalistas*

estáveis demonstram maior comprometimento com os objetivos centrais do veículo, voltados para favorecer a transparência da atividade legislativa e não para os projetos pessoais dos senadores (FREITAS, 2004, p. 26). No relacionamento com as fontes, em especial com os senadores, o jornalista não é tecnicamente um subordinado do parlamentar.

No jornalismo tradicional, a trajetória profissional é marcada pela precarização das relações de trabalho e submissão aos interesses empresariais (RIEFFEL, 2001; RUELLAN, 2001). No mercado, pesa significativamente o que no jargão popular representa a capacidade de “vestir a camisa da empresa”.

Ideologicamente, o jornalista da MFSF, a exemplo do seu congêneres, se autocalifica de ‘esquerda’, (39% se identificam como de esquerda e 41% de centro-esquerda). Numa escala de 1 a 10 – onde 1 é ‘extrema-esquerda’ e 10 equivale à ‘extrema-direita’ –, com uma média de 3,37, eles se mostram um pouco menos à esquerda do que seus confrades, 3,05. Os reflexos do padrão ideológico são diferenciados quando analisado o grau de vínculos sindicais e partidários. O quantitativo de sindicalizados é maior entre os primeiros, 68%, contra 58%. As exigências patronais do setor privado talvez estejam na raiz dessa realidade. Quanto a vínculos partidários, 8% dos JF são filiados a partidos políticos, contra 2%, dentre os setoristas.

O profissional típico revelou ser um homem branco (80%), casado (58%) e, em termos de religião, quando não é ateu (31%), é cristão (Catolicismo, 37%; e Espiritismo, 15%). Na amostra da MFSF, não foi identificado nenhum jornalista negro. Na imprensa tradicional, os negros representam 10%. Entre os pardos, as proporções se assemelham: 17% e 16%, respectivamente. Uma maior concentração de JF pode decorrer do modelo de seleção do SF. O exercício do jornalismo no Brasil requer formação universitária de quatro anos. O ensino universitário é elitizado e as minorias étnicas

² Trabalho semelhante também foi realizado em outras nações, como, por exemplo, Heloiza Herscovitz (2000) e Joaquim Negreiros (2004) junto a jornalistas brasileiros e portugueses, respectivamente.

não têm acesso fácil aos bancos universitários³. O SF ainda privilegia os titulares de mestrado e doutorado. Em tese, quem tem mais anos de estudos tem mais chance de ser selecionado. Quase a metade do plantel do Senado, 47%, possui um diploma de pós-graduação: (Master⁴, 23%; Mestrado, 20%; e Doutorado, 4%).

3. *Preferências culturais e vocação profissional*

Por interferirem na atividade jornalística, procuramos identificar os elementos culturais, em termos de consumo de literatura e cinema, bem como os anseios pessoais que atuam sobre os jornalistas pesquisados. Revelou-se que o JF aprecia os autores brasileiros, o que revela, eventualmente, a valorização do que é nacional, em detrimento do que é importado. A leitura preferida é essencialmente de lazer, em especial romances, 35%; histórias de aventura e ficção, 14%; e temas históricos e épicos, 14%. Os livros técnico-científicos e de reportagens não se destacaram. Quanto ao cinema, 25% não têm preferência específica. Entre os demais, os dramas, 26%; documentários, 10%; e as comédias, 10%, são os preferidos. Um terço tem predileção clara pelo cinema europeu (Espanha, Itália e França, principalmente), 14% pelo cinema nacional e 18% pelo norte-americano⁵.

³ Várias universidades públicas passaram a aplicar, neste novo milênio, cotas raciais numa política de discriminação positiva, de forma a reduzir as diferenças de nível educacional entre os grupos étnicos. O Congresso Nacional examina projeto de lei tornando universal tal medida.

⁴ Na categoria Máster, agrupamos os cursos de pós-graduação *lato sensu*, voltados principalmente para o aspecto profissionalizante e não à pesquisa acadêmica.

⁵ Aqui também há semelhança com os setoristas, em que a preferência é por autores nacionais, 44%. Os livros históricos e épicos representam 26%, romances, 14%; e a ficção-aventura, 12%. Dois entre cada dez setoristas não têm uma preferência específica por filmes. Entre os demais, o drama (14%), os filmes de arte ou de autor (14%) e as obras de ficção (12%) dominam as preferências. Igualmente, 30% não têm preferência

É baixo o interesse pela imprensa internacional. Praticamente, 60% dos profissionais do SF não têm o hábito de ler jornais de outros países – entre os setoristas o quadro é inverso, 56% lêem rotineiramente. A parcela restante de 41% prioriza o noticiário de *política e internacional* difundido pelos jornais e revistas norte-americanos. A imprensa da Argentina, principal parceiro brasileiro no Mercosul, desponta como segunda fonte de leitura jornalística para os dois grupos pesquisados. O interesse pelo noticiário argentino tem igual intensidade ao aferido em relação ao inglês e é superior ao francês (*Le Monde*, principalmente). O veículo preferido é o *El Clarín*. O *Página 12*, jornal tido como mais à esquerda, e, teoricamente, mais próximo do perfil ideológico dos jornalistas, não foi mencionado.

Sete entre cada dez *jornalistas das fontes* – e seis da imprensa – gostariam de fazer um curso de pós-graduação na Europa, que também se mostra como a região preferida, 62%, para um eventual trabalho no exterior. A rejeição aos EUA, destoando do aferido por Herscovitz (2000) junto a jornalistas paulistas, pode refletir temores aos fatos ocorridos em New York, em 11 de setembro 2001, e à política internacional norte-americana adotada desde então.

Nosso *jornalista das fontes* optou pela profissão levado, principalmente, por questões de *vocação pessoal*.⁶ A atração de 51% do grupo pela atividade redacional, em si mesma, pode ser vista como uma preferência pela dimensão do jornalismo como atividade expositiva; uma maneira de ver o jornalismo essencialmente como *a descrição dos acontecimentos* (NEGREIROS, 2004, p. 90). Razões ligadas a *fascínio e visibilidade profissional* reúnem uma parcela

por nenhum país; 38% preferem o cinema europeu. O cinema brasileiro é o preferido apenas para 8% dos jornalistas, enquanto o dos EUA atrai 14%.

⁶ A enquête agrupou em cinco grupos temáticos as razões que levaram ao ingresso no jornalismo: fascínio e visibilidade profissional; engajamento ideológico; facilidades e benefícios materiais; influências pessoais externas; e perfil vocacional pessoal.

próxima a um quarto (23%) dos JF. Outros 21% elegeram motivos de engajamento ideológico, tais como o desejo de informar as pessoas e de transformar a sociedade.⁷ A profissão parece *dar uma licença especial aos seus membros, como um mandato de ordem moral ou intelectual ou até legal* (TRAVANCAS, 1983, p. 108).

Normalmente, o jornalista é visto pela sociedade como uma pessoa que circula pelas altas esferas políticas e financeiras e que gosta de estar perto do poder (TRAVANCAS, 1983, p. 108). A condição de proximidade ao poder seria, inclusive, a principal atração para a profissão (RIBEIRO, 1994, p. 205). Entretanto, os dois grupos pesquisados ignoraram o desejo de estar inserido junto ao poder como razões de ingresso na carreira. Postura igual tiveram em relação às questões mais pragmáticas e materiais, como salário ou ascensão social.

As percepções dos dois grupos quanto ao papel da imprensa na sociedade são semelhantes⁸. Os dados revelam, contudo, que os jornalistas do SF atribuem maior importância ao papel social da imprensa e reconhecem nela uma capacidade de intervenção sobre a opinião pública maior do que acreditam os setoristas. Eles também acreditam ser de significativa importância o papel que as MFSF exercem difundindo informações à sociedade – o que não é reconhecido em igual intensidade pelos demais. Enquanto os primeiros consideram

de importância significativa – 7,04 pontos –, o segundo grupo atribui uma importância mediana – 5,37 pontos.

4. Valores deontológicos e rotinas profissionais

Os jornalistas das MFSF demonstram portar valores ético-profissionais mais rígidos. Numa escala de três pontos (1 = flexível, 2 = regular, 3 = rígida), os *jornalistas das fontes* obtiveram uma média de 2,7, enquanto o grupo de controle registrou 2,43. Para chegar a esse resultado, balizas éticas foram colocadas associadas a oito situações comuns ao cotidiano jornalístico. De maneira geral, eles não estão abertos a qualquer subterfúgio ou estratégia para obter uma informação. O estímulo à ocorrência de fato socialmente condenável apenas para transformá-lo em notícia é a prática mais rejeitada, 2,98, por parte dos *jornalistas das fontes*⁹. A rejeição supera a verificada em relação a um dos dogmas da profissão, guardar o segredo da fonte (2,88). Um em cada dez JF admite em certas condições não respeitar o *off the records*¹⁰.

Em apenas uma situação os dois grupos apresentam padrão ético de igual intensidade. O pagamento de fontes para obtenção de informações é rejeitado a uma razão de 2,8 pontos. Já a dissimulação da identidade profissional (2,49) bem como a possibilidade de se empregar dentro de uma empresa ou repartição pública, para clandestinamente obter informações (2,75), são métodos condenados no âmbito do SF numa intensidade 12% superior ao apurado entre os setoristas¹¹. O setorista está mais

⁷ A vocação pessoal (60%) e o engajamento ideológico (32%) são as principais motivações dos setoristas. A questão de fascínio e visibilidade profissional se relaciona apenas a 6% desses profissionais.

⁸ Para a avaliação desse quesito, foi aplicada uma escala de sete níveis “A” a “G”, onde “A” equivale a zero (*sem nenhuma importância*) e “G” equivale a dez (*extremamente importante*). Essa modalidade de abordagem foi construída a partir do princípio da Escala de Likert, que consiste numa metodologia do campo da Psicologia para medir as variáveis relacionadas às atitudes dos indivíduos. É um instrumento que permite identificar a aceitação ou rechaço de um ser humano em relação a um fenômeno verificado no âmbito da natureza ou da sociedade (PASQUALLI, 1996, p. 432).

⁹ No grupo de controle, esse tópico obteve 2,88 pontos.

¹⁰ Na imprensa tradicional, 2,58 pontos, bem próximo da opção que admite em determinadas situações o rompimento de um acordo e revelar a fonte de informação. Entre os profissionais ouvidos, 22% admitem essa possibilidade.

¹¹ Os resultados dos setoristas foram: dissimular a identidade profissional (2,49); se empregar dentro de uma empresa, ou numa repartição governamental para clandestinamente obter informações (2,47).

aberto à utilização sem autorização de documentos ou fotos de pessoas físicas ou jurídicas e os *JF* atuam preferencialmente com documentos e imagens autorizados para a divulgação.

A utilização indevida de documentos pessoais e fotos íntimas provoca maior rejeição, 2,85 pontos. Temas que são priorizados pelos critérios de noticiabilidade de alguns veículos privados, como a vida pessoal dos políticos, não são alvo das lentes das *MFSF*, salvo se interferirem no processo político-parlamentar. O uso sem prévia autorização de documentos confidenciais, públicos ou privados, é admitido por apenas um terço dos *jornalistas das fontes*. Os setoristas se mostraram bem mais flexíveis.

A diferenciação de valores entre os dois grupos pode ser consequência direta dos padrões editoriais a que estão submetidos. A imprensa tradicional, sob inspiração mercadológica, busca o *furo de notícia* e maiores audiências e, por isso, nem sempre adota limites socialmente aceitáveis. Ponto de polêmica constante, por exemplo, é o uso de câmeras ou microfones ocultos. Um padrão ético flexível pode ser atribuído ao modelo de jornalismo mais investigativo e especulativo praticado pelo setor. Já as *MFSF* tendem a trabalhar com os fatos visíveis, evitam especulações e colocam num patamar de menor importância fatos alheios ao alvo noticioso principal, o Parlamento.

No cotidiano, todo jornalista precisa administrar o conflito entre os valores editoriais pessoais e os patronais. A informação difundida é construída a partir de uma interação de forças situadas no nível pessoal, social, bem como do meio físico e tecnológico e, é claro, do empregador. É uma tarefa árdua e sujeita a riscos, pois o que estará em jogo, além da fidedignidade jornalística, é a credibilidade profissional, a estabilidade no emprego e o próprio futuro da carreira do jornalista. No SF, a percepção sobre as balizas editoriais implantadas pela Casa não são limpidamente claras na mente dos seus profissionais. Há mesmo

um conflito entre valores editoriais pessoais e da instituição.

Os *JF* afirmam que os dois principais parâmetros editoriais estabelecidos pelo Senado são *rapidez* (37%) e *precisão* (33%). Revela-se que até no jornalismo tido como institucional a competitividade entre as mídias impregnou o *fator tempo* na cultura jornalística e nos valores do *newsmaking*, suplantando o caráter *notícia* dos fatos (SCHLESINGER, 1983). *A obsessão da velocidade na produção e distribuição de notícias alterou os critérios de noticiabilidade na produção jornalística contemporânea. O valor da notícia reside mais em sua instantaneidade do que em sua credibilidade* – salienta Adghirni (2004, p. 1).

A velocidade na divulgação gera um choque conceitual. Na cultura jornalística, *divulgação rápida* sempre foi inimiga da *precisão*. Mesmo na cultura popular, os dois não combinam. O provérbio *a pressa é inimiga da perfeição* ilustra o imaginário social brasileiro. Profissionais e veículos trabalham sempre num *front* bastante arriscado, em que a competência e credibilidade estão sendo constantemente colocadas à prova. Os jornalistas dos dois grupos se sentem prejudicados em decorrência dessa exigência editorial. Entretanto, nos manuais de redação das *MFSF*, não consta o quesito *rapidez* entre as exigências editoriais. Esse padrão pode ser justificado pelo fato de o SF possuir duas agências de notícias em “tempo real” (uma de texto e outra de radioreportagens) e de difundir seu noticiário no rádio e na TV, veículos que têm a instantaneidade da notícia como perfil. Já a *precisão* é insistentemente mencionada. *A Rádio Senado*, além de ser categórica em relação ao quesito *precisão* – *não pode haver dúvidas sobre a informação que vai ao ar* –, reforça a necessidade de as reportagens serem produzidas a partir de múltiplas fontes.

O uso de várias fontes e de citações entre aspas é uma técnica que protege o jornalista de cometer imprecisões e se mostra como uma alternativa à exposição de

sua própria opinião (TUCHMAN, 1972, p. 660). Ele pode exprimir uma análise com a qual concorde, sem contudo ter que assinar embaixo, evitando se expor às pressões e cobranças, internas e externas. É o que Charron (2002, p. 1) denomina falar o que pensa incitando os outros a se expressarem – *Parler de soi en faisant parler les autres*. A hierarquia que articula a opinião das fontes contribui para transmitir um ponto de vista, que seria equivalente à opinião que o JF emitiria caso fosse autorizado a fazê-lo.

Entretanto, no imaginário dos *jornalistas das MFSF*, ouvir os diversos lados da história não aparenta estar nas *prioridades patronais*. Outros quesitos, tais como *objetividade/imparcialidade*, 27%; a *análise e interpretação dos temas para o público*, 25%, formam um segundo patamar de parâmetros editoriais aos quais os jornalistas acreditam estarem obrigados a seguir.

Entre os *referenciais pessoais*, destacam-se a *análise e interpretação dos temas para o público*, 47%; *objetividade/imparcialidade*, 37%; e *transparência*, 31%. O resultado evidencia um conflito entre os valores pessoais e as normas superiores a que eles acreditam ter que obedecer, uma clara inversão de prioridades entre patrões e empregados. O quesito *divulgação rápida*, tido como a principal exigência do empregador, aparece como quarta prioridade pessoal, lado a lado com o de *precisão*, 27%.

Os valores pessoais existentes entre JF e setoristas tendem a ser semelhantes¹². O parâmetro pessoal mais importante é a *análise e interpretação dos temas para o público*,

¹² Entre os setoristas, o item análise e interpretação dos temas para o público foi o mais citado tanto quando se referia aos balizadores empresariais, 60%, quanto quando o referencial era pessoal, 54%. A necessidade de se contar com uma *pluralidade das fontes* é a segunda baliza dos setoristas, seja sob o ponto de vista editorial das empresas, 36%, seja na visão pessoal deles, 40%. No terceiro patamar, constata-se um conflito de valores entre aquilo que os jornalistas desejam – *precisão*, 32% –, e aquilo que seus empregadores exigem – *Divulgação rápida*, 28%. *Objetividade e imparcialidade* aparecem em seguida como quarto parâmetro pessoal, 28%, e empresarial, 24%.

54%. Isso demonstra a preservação do que Bourdieu (1980, p. 91) denominou *habitus* – no caso um *habitus jornalístico* – entre os profissionais das MFSF. Esse *habitus*, segundo o autor, é resultante do condicionamento a práticas individuais e coletivas, que interferem historicamente nas formas de pensar e de agir. É um referencial mais intenso do que eventuais regras e normas internas formais e permite articular conjuntamente as práticas e as representações profissionais. A diferença entre os dois grupos é que o primeiro não se sente autorizado a praticá-lo, enquanto o segundo acredita ser esta a preferência de seus empregadores.

A principal divergência entre os dois grupos profissionais refere-se ao referencial *transparência dos feitos públicos*. Ele só obteve 10% das citações dos setoristas, mas assume quase que um padrão de dogma corporativo entre os JF, que fizeram constar nos estatutos da Associação dos Profissionais de Comunicação do Senado Federal – Comsefe, criada para defender os interesses do grupo profissional. No texto consta que é *dever defender e promover a transparência dos feitos públicos e o acesso democrático e universal às informações de interesse da sociedade* (COMSEFE, 2003).

Ressalte-se que a questão de *transparência*, enquanto referencial editorial, está na origem da criação de toda essa estrutura informativa. *Havia a intenção de garantir transparência à atuação do Senado e de promover a democratização da informação*, registra o *manual de redação da Agência Senado e Jornal do Senado* (SENADO, 2003, p. 7). O cidadão tem direito ao acesso à totalidade dos trabalhos legislativos, *com isenção e transparência*, salienta o *manual da TV Senado* (1999). *Nossa tarefa* – complementa o manual de redação da *Rádio Senado* – *é mostrar o Legislativo como instituição viva, com diferentes facções políticas e diferentes correntes de opinião sobre todos os temas* (Rádio Senado). Entretanto, decorrida pouco mais de uma década de criação das MFSF, na percepção dos profissionais esse parâmetro não parece

ser prioridade máxima na política editorial definida pelo Senado.

Resumindo, podemos dizer que a notícia perfeita para o jornalista do Senado é a que *interpreta e analisa* os feitos públicos com *imparcialidade* e que propicia *transparência*. Ele se vê, contudo, compelido a produzir uma informação de *rápida divulgação, precisa, imparcial e objetiva*. O seu concorrente direto está pessoal e empresarialmente orientado a produzir uma informação que *analise* igualmente os feitos públicos e que seja *plural e precisa*.

O padrão editorial repercute na estrutura organizacional de cada segmento. No SF, os profissionais são divididos basicamente entre repórteres e editores¹³. Na imprensa, além dessas duas funções, existe a função de articulista ou colunista, um misto de repórter e de redator que possui autonomia para produzir textos carregados de teor analítico, opinião pessoal, além de um espaço fixo e periódico para divulgá-los. As funções de articulista e comentarista inexistem nas *MFSF*. O ato disciplinador dos objetivos, da utilização e do funcionamento dos veículos do SF determina a produção e veiculação de notícias *com caráter apartidário, imparcial e não opinativa* (SENADO, 2002). A exigência é bem internalizada no grupo profissional e agrada uma parcela significativa dos *JF*. Oito entre cada dez jornalistas reconhecem que atuar nas mídias do Senado implica a produção de textos neutros, sem julgamento de valor. Cabe ao público julgar os fatos por si próprio. Quando indagados se os valores jornalísticos patronais coincidem com os pessoais, 45% disseram que sim e que os adotariam voluntariamente nas suas rotinas. Os dados refletem uma realidade nacional, em que o jornalista assalariado deixou de ser emissor

¹³ Na categoria repórter, incluímos a função de produtor já que esta tem características de apuração e levantamento de dados, semelhantes a de um repórter. Editor é o profissional com poder de reformatar textos, de cortar, alterar, dar maior ou menor visibilidade a uma notícia, seja ela no rádio, na TV ou na imprensa escrita.

da própria opinião e sua função social se enfraqueceu em detrimento da opinião dos veículos (RIBEIRO, 1994, p. 22).

Entre os profissionais das *MFSF*, convivem, contudo, duas concepções de se fazer jornalismo. Praticamente outra metade dos jornalistas (49%) afirma que, se pudessem se valer livremente de seus valores pessoais, escreveriam textos críticos e opinativos. Para eles, é dever do jornalista interpretar para a opinião pública os riscos das decisões políticas¹⁴.

5. Rotinas informativas

Os *JF* estão submetidos a um processo de construção da notícia mais hierarquizado e com o poder de decisão mais centralizado do que seus congêneres. Foram identificados dois tipos de hierarquização. Para 53%, a relação dos temas que deverão ser acompanhados é diariamente definida em instâncias jornalísticas superiores e fornecida arbitrariamente aos jornalistas. Nesse grupo se concentra a maior parte de repórteres, redatores e produtores vinculados aos jornais (telejornal, rádiojornal, agência de notícias e jornal impresso). O segundo grupo reúne profissionais envolvidos em programas especiais e documentários que elegem os temas, mas os submetem à aprovação superior.

A confecção da pauta, diária ou semanal, ocorre em reuniões coordenadas pelo chefe de redação às quais acorrem os chefes de reportagens de cada turno e os editores dos produtos jornalísticos. Sugestões de repórteres são analisadas, mas dificilmente eles participam do processo deliberatório. A pauta considera a agenda dos trabalhos previstos para as diversas instâncias inter-

¹⁴ Da mesma forma pensam majoritariamente os integrantes do grupo de controle: 88% adotariam esse comportamento a partir de seu modo pessoal de fazer jornalismo. No grupo de controle, o conflito entre padrões pessoais e patronais aparenta ser menor, pois 74% dos jornalistas informaram que seus superiores esperam um texto crítico e analítico capaz de alertar a opinião pública.

nas do Parlamento, tais como análises e votação de projetos, entre outros.

No critério de distribuição dos jornalistas, o espaço físico institucional prevalece sobre o referencial temático. Assim, um repórter que cobre a Comissão de Assuntos Sociais – CAS, por exemplo, redigirá sobre todos os temas ali tratados. Num mesmo dia, a CAS poderá analisar assuntos tão distintos quanto saúde, educação, cultura, minorias, telerrádiodifusão, etc. Uma proposta aprovada na CAS seguirá para a análise de outra comissão ou votação final em Plenário, mas o repórter das *MFSF* não continuará com a mesma pauta. O tema será herdado pelo profissional escalado para cobrir o espaço institucional seguinte.

As *MFSF* também sofrem uma ação externa de sensibilização dos seus *gatekeepers*. Elas estão submetidas às mesmas técnicas de *contra-agendamento* exercidas pelas fontes. A prioridade editorial é o trabalho legislativo, mas as assessorias de imprensa dos parlamentares enviam sugestões de pautas relativas à ação de cada um deles. Entidades externas ao Parlamento também buscam influir no conteúdo a ser difundido. Rotineiramente, são sugestões sobre temas em análise no SF.

Na *TV Senado*, as pautas aprovadas nas reuniões são consolidadas num documento denominado *Jornal da Pauta – JP*. O *JP* conta com um levantamento preliminar de informações sobre cada tema selecionado, dados complementares (estatísticas, biografias, opiniões de grupos de interesse, etc.), bem como possíveis fontes a serem ouvidas. Tudo é previamente elaborado por uma equipe denominada *Produção*, formada por jornalistas que atuam a maior parte de seu tempo dentro da redação, agendando entrevistas, acompanhando noticiários e informações na Internet, coletando dados junto a todas as fontes possíveis (documentais e humanas).

O *JP* busca otimizar o trabalho do repórter de campo, permitindo mais rapidez à tarefa diária, que, em muitos casos, repre-

senta mais de uma reportagem no mesmo dia. Além do tema, o documento define também o profissional que irá executá-lo. O *JP* delimita também a forma como os chefes de reportagens de cada turno administram suas equipes de reportagem. A margem de manobra desses profissionais é restrita, uma vez que as prioridades editoriais já foram previamente definidas para atender tanto às expectativas dos editores dos produtos jornalísticos quanto às prioridades político-editoriais das instâncias hierárquicas superiores. Com o repórter em campo, o desenrolar de seu trabalho é acompanhado pelo editor do programa a que se destina. Tamanho da reportagem, desdobramentos, infografia, imagens de arquivo, abordagem, texto, tudo é alvo de um permanente entendimento. Se na BBC inglesa o editor chefe de plantão é considerado *the God of the day*, (SCHLESINGER, 1987, p. 144), poderíamos dizer que na *TV Senado* o poder está no *Jornal da Pauta*. Ele é a *Bíblia do dia*.

Essa rotina, pela qual o repórter é uma espécie de *soldado da infantaria* (MATHIEN, 1992, p. 148), obedecendo às ordens e ao planejamento de seus comandantes, é comum na imprensa brasileira. Mesmo que o repórter/soldado tome a iniciativa sem prévia autorização de cobrir um tema, a divulgação de seu trabalho, a importância e o destaque estarão condicionados ao crivo superior.

A realidade das *MFSF* revela, contudo, uma concentração do poder deliberatório mais expressiva do que a verificada entre os setoristas que cobrem o Parlamento. Para efeito de comparação, o percentual de setoristas que recebem a pauta previamente definida é quatro vezes menor. Na imprensa, 56% dos jornalistas afirmam não possuir a liberdade de cobrir os temas que desejam. No SF, o quadro é mais agudo, 71%. A autonomia jornalística dos *JF* se amplia quando se refere à definição do ângulo¹⁵ de

¹⁵ Aqui nos valemos da noção de ângulo detalhada por Ruellan (1993, p. 153-154), que cobre diferentes

abordagem das reportagens – 51% afirmam ter liberdade de decisão –, bem como na definição de fontes a serem ouvidas, 53%. Entre os setoristas, os percentuais são, respectivamente, de 58% e 80%.

O jornalista do SF se vale de um processo de retroalimentação bastante comum à atividade profissional, descrito por Bourdieu, (1997, p. 9) como *efeito circular circulante*. Uma espécie de efeito dominó, em que o conteúdo de um veículo influencia o de outro. A visão dos fatos de um profissional interfere na do colega, mesmo que em veículos concorrentes. Essa rotina de *copiagem intermediária* (BOURDIEU, 1997, p. 166) é um instrumento de complementação, aprofundamento e até de retificação utilizado por alguns meios, em especial os estruturalmente mais frágeis.

A retroalimentação se dá nos dois grupos pesquisados e no SF acontece em dois níveis. Um interno, em que uma mídia do Parlamento influencia a produção de outra. Na *Agência Senado de Notícias (ASN)* e no *Jornal do Senado*, a leitura da produção interna é rotina obrigatória, segundo o *Manual de Redação*. O segundo nível é o externo. Os *JF* se alimentam das informações da imprensa tradicional. Na *Rádio Senado*, a leitura permanente dos jornais e revistas é formalmente recomendada, sendo considerada uma ação para o bom desempenho do radiojornalista.

A retroalimentação se dá em diversos momentos do processo de construção da notícia, atingindo desde o processo de definição e seleção de pautas até o fechamento final do noticiário. Entre os *JF*, 90%

aspectos, notadamente a noção de importância quantitativa, profundidade, estilo de redação ou ponto de observação. A definição do ângulo pode implicar a forma de desenvolver o trabalho, a maneira de relatar (por exemplo, o uso de um personagem para simbolizar uma realidade coletiva), de escrever (privilegiando o ponto de vista de uma fonte ou de várias fontes). Pode ser igualmente aplicada na maneira de observar, um ponto de vista próprio de quem informa. Para o autor, o ângulo deve ser definido como sendo a maneira específica, a escolha das questões e das formas, de um jornalista interagir a complexidade do real.

têm por hábito se informar previamente lendo outros jornais da imprensa tradicional. No trabalho da *Produção*, tem peso importante a leitura de jornais e de agências noticiosas.

Quanto à alimentação interna, a *ASN* é a fonte mais procurada, 80% dos jornalistas têm por hábito de nela se informarem previamente¹⁶. O percentual de leitura do *Jornal do Senado* é de 60%¹⁷. A Internet se revelou igualmente uma importante fonte para esse grupo de profissionais. Tanto os portais de instituições externas (94%) quanto o portal do próprio SF (70%) são fontes rotineiras de coleta de informações prévias. Os portais externos na *web* têm grau de importância superior ao das fontes pessoais (80%) e se mostram mais importantes do que os colegas de profissão, consultados por seis, entre cada dez, profissionais do Senado. Entre os setoristas, 88% consultam portais na *web* e 58% se informam rotineiramente no portal do Senado Federal¹⁸. Os objetivos dessa leitura seriam o de obter um melhor conhecimento da atualidade e favorecer a confrontação de diversas interpretações. No Brasil, a consulta à Internet vem-se consolidando como uma prática rotineira dos profissionais (DEL BIANCO, 2004, p. 6). O jornalista acredita estar reduzindo o seu grau de incerteza sobre um determinado tema e busca não ser suplantado pela concorrência.

Esse perfil reforça a importância para os *JF* em trabalhar com informações seguras, tidas como oficiais. Em contraste, para 96% dos jornalistas dos setoristas a consulta às

¹⁶ No grupo de controle, 96% dos jornalistas credenciados ouvidos têm por hábito se informar lendo outros jornais, 30% lêem o *Jornal do Senado* e 60% a *Agência Senado*.

¹⁷ Na obtenção desse percentual, considerou-se apenas as respostas dos profissionais que trabalham nas demais mídias do Senado, desconsiderando-se aqueles que trabalham para o próprio *Jornal do Senado*.

¹⁸ Esse portal costuma disponibilizar a agenda dos trabalhos parlamentares, votações nas comissões e plenário, íntegras de projetos de lei, base jurídica, currículos parlamentares, etc.

fontes pessoais é a principal rotina. Eles tendem a não consultar seus colegas de profissão, o que se justifica pela cultura da informação exclusiva, o *furo jornalístico*, da concorrência entre veículos e entre profissionais¹⁹. Nas *MFSF* não existe essa preocupação, já que a produção é distribuída à imprensa de maneira geral, além, é claro, da difusão direta ao público.

A influência permanece durante o processo de apuração e redação da notícia. A grande maioria dos profissionais ouvidos não vê problemas em se informar à distância ou acompanhar os fatos por meio de transmissão radiofônica ou televisiva de alguma outra emissora tradicional, (84%) e muito menos se a transmissão for da Rádio e/ou da *TV Senado* (94%).

Há, entre os *JF*, uma resistência em se valer de citações aspeadas não presenciadas pelo profissional, mas divulgadas na imprensa tradicional. Enquanto 74% do grupo teste recusa tal prática, a resistência entre os setoristas cai para 66%. O quadro se inverte quando a referência é alguma *MFSF*. A confiança entre os pares faz com que 70% admitam a possibilidade de usar uma citação aspeada, não presenciada pessoalmente, divulgada em algum veículo do SF. O mesmo ocorre para 64% dos integrantes do grupo de controle. Esse

percentual revela que a imprensa deposita credibilidade nessas *mídias das fontes*. Essa conclusão se reforça com o fato de que 90% deles admitem a possibilidade de acompanhar e de se informar à distância sobre os fatos que irão cobrir por meio de transmissão da *Rádio* ou da *TV Senado*. É uma confiança superior à depositada nas emissoras comerciais, 80%.

A retroalimentação se dá igualmente após a redação dos textos: 63% dos *JF* comparam a produção pessoal com a dos veículos concorrentes e 66,7% fazem a checagem junto às mídias internas. No primeiro caso, 75% admitem que, na existência de dados novos, alterariam ou complementariam o próprio texto e, no segundo caso, o mesmo comportamento subiria a 80%.

O hábito é o mesmo entre os setoristas, 84% comparam suas produções com os veículos concorrentes e 38% com as *MFSF*. No primeiro caso, um entre cada dois jornalistas alteraria ou complementararia seus textos e, no segundo caso, a alteração do texto envolve 74% dos jornalistas. Não se identificou a razão dessa prática, mas o temor em não divulgar uma informação completa, sem erros pode estar na raiz da causa.

6. Interlocutores dos jornalistas

Os dois grupos vivem um confinamento, um *isolamento profissional* comum à realidade nacional do setor (HERSCOVITZ, 2000, p. 78). A principal interlocução dos *JF* é *intramuros*. Numa escala de quatro pontos, os colegas de trabalho, com 3,8 pontos, e as chefias superiores, 3,7, se destacam²⁰. Os jornalistas de outras empresas (2,7) e os parentes (2,69) formam o segundo pelotão de interlocutores e, praticamente, não existe um *feedback* dos leitores (2,43) e das fontes (2,2). Um cenário semelhante foi identificado no grupo de controle²¹. Nesse grupo,

²⁰ Os quatro níveis são: 1, inexistência total de qualquer comunicação; 2, raramente; 3, ocasionalmente; e 4, freqüentemente.

²¹ Colegas de trabalho, 3,6; chefias e superiores, 3,54; jornalistas de outras empresas, 2,73.

¹⁹ A existência de um sistema competitivo entre os setoristas que cobrem o Congresso Nacional não é aceita unanimemente. O nível de cobrança e de insegurança na imprensa tradicional, em que não há estabilidade no emprego, teria propiciado o surgimento de um mecanismo de autopreservação profissional. Havendo certeza de que seus textos compreendem os mesmos temas do concorrente, o risco de omissão de um tema, de tomar um *furo*, e, conseqüentemente, de sofrer sanções, é menor. Segundo o jornalista Augusto Nunes, que já passou pela direção de jornalismo de vários veículos brasileiros, está formado, no Congresso Nacional, um verdadeiro pool de Jornalistas para evitar que qualquer colega leve um *furo*. No fim da tarde, há uma reunião de Jornalistas (de meios diferentes) que trocam frases: por isso você lê a mesma reportagem sobre o Congresso em todos os jornais. (apud VIEIRA, 1991, p. 28). Para mais detalhes sobre o funcionamento da imprensa num sistema de hiperconcorrencial, ver CHARRON e De BONVILLE (2004, p. 273-316).

contudo, as fontes (2,52) são interlocutores mais importantes do que os parentes (2,48) e o público (2,48).

As conversas *intramuros*, com chefias e colegas de trabalho, e *intracorporis*, com profissionais de outros meios, são as mais representativas em ambos os grupos. A prevalência de comunicações *intramuros* reforça a idéia da existência de forte peso dos níveis hierárquicos superiores no processo de construção da notícia; principalmente para os profissionais mais jovens, que buscam adotar formas comportamentais e incorporar traços identitários essenciais para serem aceitos no meio, como também constroem um futuro profissional promissor (NEGREIROS, 2004, p. 100).

O diálogo *intracorporis* reflete a necessidade constante em confirmar junto aos colegas as percepções que têm em relação aos fatos (SOUSA, 2000, p. 56) e sugere uma busca de reconhecimento profissional. O prestígio dos jornalistas não é considerado pela sua titulação acadêmica, mas sim pelo reconhecimento da competência entre os colegas de profissão (RIEFFEL, 1984). Isso aporta respeito e credibilidade.

O reconhecimento social *intracorporis* é ainda mais necessário no caso dos JF, pois o segmento profissional é novo. Se não houver *a priori* um reconhecimento pela coletividade jornalística de que essa atividade se insere no território jornalístico, dificilmente a sociedade o verá como tal²². O reconhecimento pelo meio permite ainda gerar um referencial junto aos demais meios de comunicação, capaz de destacar o profissional e de inseri-lo no mundo das importantes fontes jornalísticas, o chamado *establishment* – políticos, empresários, *experts*, etc. Um profissional bem conceituado consegue abrir mais facilmente as portas que dão acesso às informações mais importantes.

Essa busca de reconhecimento externo envolve inclusive a participação em concursos nacionais e internacionais de

jornalismo. A *Rádio Senado* já foi agraciada com a medalha de prata do *Unca Awards for Excellence in Journalism –2005*, promovido pela ONU, e a *TV Senado* foi contemplada com prêmio conferido pela CNBB a trabalhos jornalísticos versando sobre o tema inclusão social.

7. Nível de satisfação

O modelo produtivo das MFSF não parece afetar negativamente o padrão de satisfação dos JF. É expressivo o volume dos que estão *muito satisfeitos* com a profissão, 57%, e que estão *razoavelmente satisfeitos*, 27,45%. É mais do que o dobro verificado no grupo de controle. Não existe uma razão preponderante que embase essa satisfação. Entre os cinco motivos mais citados estão: o *salário percebido*, 23%, o *nível de autonomia profissional e a liberdade de expressão no emprego*, 18%, e empatados num terceiro patamar, cada um representando 16%, estão: *a segurança no emprego, a possibilidade de ajudar pessoas e a sociedade e o tipo de produto jornalístico realizado*.

8. Conclusão

Um primeiro balanço nos evidencia que o padrão social dos dois grupos é semelhante. Há, contudo, diferenças no perfil de educação, raça e na forma de exercitar a ideologia. Os JF se mostraram mais veiculados a partidos e ao sindicato da categoria, que é o mesmo para os dois segmentos, e estão submetidos a um modelo de produção da notícia com liberdade limitada. Um modelo que impede a expressão de pontos de vistas ou análises pessoais. Seu trabalho é fortemente hierarquizado, sujeito às normas regimentais do SF e à hierarquia interna às redações. A produção de conteúdos segue um padrão de noticiabilidade com pouco espaço para a participação no processo deliberatório dos chamados profissionais da ponta – repórteres, redatores, produtores, etc.

²² Para mais informações sobre reconhecimento do território profissional, consultar Ruellan (1993, p. 47).

Em termos de estilo jornalístico, o discurso consiste, preferencialmente, em um relato seco, objetivo dos fatos, que contemple a diversidade ideológica e partidária do Parlamento. A predominância do estilo descritivo não exclui esse gênero informativo da categoria jornalismo. O grau de criticidade de um texto não é o elemento definidor da sua natureza jornalística. O conteúdo do discurso é variável por natureza (DE BONVILLE, 2004, p. 294)²³.

Essas características não diferem radicalmente das normalmente encontradas no campo jornalístico. O jornalista é sempre constrangido pela política editorial e pela forma de fazer as coisas no veículo para o qual trabalhar (SOUSA, 2000, p. 58). O *savoir-faire* de todos os jornalistas se constrói e se manifesta dentro desse espaço de pressões e restrições e numa estrutura de interdependência, com os níveis hierárquicos mais elevados, colegas e fontes (NEVEU, 2004, p. 43). A *notícia* resulta, assim, de um processo organizado e constrangido por forças internas e externas e o modelo de produção jornalística das MFSF não se difere em gênero da regra universalmente utilizada pelos meios de comunicação, mas talvez o faça em termo de grau.

Por não somar reflexão ou opinião pessoal às emitidas pelas próprias fontes, o jornalismo praticado pelos meios legislativos pode ser considerado *legalista* (LEMIEUX, 1992, p. 31-33). Jardim (2006, p. 16) prefere classificá-lo como portador de um perfil *informativo e equilibrado*. Uma eventual suspeição sobre seu conteúdo não pode ser baseada apenas no fato de os jornalistas trabalharem para as fontes. No jornalismo, de maneira geral, a relação *fonte-jornalista* não é obrigatoriamente de oposição, ela pode ser de *identidade* ou

complementaridade (DE BONVILLE, 2001, p. 30) e resultar na geração de interesses e de satisfação comuns aos dois pólos da ação informativa (GANS, 1979, p. 116).

Os jornalistas não precisam necessariamente se concentrar apenas nos aspectos negativos do poder (SOUSA, 2000, p. 110) e tampouco as MFSF deixam de noticiar os casos escabrosos, como corrupção e desmandos políticos. A missão dos chamados *jornalistas neutros* se limita a coletar, processar e difundir o mais rapidamente possível as informações. Ou seja, um jornalismo em que o profissional assume a condição de canal de transmissão. Uma tarefa complementar à de *cão de guarda*, pela qual o profissional é mais *participante*, investigador e explorador (JOHNSTONE; SLAWSKI; BOWMAN, 1972, p. 522-540). A missão de *cão de guarda* nas mídias legislativas são repassadas ao próprio público, que a exerce via as transmissões ao vivo, sem cortes ou edição, do que acontece no Parlamento (JARDIM, 2006, p. 8). As MFSF constituem, assim, um instrumento da sociedade ao proporcionar novas bases de informação e de acompanhamento das atividades legislativas (RENAULT, 2004, p. 130).

As barreiras internas ao jornalismo opinativo tendem a ser ultrapassadas, ou pelo menos compensadas, com uma inserção mais plural de fontes e por meio de uma forte grade de programas especiais temáticos, de debates e entrevistas e de documentários; programas normalmente ausentes da mídia privada nacional, cujo modelo comercial impõe espaços menores a produtos midiáticos desse perfil.

O jornalismo praticado pelas mídias do Senado contribui para um processo de transparência, uma ação de *accountability* e é complementar ao modelo investigativo da imprensa tradicional. A pesquisa revelou que, mesmo não sendo investigativa, os setoristas depositam credibilidade no conteúdo informativo das MFSF. A realidade recente do Brasil também demonstra que, em casos não raros, foi a imprensa

²³ Aqui nos valem da noção de código explicitada por De Bonville não apenas como um sistema de regras que regulam o discurso jornalístico (estilo, gênero, hierarquização da informação, etc.), mas também como uma regulação da prática e comportamento profissional (CHARRON; DE BONVILLE, 2004, p. 282).

tradicional a executora de um jornalismo estrategicamente burocrático ou mesmo omissor de temas considerados inoportunos. Em outros, são as *mídias das fontes* que têm trazido à tona informações socialmente importantes mas desprezadas pelas mídias tradicionais²⁴.

Referências

- ADGHIRNI, Z. Valores-notícia e credibilidade no jornalismo on-line. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM JORNALISMO (SBPJOR), 1., 2004, Brasília.
- BOURDIEU, P. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.
- CHARRON, J. Parler de soi en faisant parler les autres: identité journalistique et discours rapporté. In: RIEFFEL, R.; WATINE, T. *Les mutations du journalisme en France et au Québec*. Paris: Panthéon Assas, 2002.
- CHARRON, J.; DE BONVILLE, J. Le journaliste et le marché: de la concurrence à l'hyperconcurrence. In: BRIN, C.; CHARRON, J.; DE BONVILLE, J. (Dir.). *Nature et transformation du journalisme: théorie et recherches empiriques*. Laval: PUL, 2004.
- COMSEFE. *Estatuto social da associação dos profissionais de comunicação do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- DE BONVILLE, J. *Le journalisme dans le 'système' médiatique*. Laval: Mimeo, 2001.
- _____. Le métier de journaliste au début du 20e siècle vu par un contemporain: de l'utilité des concepts théoriques. In: BRIN, C.; CHARRON, J.; DE BONVILLE, J. (Dir.). *Nature et transformation du journalisme: théorie et recherches empiriques*. Laval: PUL, 2004.
- DEL BIANCO, N. Noticiabilidade no rádio em tempos de Internet. *Anais...* Corvilhão: Lusocom, 2004
- FREITAS, L. C. *A midiaticização do parlamento*. 2004. ?. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade Brasília, Brasília, 2004.
- _____. ²⁴ Em 2004, praticamente toda a imprensa nacional ignorou os trabalhos da Comissão de Investigação Parlamentar do Banestado, que apurava o envio ilegal de dólares para o exterior. As denúncias chegavam perto demais dos principais meios de comunicação. Só as Mídias do Senado Federal e a Rede Record de Televisão deram cobertura ao fato.
- GANS, H. *Deciding what's news*. New York: Vintage Books, 2004.
- HERSCOVITZ, H. Jornalistas de São Paulo: quem são e o que pensam em comparação aos jornalistas americanos e franceses. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, São Paulo, v. XXIII, n. 2, jul./dez. 2004.
- JOHNSTONE, J.; SLAWSKI, E.; BOWMAN, W. The professional values of American newsmen. *Public Opinion Quarterly*, [S. l.], p. 522-540, 1972.
- LEMIEUX, C. Les journalistes, une morale d'exception?. In: BOURMEAU, S.; CARDON, D.; LE GAVRE, J. (Dir.). *L'activité journalistique*. Paris: Fond. Nat. des Sciences Politiques, 1992.
- MATHIEN, M. *Les journalistes et le système médiatique*. Paris: Hachette, 1992.
- MCMANE, A. Vers un profil du journaliste occidental. *Réseaux*, Paris, n. 51, p. 67-73, 1992.
- NEGREIROS, J. *Fantasma ao espelho: modo de auto-representação dos jornalistas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2004.
- NEVEU, É. *Sociologie du journalisme*. Paris: La Decouverte, 2004.
- VIEIRA, G. *Complexo de Clark Kent: são super-homens os jornalistas?*. São Paulo: Summus, 1991.
- PASQUALI, L. *Teoria e métodos de medida em ciências do comportamento*. Brasília: Universidade de Brasília; Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1996.
- RÁDIO Senado: manual de redação. Brasília: Senado Federal, [19--]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/radio>>. Acesso em: [200-].
- RENAULT, L. *Comunicação e política nos canais de televisão do poder legislativo no Brasil*. Belo Horizonte: ALMG, 2004
- RIBEIRO, J. C. *Sempre alerta*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- RIEFFEL, R. *L'élite des journalistes*. Paris: PUF, 1984.
- _____. Vers un journalisme mobile et polyvalent?. *Quaderni*, [S. l.], n. 44, 2001.
- RUELLAN, D. *Le professionnalisme du flou: identité et savoir-faire des journalistes français*. Grenoble: PUG, 1993.
- _____. Socialisation des journalistes entrant dans la profession. *Quaderni*, [S. l.], n. 44, p. 137-152, 2001.
- SCHLESINGER, P. Os jornalistas e a sua máquina do tempo. In: TRAQUINA, N. (Org.). *Jornalismo: questões, teorias e "estórias"*. Lisboa: Veja, 1983.

- _____. *Putting 'reality' together*, BBC news. London: Routledge, 1987.
- SCHUDSON, M. Por que é que as notícias são como são. *Jornalismo: comunicação e linguagens*, Lisboa, n. 8, p. 17-27, 1988.
- SENADO FEDERAL. *Ato da comissão diretora n. 15 de 2002*: boletim administrativo do pessoal n. 2541: edição de 16/05/2002. Brasília, 2002.
- _____. Manual de redação: agência senado e jornal do senado. Brasília, 2003.
- SANT'ANNA, F. *Mídia das fontes: o difusor do jornalismo corporativo*. Brasília: Casa das Musas, 2005.
- SOUSA, J. P. *As notícias e seus efeitos*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2000.
- TRAVANCAS, I. *O mundo dos jornalistas*, São Paulo: Summus, 1983.
- TUCHMAN, G. Objectivity as strategic ritual: an examination of newsmen's notion of objectivity. *American Journal of Sociology*, New York, v. 77, n. 4, 1972.
- TV Senado: manual de redação. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/tv/conheca/manual/intro.htm>>. Acesso em: [200-].

Apontamentos sobre a controvérsia da manutenção do Exame de Ordem

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida

Sumário

1. Apresentação. 2. Retrospectiva do surgimento do Exame de Ordem. 3. Breve análise da questão. 4. Conclusão.

1. Apresentação

A conveniência da manutenção do Exame de Ordem tem suscitado acirrados debates não só entre advogados, estudantes e faculdades de Direito, assim como na sociedade em geral, refletindo-se no Congresso Nacional.

A propósito, merece menção o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 186, de 2006¹, de autoria do Senador Gilvam Borges (PMDB/AP), com a finalidade de abolir a exigência de aprovação em Exame de Ordem para inscrição como advogado e a previsão de regulamentação desse exame por intermédio de provimento do Conselho Federal da OAB, ao propor a revogação do inc. IV e o § 1º, ambos do art. 8º do Estatuto da Advocacia (EA - Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), além de também propor a supressão, da órbita de competência da OAB, da responsabilidade que lhe foi atribuída, por intermédio do art. 44, inc. II, do

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida
é advogado e consultor legislativo do Senado Federal.

¹ O PLS nº186, de 2006, tramita no Senado Federal desde 9 de junho de 2006 e, até pelo menos a data de 24/06/2008, encontrava-se a espera de parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa.

mesmo diploma legal, de promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Em acréscimo, o projeto ainda propõe a revogação do inc. VI do art. 58 do EA, que atribui competência ao Conselho Seccional da OAB para realizar o Exame de Ordem, bem como do art. 84 da mesma lei, que previa, em disposição transitória, a dispensa do Exame de Ordem para os que comprovassem estágio profissional até dois anos da promulgação do Estatuto da Advocacia.

Em razão de a justificação desse projeto de lei ter procurado aglutinar os mais variados argumentos pela extinção do Exame de Ordem é que dela nos valem para sintetizá-los, aduzindo-os nos seguintes termos: (i) que a advocacia é a única profissão para cujo exercício a respectiva entidade de classe exige aprovação em exame de proficiência; (ii) que o Exame de Ordem não tem o condão de avaliar, de modo adequado, a capacidade técnica de quem quer que seja; (iii) que um simples exame não pode suplantar os diversos outros a que o aluno se submete durante todos os anos do curso de graduação; (iv) que, por se tratar de avaliação única, de caráter eliminatório, sujeita o candidato a situação de estresse e, não raro, a problemas temporários de saúde; e (v) que o Ministério da Educação já se responsabiliza pela aplicação do Exame Nacional de Cursos (Provão), com esse exato objetivo.

Além disso, o autor do projeto, pouco após a sua apresentação, em discurso proferido no Plenário do Senado Federal em 19 de junho de 2006, acrescentou que talvez haja outros interesses por trás da exigência do Exame de Ordem, como o dos cursinhos preparatórios, “que cobram pequenas fortunas para ministrar seus conhecimentos, num curto período de tempo, para que seus candidatos logrem aprovação”. Também sustenta que, se alguns cursos de Direito no Brasil são uma “verdadeira trapaça” – como afirmou, em certa ocasião, o Dr. Roberto Busato, então

presidente da OAB –, seria este momento oportuno para que essa entidade “assumis-se sua parcela de responsabilidade com o ensino jurídico do País”, haja vista que “a OAB tem participado, de modo até bastante efetivo, dos processos de autorização e de reconhecimento das faculdades e dos cursos de Direito no Brasil”².

Argumentou, ainda, aquele mesmo Senador, no mesmo discurso, que, se o problema é o baixo nível de ensino, deveria ser ampliado o currículo do curso de Direito, melhorando a sua grade curricular e intensificando os exames de ética.

Em seguida, alegou que os resultados do Exame de Ordem traduzem uma posição xenófoba e cartorial, tendo em vista que “nos impõem que 70% dos que não passam no concurso da Ordem são incompetentes; que 95% das faculdades brasileiras não prestam; que o que presta é o sindicato, é a Ordem”, além de dizer que “o motivo maior para a manutenção do exame de Ordem é o temor de alguns quanto à concorrência dos 120 mil novos bacharéis que todos os anos entram no mercado”, de modo que “os que já exercem a profissão buscam meios para impedir que novos profissionais adentrem no mercado”.

Por tudo isso, com a autoridade de quem supostamente representa a parcela da sociedade que pretende ver extinto o Exame de Ordem, manifestou-se aquele mesmo parlamentar no sentido de que deve ser deixado que a sabedoria do mercado selecione os melhores. Caso contrário, deveriam ser descredenciadas todas as universidades, não precisando os alunos submeter-se nem a exames nem a cursinhos, bastando que se submetam a uma única prova na OAB “que está tudo resolvido”.

Diante dessas considerações, é preciso que se faça uma retrospectiva do surgimento do Exame de Ordem no Brasil, a fim de procurar melhor entender a razão de tantos debates.

² (Cf. BRASIL, 2006, p. 20741)

2. Retrospectiva do surgimento do Exame de Ordem

O exame do tema revela que este assunto – a conveniência da criação de mecanismos de filtragem dos bacharéis em Direito para o ingresso na carreira profissional de advogado – vem suscitando acirradas polêmicas, sobretudo a partir do início da década de 70 do século passado, quando a OAB resolveu editar provimento sobre a realização de Exame de Ordem, previsto na Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, obrigando os bacharéis ao estágio de dois anos de duração ou, alternativamente, à realização do Exame de Ordem na OAB.

A propósito, em 1971, um articulista já salientava que o assunto constituía “motivo de vivaz controvérsia, senão de verdadeira polêmica, dadas as suas características de irredutibilidade de pontos de vista e de marcada agressividade manifestada pelas partes contendentes” (LOPES, 1971, p. 21).

Mas, fazendo-se uma retrospectiva ainda mais remota sobre a disciplina do tema, a partir da Independência do Brasil, em 1822, observa-se – como anota Roberto Rosas (1997, p. 56) – que, desde essa época, começou a haver um gradual desligamento da nossa cultura em relação a Portugal, pois, até então, a formação universitária dos profissionais do Direito no Brasil era toda obtida em Coimbra. Assim sendo, em 1827 foram criados os cursos jurídicos no Brasil, que, instalados em 1828, possibilitaram a criação de um ambiente profissional jurídico próprio.

Desse modo, com a formação da primeira turma de bacharéis em Direito, em 1832, começou-se a pensar na criação do órgão de classe, surgindo, assim, em 1843, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, precursor da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda na época do Império, foi editado o Decreto nº 7.836, de 28 de setembro de 1880, aprovando os estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros, cujo texto já revelava

uma preocupação com condições especiais para o exercício da advocacia. Assim, seu art. 2º, § 1º, ao tratar da “matrícula do advogado no quadro do Instituto”, exigia, para a sua admissão, que o candidato tivesse bons costumes; que provasse, com documentos, prática forense por três anos consecutivos; que escrevesse e apresentasse “memória ou monographia sobre qualquer ponto de jurisprudência, compreendido no programma para tal fim previamente organizado pela comissão de jurisprudência, e aprovado pelo conselho disciplinar”.

Essa disciplina perdurou por várias décadas, mesmo quando criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, como “órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados”, por intermédio do art. 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, que *reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências*.

Porém, logo em seguida, em 14 de dezembro de 1931, foi editado o Decreto nº 20.784, que *aprova o Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros*, mediante o qual ficou estabelecido que, para inscrição no quadro dos advogados da Ordem, seria necessário, além de outros requisitos – como a capacidade civil –, “ser bacharel ou doutor, em direito, por faculdade reconhecida pelas leis da República ao tempo da formatura; ou por faculdade de país estrangeiro, legalmente reconhecida, e confirmado o grau no Brasil, salvo o disposto em tratados internacionais relativos ao reconhecimento recíproco de títulos” (inc. I do art. 13), além de ter o candidato que também “ser brasileiro, nato ou naturalizado, e estar alistado como eleitor, salvo enquanto o não puder ser por motivo de idade” (inc. II).

Como se vê, apesar do gradual recrudescimento das condições para o exercício da profissão de advogado, convém anotar que esse mesmo Regulamento, em seu art. 101, inserido em capítulo que tratava de disposições transitórias, também admitia a inscrição de todos aqueles que possuísem, até aquele momento, título registrado na

Secretaria do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Estado ou do Acre, sendo suficiente, para a prova desse registro, certidão ou publicação oficial e a afirmação escrita de que preenchesse os requisitos do referido art. 13, inc. III (não ser nem estar proibido de exercer a advocacia) e inc. IV (não estar sendo processado nem ter sido condenado pelos crimes nesse dispositivo indicados), salvo prova em contrário, oferecida posteriormente por qualquer pessoa.

Verifica-se, portanto, que, a partir de então, o pretendente à inscrição como advogado não mais precisou submeter-se a nenhuma prova perante o órgão de classe, tendo em vista que, à época do Instituto dos Advogados Brasileiros, era necessário que o candidato pelo menos apresentasse a tal memória ou monografia sobre jurisprudência, a ser aprovada pelo seu conselho disciplinar, como havia sido apontado linhas acima.

Em seguida, foi dada ainda mais abrangência à seleção de advogados pelo órgão de classe respectivo, pois o Decreto nº 21.592, de 1º de julho de 1932, que *amplia a inscrição no quadro de ordem dos Advogados Brasileiros*, em seu art. 1º também passou a admitir a inscrição, como advogados, dos bacharéis, ou doutores em direito, formados por faculdades que fossem apenas *fiscalizadas* pelo Governo Federal ao tempo da formatura, ou posteriormente, além daquelas *reconhecidas* “pelas leis da República ao tempo da formatura”, como previa a legislação precedente.

Logo depois, o Decreto nº 22.266, de 28 de dezembro de 1932, houve por bem adiar, para 31 de março de 1933, o início da obrigatoriedade das disposições contidas no referido regulamento de 1931.

Anote-se que, com o advento do Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, foi editada a “consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil”, sem, contudo, alterar as exigências anteriormente baixadas para a inscrição como advogado.

Contudo, ante o art. 1º do Decreto nº 24.185, de 30 de abril de 1934, novas disposições transitórias foram editadas, elastecendo-se ainda mais os requisitos anteriormente estabelecidos para inscrição como advogado, a fim de permitir que os Tribunais Superiores dos Estados também admitissem – além dos casos já previstos no art. 2º do mencionado Decreto nº 21.592, de 1932 (aqueles que tinham título registrado na Secretaria do Superior Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Estado ou do Acre, não formados em faculdades reconhecidas ou sob a fiscalização do Governo Federal) – a inscrição dos “profissionais que, na conformidade das legislações estaduais, estavam exercendo a advocacia e que não se tinham inscrito, por motivos imperiosos até a data do início da vigência do regulamento aprovado pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, observando, para isso, o prazo de noventa dias”.

Esse mesmo diploma legal, pelo seu art. 2º, também acrescentou novo § 6º ao art. 22 do Decreto nº 22.478, de 1933, para permitir a representação da Fazenda Pública, administrativamente ou em juízo, por “funcionários de justiça ou administrativos, no desempenho das atribuições regulamentares de seus cargos ou quando habilitados para a mesma representação”.

Conclui-se, portanto, que, na vigência da disciplina prevista no Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros, que se iniciou na década de 30 do século passado, o candidato à inscrição não se submetia a qualquer tipo de seleção perante a OAB que fosse capaz de aferir a qualificação técnica do bacharel em Direito para o exercício da profissão de advogado.

No entanto, com as inevitáveis transformações decorrentes do formidável crescimento verificado no Brasil no século passado, por volta da década de 50 teve início – segundo aponta Ronald Cardoso Alexandrino (2006, p. 343), em conferência de advogados realizada em 2005 – a criação de algumas poucas faculdades de Direito,

todas, ou quase todas, fruto da iniciativa privada, quando, então, começou, “em decorrência desse fato, ligeiro declínio no ensino do direito.” Segundo esse mesmo conferencista, “essas novas Faculdades não tinham o prestígio e a qualidade das anteriores. O corpo docente não tinha a mesma expressão. Até o corpo discente não era igual, ou, pelo menos, à altura da qualidade que se esperava de um curso superior. Por outro lado, os exames vestibulares não acompanhavam o rigor dos anteriores e, como era natural, ingressaram nas Universidades alunos que não tinham condições razoáveis de aprendizado, necessárias para acompanharem o que o curso superior pretendia ensinar”.

Ainda de acordo com Alexandrino (Ob. cit., p. 343), também contribuiu para piorar o declínio do curso de Direito o fato de que, por volta da mesma década de 50, houve iniciativa legal que autorizou os antigos Contadores, ou até mesmo Técnicos em Contabilidade, a se submeterem ao exame vestibular para ingresso no ensino superior, o que até então não era possível, pois somente era permitido prestar vestibular aqueles que tivessem habilitados por certificado dos cursos Clássico ou Científico.

Em acréscimo, Alexandrino (2006, p. 343-344) também nos dá notícia de que, “depois de 1950, mais precisamente nas décadas de 1960/1970, a criação de outras Faculdades, principalmente de direito, em maior proporção do que na década anterior, passou a atingir um quadro excessivo, a ponto de atualmente [2005] atingir o escandaloso número de quase 900 (NOVECIENTOS) cursos de direito”. Nesse aspecto, o autor considera equívoco das autoridades educacionais brasileiras permitir o funcionamento de um número tão grande de cursos, quando se compara o funcionamento dos cursos de Direito nos Estados Unidos da América, que, com uma população bastante superior à brasileira, “registra apenas cerca de 250 cursos, muitos dos quais em excelentes Universidades”.

Nessa toada, inevitavelmente o antigo Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiro revelou-se insuficiente, emergindo, assim, a necessidade de se estabelecer critérios mais rigorosos de ingresso na carreira de advogado.

Foi então que, por força da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que *dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, passou-se a exigir, para inscrição no quadro de advogados, além de outros requisitos, como o diploma de bacharel ou doutor em Direito, o certificado de comprovação do exercício e resultado de estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem (art. 47, III), que se tornava obrigatório nos casos em que os candidatos não tivessem feito o estágio profissional ou não tivessem comprovado satisfatoriamente o seu exercício e resultado (art. 53), competindo ao Conselho Federal da OAB regular e disciplinar, por intermédio de provimentos especiais, o programa e a realização do Exame de Ordem (art. 18, VIII, b).

No entanto, o art. 151 daquele diploma legal, inserido no capítulo que tratava das disposições transitórias, adiou, por três anos, a partir da sua vigência, os requisitos do estágio profissional e do Exame de Ordem para efeito de inscrição no quadro dos advogados, de modo que, somente a partir de 1967, o candidato à inscrição como advogado teria que demonstrar ter feito o estágio, com aproveitamento satisfatório, ou submeter-se ao Exame de Ordem.

Ocorre que, com o término do período de adiamento previsto no supracitado art. 151 da Lei nº 4.215/63, novas facilidades foram criadas no sentido de flexibilizar a seleção de candidatos ao exercício da profissão de advogados, desta feita por conta da aprovação do Projeto de Lei (PL) nº 202, de 1967, de autoria do Deputado José Bonifácio (Arena/MG) – no Senado Federal identificado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 107, de 1967 –, transformado na Lei nº 5.930, de 23 de fevereiro de 1968.

Nesse aspecto, uma das principais medidas nela contidas foi a dispensa, em caráter transitório, dos requisitos de estágio ou Exame de Ordem para a ulterior admissão nos quadros da OAB “aos alunos das Faculdades de Direito, oficiais ou fiscalizadas pelo Governo Federal, matriculados ou que venham a matricular-se até o ano letivo de 1968, na 4ª e 5ª séries do curso de Direito”, que se inscrevessem na categoria de Solicitador Acadêmico (art. 1º).

Para completar o leque de medidas que tornavam cada vez mais maleável a admissão nos quadros da OAB, em 2 de junho de 1971 foi apresentado, pelo Senador Vasconcelos Torres (Arena/RJ), o PLS nº 33, de 1971 (PL nº 410, de 1971, na Câmara dos Deputados) – que, ao que tudo indica, teria tramitado em conjunto com o PL nº 1.450, de 1973, de autoria do Deputado Cantídio Sampaio –, que, transformado na Lei nº 5.842, de 6 de dezembro de 1972, aboliu definitivamente o Exame de Ordem e a comprovação do exercício e resultado do estágio previstos na citada Lei nº 4.215, de 1963, embora tenha previsto, como compensação, um novo estágio, em substituição ao anterior, que seria o “estágio de prática forense e organização judiciária” realizado junto às respectivas faculdades (art. 1º), que prevaleceu até o advento do novo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

A propósito, o Senador Benedito Ferreira (Arena/GO), em discurso de apoio ao aludido projeto, proferido na Sessão de 8 de julho de 1971, sustentou a extinção do Exame de Ordem no pressuposto de que “todos os cursos do Brasil, de modo especial na área do ensino superior, [estavam] sujeitos à fiscalização rigorosa por parte do Governo e considerando que em nenhuma das outras áreas existe esse teste”³.

Além disso, no mesmo discurso tachou, com virulência, o Exame de Ordem de absurdo e considerou-o uma “excrescência da pior qualidade, porque envolve um

ato ilícito, vale dizer, uma injúria lançada, em última instância, ao próprio Governo Federal”, haja vista que as atividades dos estabelecimentos de ensino “são permanentemente fiscalizadas por um elemento da confiança do Governo”; também apontava um sentido discriminatório com a classe dos advogados, tendo em vista que para nenhuma outra profissão, como por exemplo, a de médico, dentista ou engenheiro, fazia-se esse tipo de exigência. Ao final, concluiu sustentando que a OAB não poderia “se arvorar ao direito, aliás, à petulância, de se considerar que é um fiscal idôneo e o Governo é um fiscal inidôneo”.

O próprio Senador Vasconcelos Torres, autor do projeto que aboliu o Exame de Ordem em 1972, ao lembrar que o assunto estava apaixonando o Brasil, em discurso proferido em 3 de abril de 1973, considerou “odiosa atitude” a “insistência inexplicável da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo”, na manutenção do “famigerado” Exame de Ordem, classificando o Presidente da OAB, por conta disso, de “impenitente recalçado”, que teria lutado por todos os meios possíveis contra a aprovação do seu projeto, o que, no seu ponto de vista, seria “um mau exemplo à juventude de seu Estado”. Indagava o valor que teria, “então, um aluno passar cinco anos por uma faculdade de Direito, ter seu diploma reconhecido pelo Ministério da Educação, existir a fiscalização federal, professores que são obrigados a exibir *curriculum* ao Ministério da Educação e ao Conselho Federal de Educação”, se, ao cabo, o candidato teria que se submeter a um novo exame⁴.

O Deputado Cantídio Sampaio, autor do projeto, aprovado em conjunto com o do Senador Vasconcelos Torres, de que se originou a lei que, em 1973, aboliu o Exame de Ordem, por sua vez argumentou, na sua respectiva justificação, que “a muitos dos que hoje exercem a profissão com brilhantismo e eficiência e até mesmo compõem a

³ *Diário do Congresso Nacional* – Seção II, de 9 de julho de 1971, p. 2981.

⁴ *Diário do Congresso Nacional* – Seção II, 4 de abril de 1973, p. 0438.

banca examinadora na OAB não se exigiu a habilitação perante esse órgão representativo de classe e nem por isso o grau que lhes foi conferido pela Universidade está aquém dos que hoje são por eles convocados para atestarem sua capacidade profissional⁵.

Contudo, já naquela época, esse mesmo Senador não deixou de admitir a existência de um quadro educacional grave no ensino superior, tanto que considerava necessário “reivindicar do Ministério da Educação e Cultura o aprimoramento dos cursos de Direito e a fiscalização mais rigorosa, se julgar que o mal reside na estrutura universitária”.

Mas o fato é que, mesmo após todas as acirradas discussões que levaram à abolição do Exame de Ordem em 1973, não por acaso o assunto voltou à tona em 1990, quando o Senador Leite Chaves (PMN/PR), em 28 de junho daquele ano, apresentou o PLS nº 92, de 1990, restabelecendo a obrigatoriedade do Exame de Ordem, mas, desta vez, para todos os candidatos à admissão no quadro de advogados da OAB, independentemente de realização de estágio de prática forense.

Em sua justificação, o referido Senador argumentou que “o princípio norteador dessa exigência foi o da moralidade e do aprestamento técnico dos bacharéis em direito para efetivamente exercerem a profissão de advogado”, tendo em vista ser “notório o aviltamento da profissão de advogado por pessoas que não dispõem de capacitação técnica necessária”⁶.

Pouco tempo depois, em novo discurso, proferido em 10 de dezembro do mesmo ano, esse mesmo Senador argumentava que “nem aqui no Brasil, nem fora dele esse procedimento [do estágio probatório] mostrou-se conveniente”, sustentando que “exame [estágio] probatório é um alongamento apenas do estudo universitário, com mais falhas, porque, às vezes, são escritórios que tratam disso, orientados por pessoas que não têm

sequer condição de serem advogados, menos ainda de dirigirem assunto dessa natureza”⁷.

O Senador Leite Chaves também argumentava, nesse mesmo discurso, que a profissão de advogado é a mais difícil e a mais rigorosa para a qual se prepara o bacharel em Direito, entre a multiplicidade de profissões que se torna apto a exercer com a conclusão do curso, como a de juiz, promotor, delegado de polícia, diplomata e empresário.

Sendo assim, o exercício da advocacia exige do indivíduo maior qualificação intelectual e moral, que só o Exame de Ordem é capaz de apurar.

Além disso, alegava que por não ter o advogado controle funcional hierárquico e ser extremamente independente é “que em todos os países, à exceção de um ou dois do Terceiro Mundo, exige-se o Exame de Ordem”.

A propósito, vale transcrever trecho do referido discurso, bastante incisivo quanto a esse aspecto:

“Nos Estados Unidos, por exemplo, a Bar Association é extremamente rigorosa na realização desses exames. Há faculdades que existem há mais de 60 anos nos Estados Unidos e nem por isso jamais tiveram um aluno seu na Ordem dos Advogados, porque a Ordem considera tais universidades sem requisitos, sequer para habilitar um estudante a prestar tal exame de ordem.

E aqui, no Brasil, Sr. Presidente, a sociedade fica sujeita a advogados caricatos e sem qualificação de qualquer ordem, sobretudo os desprotegidos, os que não têm condições de obter informações sobre um profissional. Quantos patrimônios, quantas causas, quantas vicissitudes ocorrem em relação a pessoas que não têm condições de se informarem acerca do profissional. A sociedade tem que ser cada vez mais exigente, principalmente na

⁵ *Diário do Congresso Nacional* – Seção I, de 17 de agosto de 1963, p. 4399.

⁶ *Diário do Congresso Nacional* – Seção II, de 29 de junho de 1990.

⁷ *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, de 11 de dezembro de 1990, p. 7889.

medida em que as faculdades formam cada vez mais número de alunos.

Quero dizer a V. Ex^a que existem alunos por aí – não só formados em Direito, como também em outras áreas – que são completamente jejunos na matéria em que se graduam.”

Em seguida, o Senador Leite Chaves acusava grande parte das faculdades de terem se tornado “instrumento de formação de homens deformados para a vida profissional”, de existirem como “indústrias financeiras”, causando “verdadeiros descalabros”, pois, embora existam advogados de excepcional qualidade, “o grande número deles, no entanto, é de profissionais de fim de semana, de leguleios, de sujeitos que existem para surpreender e para enganar os outros, comprometendo a classe e causando sério prejuízo à sociedade”.

Ao final, concluía que o seu projeto “é de grande alcance social e [protegia] da melhor forma possível os interesses da sociedade”, tendo em vista que “um exame de ordem, um exame rigoroso, através de advogados da própria Ordem, é um instrumento mais eficaz para que os futuros profissionais possam merecer o respeito público”.

No entanto, o aludido projeto, mesmo depois de ter sido aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional, acabou sendo vetado pelo Presidente da República, sob o singelo argumento de ser “contrário ao interesse público”, pois o exame de ordem não deveria ser considerado “panacéia para a advocacia de baixa qualidade” e “a melhoria da qualidade dos serviços de profissionais liberais é vinculada e dependente tanto de apropriada formação humanística, que deve ser propiciada pelo ensino de 2^o grau, quanto de sólida base teórica no correspondente domínio científico, a ser adquirida no curso universitário”⁸. Registre-se que, quase dois anos depois, o veto foi mantido pelo Senado Federal, mediante deliberação realizada em 16 de março de 1994.

⁸ MSC 736/92-PR, publicada no *Diário Oficial da União* de 24 de novembro de 1992.

No entanto, somente com a edição do novo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, já referida), ainda em vigor e originário de projeto de lei apresentado pelo Deputado Ulysses Guimarães (PL nº 2.938, de 1992), o Exame de Ordem foi restabelecido, mas com regulamentação a depender de provimento do Conselho Federal da OAB (art. 8^o, IV, e § 1^o).

Essa regulamentação do Exame de Ordem pela OAB deu-se em 1992, por intermédio do Provimento nº 74/92, posteriormente revogado pelo de nº 81/96.

A propósito, convém anotar que o professor Álvaro Melo Filho, por ocasião da sua participação na XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, com o tema “Direito, Advocacia e Mudança”, realizada em Fortaleza, CE, em setembro de 1996, em sua palestra intitulada *O Exame de Ordem*⁹, desenvolveu um quadro comparativo, demonstrando as semelhanças e diferenças entre o atual e o anterior Exame de Ordem, transcrito na página seguinte.

Esse mesmo advogado também argumentou, em defesa do Exame de Ordem, que, com a sua nova conformação, dada pelo Provimento nº 81, de 1996, ele “será o agente indutor de um processo em prol da competência, da qualidade profissional, da responsabilidade, da dignidade e da ética na advocacia, tornando-se partícipe do esforço coletivo de construção de uma sociedade justa e harmônica, onde o progresso não seja o apanágio de poucos mas a conquista de todos e de cada um” (ob. cit., p. 551).

Também invoca opinião do colega Marcelo Lavenère, segundo o qual é “impossível controlar e fiscalizar o exercício profissional sem ter a prerrogativa de realizar Exame de Ordem, como se pratica em todos os países em que a advocacia é levada a sério”, ao tempo em que acrescenta que o Exame de Ordem “tornou-se fundamental para evitar a inépcia e o aviltamento da profissão advocatícia, daí por que não deve

⁹ (Cf. MELO FILHO, 1996, p. 578-579)

Provimento nº 74/92	Provimento nº 81/96
a) Exame de Ordem só é obrigatório para os que não tenham realizado, nos últimos dois (2) anos do curso jurídico, o estágio profissional ou o estágio de prática forense e organização judiciária;	a) Exame de Ordem é obrigatório para todos, <i>não</i> figurando mais os estágios profissional e de prática forense como mecanismos ensejadores de sua dispensa ou isenção;
b) Exame de Ordem deve ser prestado na Secção onde o interessado escolheu para sede principal de sua advocacia;	b) Exame de Ordem é prestado na Secção onde o interessado concluiu seu curso de graduação ou na de seu domicílio civil;
c) A realização do Exame de Ordem é de, no mínimo, dois (2) por ano, em datas variadas fixadas por cada Conselho Seccional;	c) O Exame de Ordem é realizado, no máximo, três (3) vezes por ano, nos meses de março, agosto e dezembro fixados, uniformemente, para todo território nacional;
d) Exame de Ordem abrange uma etapa única com provas escritas e orais elaboradas e aplicadas pelos Conselhos Seccionais;	d) Exame de Ordem desdobra-se em duas etapas: a primeira condensa prova objetiva, de múltipla escolha, de caráter eliminatório, e a segunda consta de prova prático-profissional, ambas a cargo dos Conselhos Seccionais;
e) Considera-se aprovado o examinando que obtiver média igual ou superior a cinco (5) em cada prova;	e) Exige-se para aprovação a nota mínima cinco (5) na prova objetiva e seis (6) na prova prático-profissional;
f) Os programas das matérias são de livre elaboração dos Conselhos Seccionais, donde decorre um padrão diversificado de exigências e conteúdos programáticos;	f) O programa da Prova Prático-Profissional tem um padrão nacional constante no Anexo ao Provimento, mas abre espaço para as peculiaridades jurídicas locais e regionais;
g) Como a prova escrita é identificada e a prova oral não permite anonimato, os resultados são muitas vezes distorcidos e manipulados;	g) Com a imposição de desidentificação das provas objetiva e prático-profissional, assegura-se uma avaliação séria e impessoal;
h) A divulgação dos resultados dar-se-á na sede do Conselho Seccional ou da Subsecção delegada, sem qualquer comunicação dos resultados para o Conselho Federal;	h) Além da divulgação dos resultados, remeter-se-á à Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal estatística de aprovados e reprovados para ajudar na avaliação da qualidade dos cursos jurídicos;
i) Inexiste qualquer menção ou limitação no valor de cobrança da taxa de inscrição pelos Conselhos Seccionais em cada Exame de Ordem;	i) A taxa de inscrição exigível em cada Exame de Ordem fica delimitada ao máximo de 30% do valor correspondente à anuidade do respectivo Conselho Seccional;
j) O Regulamento do Exame de Ordem é elaborado autonomamente por cada Conselho Seccional;	j) As resoluções regulamentando Exame de Ordem serão aplicadas pelos Conselhos Seccionais, após aprovação da 1ª Câmara do Conselho Federal;
k) A Coordenação Nacional do Exame de Ordem funciona junto ao Conselho Federal, com a finalidade de acompanhar a realização do Exame no País e de fixar diretrizes gerais para sua melhoria e eficiência;	k) À Comissão de Exame de Ordem do Conselho Federal da OAB compete definir as diretrizes gerais e de padronização nacional básica da qualidade do Exame de Ordem, transfundindo a Coordenação Nacional em seu órgão executivo e fiscalizador da realização do Exame no País.

transfundir-se num simples 'reexame de graduação'", mas sim como "uma verificação indispensável da capacidade do Bacharel para ser advogado, como condição *sine qua* para obtenção da 'carta patente' que o credencia e autoriza a ingressar no mercado profissional" (ob. cit., p. 552).

Reportando-se à "proliferação desastrosa de cursos e Faculdades de Direito, aliada à má qualidade do ensino jurídico", Melo Filho constata que o diploma em Direito como documento exteriorizador e atestador de aptidão e qualificação

profissionais foi comprometido, transformando-se o Estágio de Prática Forense, na realidade, "em inútil e falaz formalidade superável sem o mais mínimo esforço" (ob. cit., p. 553).

Ao salientar que o Exame de Ordem no Brasil é realizado três vezes ao ano, lembra que, em países como o Japão, realiza-se uma só vez por ano, assim como na França (ob. cit., p. 564).

Ao final de seu artigo, Melo Filho reconhece que, "obviamente, o Exame de Ordem, com suas novas diretrizes, não

se configura como panacéia, nem outorga a garantia definitiva de competência advocatícia, até porque, em toda atividade profissional, a aptidão assenta em revisão freqüente do saber técnico e especializado” (ob. cit., p. 577). De toda forma, aduz que “nenhuma tarefa advocatícia se poderá levar a bom termo sem a atenta ponderação de valores sociais, políticos e econômicos em jogo, nem tampouco sem o manejo inteligente e ético de instrumentos técnico-jurídicos. Nesse contexto, são esses os requisitos profissionais objeto de avaliação no renovado Exame de Ordem concebido *con un espíritu abierto y dinámico, para evitar una esclerosis que le impida comprender y absorber las constantes transformaciones que se operan en el ordenamiento jurídico*, na assertiva de R. Siches” (ob. cit., p. 577).

Por sua vez, o já citado Professor Roberto Rosas argumenta, em prol do Exame de Ordem, que o curso jurídico não tem como finalidade a formação de advogados, tendo em vista que também propicia a formação de magistrados, membros do Ministério Público, procuradores “e até diletantes ávidos do conhecimento jurídico para suas atividades particulares (servidores públicos, empresários, outros profissionais liberais etc.)”, sustentando, portanto, inexistir metodologia própria para a formação do advogado, de forma que a escola apenas obriga-se a fornecer conhecimentos genéricos para que haja a opção da futura carreira, o que preocupa a OAB, assim como há preocupação na seleção dos juízes (ob. cit., p. 56).

Indaga, então, esse mesmo professor, o porquê da existência de concurso para juiz, membro do Ministério Público, procurador, senão como a preocupação do Estado na seleção profissional (ob. cit., p. 57).

Quanto ao argumento de que o Exame de Ordem contrariaria a liberdade de exercício de qualquer profissão, assegurada pela Constituição Federal, sustenta ainda esse professor, no artigo citado, que “o próprio dispositivo impõe a redução de

sua eficácia, atendendo às qualificações profissionais que a lei estabelecer”, que não se limita ao diploma, mas estende-se ao cabedal de conhecimentos habilitadores do desempenho da profissão, o que reforça a possibilidade da exigência de requisitos para o ingresso na OAB, lastreada que está na competência legislativa exclusiva da União para fixar condições de exercício das profissões (art. 22, XVI, da Constituição Federal) (ob. cit., p. 57).

Além disso, traz a lume que, já em 1997, quando foi redigido o artigo, o Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Carlos Mário Velloso) estendeu a constitucionalidade da proibição fixada na Lei nº 8.906 a certas atividades (no caso do servidor judicial), não vendo choque com a liberdade de expressão, que pode, sim, ser obstada por motivos de capacidade, qualificação e conhecimento específico para o exercício da advocacia, tendo em vista que a escola jurídica forma bacharéis, e não advogados (ob. cit., p. 57).

Nesse aspecto, vale citar trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, aprovado por unanimidade na sua Primeira Turma (REsp 214671/RS, publicado no DJ 1º/08/2000), com o seguinte teor:

“I – Não é lícito confundir o *status* de bacharel em direito com aquele de advogado. Bacharel é o diplomado em curso de Direito. Advogado é o bacharel credenciado pelo Estado ao exercício do *jus postulandi*.

II – A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não constitui mero título honorífico, necessariamente agregado ao diploma de bacharel. Nela se consuma ato-condição que transforma o bacharel em advogado.

III – A seleção de bacharéis para o exercício da advocacia deve ser tão rigorosa como o procedimento de escolha de magistrados e agentes do Ministério Público. Não é de bom aviso liberalizá-la.

IV – (*omissis*).

V - (omissis).

VI - (omissis)."

Ronald Cardoso Alexandrino (2006, p. 345) também cuida desse mesmo aspecto, ao esclarecer que "a exigência do Exame de Ordem para o ingresso nos quadros da OAB é constitucional, consoante várias decisões da própria OAB e de vários Tribunais, inclusive do STJ e do STF; resulta ele do texto expresso do direito positivo brasileiro (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, que é uma lei não apenas federal, mas *nacional*), editada com apoio no inciso XIII do art. 5º da Constituição da República, que assegura a todos o 'livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou *profissão*, atendidas as *qualificações profissionais que a lei estabelecer*'" (grifos do original).

Por sua vez, Waldemir Banja (2001), em artigo intitulado *Exame de Ordem*, também aquiesce com a distinção entre bacharel e advogado, salientando que "o advogado é um profissional que a Constituição Federal em vigor reputa indispensável à administração da Justiça; o bacharel em Direito não". Enfim, entende que, se o graduado em Direito não pode exercer a profissão de promotor de justiça, magistrado, procurador de empresa pública ou de autarquia sem antes se submeter ao exame próprio, imposto pela lei que disciplina cada uma dessas profissões, demonstrando sua capacitação e conhecimentos jurídicos, tampouco poderá pretender exercer a profissão de advogado.

No que tange à alegação de que a faculdade já examina seus alunos, o professor Melo Filho, desta vez invocado por Alexandrino (2006, p. 345-350) em seu citado artigo, contra-argumenta que "não se pretende mensurar o acúmulo de conhecimentos jurídicos, *mas a capacidade de aplicá-los*. Ou seja, ao Exame de Ordem compete testar a habilidade do postulante a advogado de raciocinar juridicamente, de analisar e solucionar os problemas jurídicos apresentados e de demonstrar o domínio dos principais fundamentos do direito e suas aplicações"

(grifos do original). Aproveita para lembrar que exame semelhante também é aplicado nos Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Suíça, Japão e outros países, pois, segundo afirma, "na maior parte das nações civilizadas o Exame de Ordem é uma regra normal de habilitação profissional, sempre tendo por escopo uma melhor e maior garantia ao bom exercício da profissão". Informa, ainda, a título de ilustração, que já há notícia de que, em São Paulo, o Conselho de Medicina está pensando em fazer "Exame de Ordem para médicos".

Quanto ao argumento de que a OAB não teria legitimidade para criticar os cursos jurídicos em razão de, nos termos do art. 54, XV, do EA, a ela competir "colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos", o professor Rui Celso Reali Fragozo, em artigo intitulado *A OAB e o ensino jurídico*¹⁰, anota que, "infelizmente, o parecer da OAB não é vinculativo, podendo o Ministério da Educação e Cultura (MEC) autorizar a criação de curso em contrariedade ao entendimento da corporação, resultando a discrepância, a oferta insatisfatória e a duvidosa adequação às exigências próprias da formação universitária". Acrescenta, ainda, que, somente em 2002, quando foi redigido o artigo em comento, submeteram-se à seccional paulista da OAB dezesseis pedidos de abertura de cursos de Direito, tendo sido quinze rejeitados.

Nesse sentido, Ronald Cardoso Alexandrino (2006, p. 348) esclarece, no seu mencionado artigo, que, apesar disso, a OAB, por meio de seu Conselho Federal, tem tomado medidas como, por exemplo, submeter o resultado estatístico com o aproveitamento do candidato no Exame de Ordem a cada uma das instituições de ensino participantes, de forma a indicar o aproveitamento desses mesmos candidatos

¹⁰ *Correio Braziliense*, 21 de outubro de 2002.

em cada matéria, para que possa a faculdade, assim, tomar as providências possíveis com base nas áreas de conhecimento que seus ex-alunos não se saíram bem.

3. Breve análise da questão

O que, a nosso ver, se pode notar diante de todos esses argumentos é que o sistema educacional do nosso País – incluindo-se o superior e, particularmente, o ensino jurídico – encontra-se incapacitado de realizar a sua missão, que é propiciar ensino de qualidade aos alunos, salvo raras exceções.

No caso do Exame de Ordem, basta que o candidato demonstre razoável domínio do Direito para obter sua aprovação, pois, de acordo com a regulamentação da OAB, o Exame de Ordem abrange uma prova objetiva, com o mínimo de 50 e o máximo de 100 questões de múltipla escolha, exigindo-se o mínimo de nota 5 do candidato para a sua aprovação, e uma outra prova prático-profissional, em que são avaliados o raciocínio jurídico, a fundamentação e sua consistência, a capacidade de interpretação e a técnica profissional, considerando-se aprovado o candidato que obtiver nota igual ou superior a seis. Não há mais prova oral.

No entanto, muitos alunos não conseguem obter a formação adequada e se tornam despreparados em virtude das deficiências do nosso sistema. Dessa maneira, é inevitável que, ao final do curso, o aluno tome consciência de seu despreparo, no momento em que se vê na contingência de enfrentar um exame que exige o mínimo que se pode esperar de conhecimentos e habilidade para a prática da profissão de advogado. Nesse momento, o aluno prefere desviar o foco do seu insucesso, que é a sua má-formação, passando a culpar a OAB pelo Exame de Ordem.

Muitos desses alunos, então, passam a contar com o apoio dessas mesmas faculdades que falharam na sua missão – pois várias dessas instituições priorizam o interesse comercial em manter o maior nú-

mero possível de alunos –, de maneira que todos se juntam para insurgirem-se contra o Exame de Ordem, havendo muitos que até pressionam o Congresso Nacional, na esperança de restabelecer o antigo sistema sem controle de seleção, que, cada vez mais, torna-se inadequado à nossa realidade, saturada que está de profissionais despreparados, trazendo sérios riscos a todo aquele que necessita socorrer-se do advogado para poder fazer valer direito violado ou na iminência de ser violado.

4. Conclusão

É o nosso entendimento de que o Exame de Ordem deve ser mantido, pois, além de não ferir a Constituição Federal, é um instrumento hábil a aferir as condições mínimas para que um bacharel em Direito possa exercer a profissão de advogado, assim como ocorre em inúmeros outros países mais desenvolvidos.

Nesse sentido, deve também ser considerada a preocupante realidade da educação brasileira, com excessivo número de faculdades de Direito a oferecer baixa qualidade de ensino, o que permite a graduação da maioria de seus alunos sem a formação adequada.

Impõe-se, portanto, a existência de um filtro, ou seja, um processo seletivo para o acesso à profissão de advogado, assim como existem filtros para o acesso à magistratura, ao Ministério Público e outras profissões privativas do bacharel em Direito.

Referências

ALEXANDRINO, Ronald Cardoso. Exame da Ordem: necessidade irrevogável. In: CONGRESSO NACIONAL DOS ADVOGADOS: REPÚBLICA, PODER E CIDADANIA, 19., 2005, Florianópolis. *Anais...* Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 2006.

BANJA, Waldemir. Exame da Ordem. In: *Correio Brasileiro*. Caderno direito e justiça. Brasília, 12 mar. 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Discurso proferido pelo Senador Benedito Ferreira (Arena/GO) na Seção de 8

de julho de 1971. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 2. 9 jul. 1971, p. 2981.

BRASIL. Congresso Nacional. Discurso proferido pelo Senador Cantídio Sampaio. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 1. 29 ago. 1963, p.4399.

BRASIL. Congresso Nacional. Discurso proferido pelo Senador Leite Chaves (PMN/PR) em 10 de dezembro de 1990. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 2. 11 dez. 1990, p. 7889.

BRASIL. Congresso Nacional. Discurso proferido pelo Senador Leite Chaves (PMN/PR) em 28 de junho de 1990. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 2. 29 jun. 1990.

BRASIL. Congresso Nacional. Discurso proferido pelo Senador Vasconcelos Torres (Arena/RJ) em 3 de abril de 1973. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 2. 4 abr. 1973, p. 0438.

BRASIL. Projeto de Lei nº 186 de 2006, de autoria do senador Gilvam Borges (PMDB/AP). Propõe abolir a exigência de aprovação em Exame de Ordem para inscrição como advogado. *Diário oficial do Senado Federal*. Brasília, 20 jun. 2006, p. 20741.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. A OAB e o ensino jurídico. In: *Correio Braziliense*. Caderno direito e justiça. Brasília, 21 out. 2002.

LOPES, Alfredo Cecílio. Exame de Ordem: uma controvérsia no campo jurídico. Problemas brasileiros. *Revista mensal de cultura*. n.99. nov. 1971.

MELO FILHO, Álvaro. Direito, advocacia e mudança. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16., 1996, Brasília. *Anais...* Brasília: Conselho Federal, 1996.

ROSAS, Roberto. Qualificação do advogado: o exame de ordem. *Revista dos estudantes de Direito da Universidade de Brasília*. Primeira tiragem. 2.ed. mar. 1997.

O Apocalipse

Cânon, simbolismo, doutrina e parâmetro de avaliação histórica

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. O nome. 3. Literatura apocalíptica. 4. A autoria. 5. O simbolismo. 6. O conflito doutrinário. 7. Conclusão.

1. Introdução

Foi um programa do canal 51, “Discovery Channel”, da série documentária “As Escrituras”, que nos fez escrever este artigo, abordando um tema tão discutido como o “Apocalipse”.

Como o documentário fazia referência à descoberta arqueológica de um manuscrito no Egito que, em parte, refazia a tradição do simbólico número 666, pelo número 616, trazendo em consequência interpretações diversas dos eventos e personagens do manifesto escatológico, resolvemos colaborar com a nossa parte, mostrando não ser essa sugestão novidade, como também oferecendo ao leitor algumas curiosidades sobre a cabalística numerologia judaica.

Durante os séculos XIX e XX, centenas e centenas de livros foram editados sobre a matéria, além de publicações diversas, ensaios, artigos de revistas e jornais, entrevistas pelos meios de comunicação enfocando os aspectos essenciais desse curioso documento bíblico, sendo o simbolismo judaico, inegavelmente, o pólo de atração máxima do interesse dos leitores.

Hugo Hortêncio de Aguiar é militar reformado e especialista em cultura do Oriente Médio.

Assim, não vamos tratar o assunto como mais um exegeta, isto é, discutindo aspectos doutrinários, o que delegamos para pastores e dirigentes espirituais das várias seitas cristãs, pois reconhecemos a nossa limitação no conhecimento básico especializado, imprescindível para tal, o que não é nenhum demérito, uma vez que nenhum dos analistas, pesquisadores, historiadores dos mais renomados do mundo conseguiu até hoje, de modo completo e irrefutável, dominar a essência escatológica de tão fabuloso documento doutrinário e profético. As pesquisas e tentativas arqueológicas têm sido exaustivas, sendo a citada pelo referido seriado de TV apenas uma a mais, entre as inúmeras, na ansiosa busca de solução desse intrincado quebra-cabeças.

É isso que pretendemos mostrar ao leitor, quase a título de curiosidade, enfocando especialmente a simbologia numérica judaica e abordando, somente quando absolutamente necessário, a temática doutrinária. E isso só faremos no item 6 e na “conclusão”, pois não podemos deixar de caracterizar o papel fundamental representado pelo Apocalipse no antagonismo doutrinário, o mais sério problema nos primeiros anos do Cristianismo, deixando marcas profundas, por que não dizermos, até os dias de hoje.

2. O nome

A palavra “Apocalipse” é uma transliteração, quase que em exata projeção gráfica, do termo original grego, significando “revelação” em português. A pronúncia, naturalmente, é diferente. A tônica, em grego, é no segundo “a”, enquanto em nossa língua é no “i”.

Assim, em grego transliterado, é “Apocalipsis”; em português é “Apocalipse”. O sinal da acentuação tônica é somente para caracterizar a diferença de pronúncia; não obedece às regras de pontuação, nem da gramática grega, nem da gramática portuguesa.

A maioria dos idiomas adota o significado “revelação” como tradução, o que é legítimo, pois assim está explícito em qualquer dicionário grego bilíngüe. No entanto, uma minoria de línguas, como é o caso do português, mantém a palavra original grega transliterada, com a natural diferença de pronúncia. Acontece que, nessa segunda opção, o termo “apocalipse” tem um indisfarçável sentido de “fim de mundo”, prevalecendo sobre os aspectos históricos e doutrinários.

No segundo caso, é o misticismo superando a semântica, indo ao encontro da preocupação natural de grande número de leitores ávidos por predições escatológicas, ansiosos por uma antevisão do futuro deste nosso conturbado planeta, dando ao termo uma irrefutável autenticidade.

A aceitação do “Apocalipse” somente como repertório de eventos históricos e bíblicos, ou apenas como veículo de propagação doutrinária, de que ele é de fato um exemplo substancial, limita sua abrangência milenar e o seu fascínio como previsão profética, às vezes pessimista, o que tanta perturbação causou nos primeiros séculos da Era Cristã, com reflexos sensíveis até nossos dias, entre dirigentes espirituais e exegetas das diversas seitas religiosas, especialmente entre os menos preparados para a apreciação de tão polêmico documento.

3. Literatura apocalíptica

É muito vasta. Além dos apocalipses canônicos, um do Antigo e outro do Novo Testamento, conhecidos respectivamente como de Daniel e de São João, há uma infinidade de outros menos difundidos, como o de Abraão, o da Assunção de Moisés, o de Henoc (em três idiomas diferentes), o de Baruc, o de Isaías, o de Esdras, o dos Jubileus, o do Testamento dos Doze Patriarcas, os pequenos apocalipses dos Evangelhos, o da Epístola de São Paulo e outros considerados apócrifos, pseudonímicos ou interpolações.

A todos eles se podem aplicar considerações semelhantes, respeitadas alguns aspectos especiais, que se resumem nas seguintes:

- descrição de fatos passados, análise da situação presente e predições sobre o futuro, tudo referido a períodos da história caracterizados por flutuações de poder de reinos e impérios, o que implica erros cronológicos e de onomástica, pois, pela falta de recursos tecnológicos, as referências eram inexatas;

- foram concebidos em períodos de crise, como conforto, projetando sempre, como recompensa, uma promessa messiânica;

- eram pseudonímicos, para que seus autores fugissem à perseguição dos opressores. O do Novo Testamento foge a essa regra, substituindo esse recurso por um simbolismo fantástico;

- não havendo imprensa nem qualquer meio mecânico de reprodução, os documentos eram grafados manualmente por redatores e copistas que se sucediam, às vezes, por gerações sucessivas, originando erros de datas e lugares, muitas vezes significativos, com adulteração do sentido – o problema era constante;

- finalmente, o simbolismo, traço cultural do oriental, em geral, e do judeu, em particular, teve seu uso pleno nos apocalipses, chegando ao máximo no Apocalipse de São João, que, além de uma obra doutrinária de magnitude, continua, como conjunto profético e apocalíptico, a desafiar, pelo seu simbolismo, a perspicácia dos estudiosos.

4. A autoria

No item anterior, dissemos que uma das características dos apocalipses era a pseudonímia dos autores, como meio de fugir à repressão do poder constituído, e que o Apocalipse de João era uma exceção.

De fato, esse apocalipse, já na primeira fase, identifica o seu verdadeiro autor: “O Apocalipse de Jesus Cristo, o que Deus lhe

deu...” etc.; melhor identificação autoral não existe.

Quando discutimos a chamada “autoria”¹ do Apocalipse de João, estamos na realidade procurando identificar o vidente, o receptor da comunicação, o intermediário da manifestação sobrenatural, que se autodenomina João, logo na Introdução. No Espiritismo, sem descer a considerações precisas, é chamado “médium”.

Há inúmeras correntes de opinião sobre esse citado João, inclusive a de que ele seja um pseudônimo. Contudo, a esta altura das análises, podemos assegurar que os pesquisadores estão grupados em duas correntes, quase que em sua totalidade, adotando o seguinte:

- o primeiro grupo, com menor número de adeptos, mas com significativa expressão, defende a idéia de que o João do Apocalipse seja um outro João da Ásia Menor, com especial indicação para o presbítero João de Hierápolis, cidade próxima a Éfeso e de muita importância na época;

- o segundo grupo, em grande e tradicional maioria, não aceita outra autoria para o Apocalipse do Novo Testamento diferente da do apóstolo e evangelista João, filho de Zebedeu e Salomé.

Vejamos as razões que são apresentadas em defesa das duas correntes de opinião:

- a) do primeiro grupo, contrário à autoria de João Evangelista:

- não há certeza da presença de João Evangelista em Éfeso;

- como em vários outros apocalipses, o nome João pode ter sido pseudônimo, como regra de fuga às perseguições que, no caso dos romanos, eram tão violentas em Éfeso (capital asiática) quanto em Roma;

- havia na região de Éfeso um presbítero chamado João, mais ligado à cidade de Hierápolis; segundo Papias, bispo dessa

¹ A partir deste ponto, vamos usar os termos “autoria” e “autor” no sentido genérico, para facilidade de exposição, pois já esclarecemos que o verdadeiro autor do Apocalipse é Jesus Cristo, como está explícito na Introdução do manifesto.

cidade, e uma fonte em Alexandria, o presbítero João pode ter sido até discípulo de João Evangelista, pois eram da mesma época; com certeza, adotava todos os princípios cristãos;

- o documento apresentava conceitos e imagens não condizentes, aparentemente, quanto ao ensino de Jesus, particularmente no aspecto pessimista, não apropriado a um seu apóstolo.

b) do segundo grupo, que julga a autoria do apóstolo João como a única possível:

- não há prova concreta da presença de João Evangelista em Éfeso, mas há indícios veementes de sua estada demorada naquela região: conotações cronológicas e citações históricas correlatas de fatos e lugares dão um peso muito grande às atividades do Apóstolo na área, bem como a seu desterro na ilha de Patmos;

- embora não seja uma prova decisiva, a citação do nome de João no Apocalipse não deixa de ser, pelo menos, um fator sugestivo;

- não havia na região, segundo o que tem sido pesquisado, nenhum outro João, a não ser o presbítero de Hierápolis;

- referido presbítero, mesmo com seu provável Cristianismo, não possuía liderança carismática marcante na área para escrever cartas de censura tão fortes quanto às dirigidas às Igrejas da Ásia Menor, qualidade que João Evangelista apresentava sobejamente. As poucas referências ao presbítero de Hierápolis não tinham consistência para caracterizá-lo como autor de manifesto de tal magnitude;

- embora escrito em grego², o documento é indiscutivelmente de inspiração judaico-cristã, redigido por alguém muito ligado aos cristãos de Jerusalém, conhecedor profundo daquela cidade e de seus costumes, o que indica a figura do apóstolo João;

² O Apocalipse pode ter sido, inicialmente, escrito em aramaico ou hebraico e transcrito para o grego pelo próprio João Evangelista, ou por um escriba, seu discípulo ou amigo. Isso era comum na época.

- o Apocalipse está escrito em grego elementar³, refletindo em verdadeira grandeza a limitação cultural de João, filho de Zebedeu e Salomé, um Galileu que falava um inculto aramaico. Como sabemos, os apóstolos, quando em missão, comunicavam-se com o povo do país que percorriam de acordo com o grau de cultura que eles, apóstolos, possuíam. Quanto ao conflito com a doutrina de Jesus, comentaremos o assunto no item 6 e na "Conclusão";

- apenas uma curiosidade: até alguns anos passados (não sabemos se ainda continua assim), havia um passeio turístico para visita ao túmulo de Maria, em Éfeso. Essa viagem de Maria, acompanhando o apóstolo João a Éfeso, onde ela teria morrido, é uma tradição paralela, sendo a tradição principal que o seu passamento se deu mesmo em Jerusalém, em condições especiais. Concordamos com essa última, que mais responde aos costumes judaicos. Maria teria falecido cerca do ano 50 d.C., mais ou menos com 70 ou 72 anos de idade. João, que a adotara, só depois teria se deslocado para Éfeso, sozinho, lá pelo ano 51 d.C.

Retornando à autoria do Apocalipse, podemos afirmar que não somente as fontes cristãs, como renomados analistas de orientação "racionalista" aceitam o apóstolo João Evangelista como o verdadeiro autor do Apocalipse do Novo Testamento, o canônico, restando, atualmente, pouca oposição a essa corrente de opinião.

5. O simbolismo

O uso exagerado do simbolismo era a forma de expressão literária preferida pelos profetas, com especialidades nos trechos escatológicos, em que, juntamente com a pseudonímia, procuravam fugir à ira dos poderosos; como também, pela tradição

³ Segundo Antônio Freire, jesuíta português e uma autoridade em cultura helênica, as obras do Novo Testamento, da autoria de João Evangelista, são as que mais se afastam da pureza da linguagem, sobretudo o Apocalipse.

bíblica, era um recurso muito simpático ao grande público.

Isso era devido ao grande número de figurações de elementos da natureza, como animais selvagens, ainda numerosos, e fenômenos atmosféricos, não identificados cientificamente. A linguagem era acessível porque traduzia aspectos práticos da vida dos habitantes; mas se complicou gradualmente quando o simbolismo enveredou pelos numerológicos esotéricos, exigindo leitores "iniciados". Esse tipo de simbolismo, sem dúvida mais elitista, restringiu o leque do rebanho receptivo. Por outro lado, despertou mais interesse dos leitores, sequiosos pela busca da verdade e fascinados pelo teor cabalístico. Tomemos como exemplo a atenção especial que o número 666 desperta. Depois de tudo que temos lido e relido sobre esse renomado número, pouco temos a acrescentar, mas vamos tentar, pelo menos, aumentar sua fama, citando algumas "curiosidades".

No cabalismo oriental, e particularmente na tradição bíblica judaica (mais próxima de nós), há muitas lendas a respeito desse número, que tem por base o algarismo 6, a "expressão do mal".

O conceito vem de época muito antiga. Vamos citar dois exemplos.

Golias, o gigante filisteu, era um guerreiro que representava a maldade contra o reino de Israel, no tempo de David. Era tido como possuidor de seis dedos, nas mãos e nos pés.

Depois do retorno da Babilônia, símbolo da corrupção e do poder, os judeus propalavam muitas estórias sobre edificações naquela cidade, quase sempre ligadas a deuses pagãos, cujas medidas eram seis ou múltiplos de seis, referidas às unidades básicas de então.

O número 666 é uma repetição rítmica do número 6, ajustando-se perfeitamente ao espírito literário tradicional do judeu, que usa a repetição (além de duas outras formas) para expressar o superlativo absoluto, inexistente em sua gramática.

Assim, 666 significaria a maldade humana em toda a sua plenitude.

Os leitores certamente têm conhecimento de outros números simbólicos, além do número 666.

O número 7, que significa seqüência, série, também expressa "perfeição terrestre". O número 10 e seus múltiplos, aumento de dimensões. O número 12 e seu quadrado (144), multidão, grande quantidade.

Jesus de Nazaré utilizou muito o simbolismo, em geral⁴. Perguntado quantas vezes devemos perdoar, respondeu 70×7 , isto é $(7 \times 10) \times 7$ (Mateus, XVIII, 20), que é uma quantidade respeitável de vezes.

No entanto, o número 666 é realmente o que mais desperta a curiosidade, pois, além dos fluidos esotéricos que lhe atribuem, apresenta arranjos numéricos singulares: 36, quadrado de 6 (o número do "mal"), é triangular de 8 (a soma interior de números inteiros de 1 a 8). Assim: $8 + 7 + 6 + \dots + 1 = 36$. Por sua vez, 666 é triangular de 36 (a soma dos números inteiros de 1 a 36). Assim: $36 + 35 + 34 + \dots + 1 = 666$.

De modo que 666 é a conseqüente de um arranjo matemático com base 8, aumentada em dupla escala: número 8 esse que João Evangelista identifica com a "Besta". Essa identificação tem causado muito espanto às fontes cristãs, para as quais o número 8 é também símbolo de "perfeição celestial". Compreendamos tanto esoterismo...

Mas João Evangelista declara (Apocalipse, cap. XIII, 18): "Aqui é preciso discernimento. Quem é inteligente calcule ...".

O conceito de "Besta do Apocalipse", embora personificada esta num só homem, é abrangente, referido não somente ao Império Romano e seus Imperadores, mas a toda sociedade contaminada pela maldade e pela devassidão, particularmente a de

⁴ A parábola, muito usada por Jesus, é uma forma de simbolismo em que são usadas figuras concretas, reais, para expressarem imagens virtuais. É uma forma indicada quando é grande a diferença de nível cultural entre o locutor (pregador) e os ouvintes (doutrinados).

Roma, um exemplo histórico dessas duas características. Todavia, nem todo mundo aceita 666 como expressão numérica da Besta do Apocalipse.

A citação de uma descoberta arqueológica, pelo "Discovery Channel", em Nag Hammadi, Egito, foi o motivo principal que nos levou a escrever este artigo.

O manuscrito descoberto (um deles) fazia referência ao número 616, que expressaria realmente a imagem da Besta, descartando o tradicional 666.

Essas descobertas em Nag Hammadi são consideradas, no mínimo, suspeitas, pois um documento conhecido como "Heresia de Basíledes"⁵, constante de um documento apócrifo, e fazendo parte dessa propalada descoberta, relata como "farsa" a morte de Jesus de Nazaré na cruz, apresentando relatos parciais, de uma incoerência infantil. Como a nossa posição é lidar com os elementos postos na mesa para discussão, principalmente os referentes a simbolismo, nosso objetivo neste item 5, vamos comparar as duas correntes mais destacadas na discussão dessa numerologia.

A primeira corrente, embora menos numerosa, é exatamente aquela que admite como centro de toda essa simbologia numérica o número 616. Foi influenciada naturalmente pela descoberta arqueológica no Egito e é constituída de dois grupos: os pesquisadores conscienciosos, que só têm como objetivo a busca da verdade, e aqueles que dão crédito a qualquer fonte de informação, contanto que seja concordante com suas posições filosóficas. Nessa linha de pensamento, temos que fazer a corres-

⁵ Essa "Heresia de Basíledes", contida num documento apócrifo, achado em Nag Hammadi, Egito, é analiticamente incorreta e incompetente (realizamos uma pesquisa consistente, minuciosa e completa de toda a Paixão, no seu local exato). Nem o MI-5 ou o MI-6 da Inteligência da Inglaterra, país da primeira edição do livro "O Santo Graal e a Linguagem Sagrada", poderiam arquitetar e realizar uma proeza igual à que a publicação descreve nas págs. 294 a 300, 321 e 322, constituindo, na realidade, um acinte à astúcia e perspicácia dos dirigentes fariseus da época da crucifixão de Jesus.

pondência entre as letras e os números, em grego, para conseguirmos o resultado 616. Três foram as alternativas consideradas para essa prospecção:

1) Foi considerado o número como título de quase todos os imperadores "César-Deus". Fazendo a transliteração do português para o grego, temos: César-Deus= Kaisar-Teos (pronunciar "Késsar Theós", pois o T de Teos, em grego, é um "teta" e não um "t" e vale 9). Fazendo a correspondência numérica, temos:

$$\begin{aligned} & (K A I S A R) + (T h E O S) = \\ & (20 + 1 + 10 + 200 + 1 + 100) + (9 + 5 \\ & + 70 + 200) = \\ & (332) + (284) = 616 \end{aligned}$$

2) A segunda alternativa considera todas as contagens da série de Imperadores a partir de Calígula (em português Caio César, em latim Gaius Caesar e em grego transliterado Gaios Kaisar). Temos a correspondência:

$$\begin{aligned} & (G A I O S) (K A I S A R) \\ & (3 + 1 + 10 + 70 + 200) + (20 + 1 + 10 \\ & + 200 + 1 + 100) \\ & 284 + 332 = 616 \end{aligned}$$

Nessas duas alternativas, temos que fazer uma concessão histórica a seus defensores: atribuímos a Calígula o início das contagens, como se ele tivesse sido o centro ou o marco inicial das perseguições aos cristãos. No período de Calígula (37 d.C. a 41 d.C.), os primeiros judeus cristãos estavam chegando em Roma e nem eram identificados. Somente no período do imperador Cláudio, sucessor de Calígula, houve a primeira deportação de judeus (que não chegou a ser uma perseguição violenta), cujo objeto de culto era um certo "Chrêsto" (assim pronunciavam a palavra "Cristo"), e que os romanos pensavam ser os adeptos de uma seita judaica. Calígula nunca perseguiu cristãos, mesmo porque não era possível cronologicamente tal imputação, e, além disso, ele só se interessava pelo próprio endeusamento. Era reconhecidamente louco e tentou erigir uma estátua sua no

Templo (Jerusalém), o que não conseguiu, tendo morrido logo.

Essas duas alternativas têm a vantagem de ser abrangentes, mormente a primeira, considerando a seqüência de imperadores, todos eles deploráveis, e considerando-se, quase todos, representantes dos deuses.

Todavia, por outro lado, dificultam muito a interpretação histórica. Assim, se Calígula não pôde ser o deflagrador da perseguição ao Cristianismo (historicamente provado), Diocleciano caracterizou a última perseguição aos cristãos em todo o Império, sendo assim uma referência histórica. E mais, baseava o seu poder na divindade; como seu prenome era também Gaius (em latim; em grego Gaios), estava composta a chapa para traduzir o número 616.

Em contraposição, Diocleciano governou de 284 a 305 d.C., dois séculos após a edição, ou melhor, a distribuição dos manuscritos do Apocalipse. É um conflito histórico ponderável.

3) A terceira alternativa argumenta com a latinização do nome de Nerón para Nero, com o fim de facilitar a compreensão dos romanos, permanecendo o título de César em hebraico. De fato, temos em hebraico o conjunto NERO CÉSAR formando 616, número resultante da supressão do “n” final de Nerón, o que não é preciso demonstrar, pois valendo o “n” 50 (em hebraico), $666 - 50 = 616$.

Uma segunda corrente de pesquisadores, a mais tradicionalista e numerosa, adota uma outra linha de pensamento: considera o número 666 como a verdadeira expressão simbólica da “Besta”, personificada em Nerón César, como era conhecido na Judéia. Lembremo-nos que João era “judeu”⁶ e que levou o nome hebraico do Imperador para a Ásia Menor. Ele sabia que os romanos

pouco conheciam do hebraico ou do aramaico, pois a língua da elite em Roma era o grego, utilizando mais um artifício para fugir ao cerco do poder romano. Além disso, no tempo do Apocalipse, o idioma hebraico não possuía vogais, somente consoantes, e a vocalização era muito difícil, o que só foi corrigido muitos séculos depois. Ainda hoje, somente em livros escolares é adotada a grafia vocalizada, para facilitar a pronúncia. Vejamos a correspondência em hebraico:

Nerón César = NRON QSR (pronunciar Nerón Quéssar)
(N R O N) (Q S R)
(50 + 200 + 6 + 50) + (100 + 60 + 200)
306 + 360 = 666

Em hebraico, escrevemos da direita para a esquerda, o que resulta no mesmo.

O “o” em português equivale a um “vav” em hebraico e vale 6.

Essa linha de pensamento atende às seguintes considerações:

1) abrangência do número 666 como expressão da maldade humana, muito bem representada por Roma, e um exemplo sugestivo da repetição na literatura judaica tradicional, com base no número 6, símbolo do mal;

2) o número 666, personificando Nerón César, pronúncia do pré-nome em hebraico, idioma litúrgico que João Evangelista conhecia um pouco, mascarava um pouco para os romanos a identificação do personagem mais visado pelo manifesto. Nero César foi uma síntese de todas as características negativas dos Imperadores Romanos que o sucederam, numa antecipação nefasta. Assim, dos primeiros bastaria citarmos a insensibilidade de Tibério, a loucura de Calígula, a natureza sanguinária de Cláudio. Da segunda série foram exemplos marcantes a crueldade de Domiciano, o rancor de Sétimo Severo e o espírito de perseguição de Valeriano e de Diocleciano. Para coroar a personalidade de Lucius Domitius Aenobarbus, conhecido na história como Nero, o tirano expressava

⁶ Sabemos que João Apóstolo era galileu, de Betsaida, filho de Zebedeu e Salomé. Pela prevalência dos judeus (religiosa, política, cultural e econômica) em toda a Palestina, é comum o emprego desse termo a todos os habitantes da área, descendentes das tribos de Israel.

a vaidade e a arrogância da maioria dos Imperadores.

3) sendo assim, a indicação de Nero como centro de toda essa visão apocalíptica é perfeitamente compreensível, no aspecto “Anticristo”.

Várias alternativas têm aparecido para interpretar o Cap. XVIII, 9-12, do Apocalipse, um trecho misterioso e chave para entendimento de outras partes. Uma das mais sensatas é a constante do Novo Testamento (versão da “Vulgata” de Don Vicente D. Zione e Comentário do Padre Tintori-OFM), que interpreta “os cinco reis que já morreram”, como Augusto, Tibério, Calígula, Cláudio e Nero. O sexto, “que ainda vive”, seria Vespasiano, e o sétimo, que “vai durar pouco”, Tito. O oitavo, “a própria imagem da Besta”, seria Domiciano. O grupo dos “sete” seria a série de Imperadores. O restante do trecho é do consenso geral, sem muitas discordâncias. É claro que essa interpretação é uma sugestão apenas.

É muito equilibrada, mas apresenta um desacordo histórico: declara que o “sexto” “ainda vive”, na pessoa de Vespasiano; pressupõe que o Apocalipse foi redigido de 69 a 79 d.C., o que era muito aceito no século passado, sendo que a totalidade dos analistas, hoje em dia, julga a época mais provável o final do século I, no governo de Domiciano, lá pelo ano 95 d.C. Essa linha atende às seguintes considerações:

- respeita historicamente a seqüência de Imperadores, inclusive o sétimo, Tito, prevendo sua curta duração, o que é absolutamente exato;

- a indicação de Domiciano como a segunda “Besta”, fazendo parte dos “sete” (a seqüência de Imperadores perseguidores), responde ao conceito arraigado de Domiciano tão cruel quanto Nero, tendo levado a perseguição a quase toda a área do Império Romano;

- o fato de ser começada a relação de imperadores com Augusto é justificado, porque nenhuma hipótese inclui Julio César, considerado o mentor, organiza-

dor e precursor dos Imperadores, mas assassinado logo; bem como Galba, Óton e Vitélio, que, todos de mandato muito curto e às vezes superpostos, num único ano tumultuado, foram, por esse motivo, ignorados em quase todas as interpretações. Porque, de fato, há muitas concepções para interpretação desse misterioso trecho do Apocalipse, tantas quantas a mente humana pode imaginar, dentro de certos parâmetros históricos.

Não podemos, é compreensível, citar muitas. Contudo, gostaríamos de abordar uma “sugestão” curiosa para desvendar esse controverso Cap. XVIII, 9-12:

- “os cinco reis que já morreram” seriam os Imperadores Calígula, Cláudio, Nero, Vespasiano e Tito;

- o sexto, “que ainda vive”, seria Domiciano;

- o sétimo, “que deve durar pouco”, Nerva (não governou dois anos);

- o oitavo, também “imagem da Besta” e que “faz parte dos sete”, seria Trajano.

Surge logo uma objeção a essa idéia, pois grande número de historiadores conceitua Trajano como fazendo parte da relação de “bons Imperadores”. Como administrador, talvez mereça essa cotação. Mas, para o Cristianismo, não. Desde Nero, passando por Domiciano e até Nerva, os cristãos foram perseguidos como elementos perigosos, capazes de ações contra a sociedade; mas não havia um delito, formalizado em lei, caracterizando o movimento cristão. Com Trajano, o Cristianismo passou a ser “um crime contra o Estado” (então, politeísta, pagão) e “hostil ao culto imperial”. A pena de morte continuou a ser aplicada, então “legalmente”, pois o Cristianismo era uma religião universal, repudiando a religião oficial de Roma. Para encobrir os verdadeiros intentos, Trajano abrandou muitas medidas repressoras, como proibir a invasão de domicílios cristãos e evitar denúncias infundadas.

Essa linha de pensamento apresenta pequenas restrições, mas tem a grande

característica de ser uma das poucas a coincidir o período de Domiciano com a edição do Apocalipse, o que é um ajuste analítico notável.

Além disso, admite um conceito implícito de Anticristo para aqueles que, sem usarem meios violentos, procuram atacar o Cristianismo, destruindo seus valores fundamentais.

Como exemplo, nos tempos atuais, basta citarmos os governantes, legisladores e comunicadores sociais que, na busca de lucros políticos ou interesses diversos, investem contra a tradicional família cristã, procurando agradar determinados círculos, a pretexto de um falso liberalismo.

A verdade é que ninguém até hoje apresentou uma interpretação irrefutável e o melhor é apenas concordarmos com São Gerônimo, que declara ser o Apocalipse um Livro fechado, de elevadas profecias, onde há tantos mistérios quanto palavras e onde cada palavra tem inúmeros significados (Novo Testamento, versão da Vulgata, já referida neste item, pág. 727). São Gerônimo foi um doutor da Igreja e notável tradutor.

Apesar de toda dificuldade, pelo simbolismo exagerado, o Apocalipse era entendido por muita gente. Vamos citar a opinião de Samuel Sandmel, PhD, professor de Bíblia e de Literatura Helenística, Hebrew Union College, Cincinnati, responsável pela Introdução Judaica ao Apocalipse (Bíblia Sagrada - Edição Ecumênica - Barga 1974):

“Embora aspectos do escrito apocalíptico possam parecer sem sentido para o leitor moderno, quando essas obras foram escritas, elas tinham sentido completo”.

E observem os leitores que apenas abordamos uma parte dos símbolos numéricos, de menor quantidade.

Não é somente na literatura apocalíptica que os símbolos são usados. Deles abusaram o Antigo e o Novo Testamento, de um modo geral. Também em outras atividades humanas, desde o alvorecer da civilização,

a simbologia está presente, como, por exemplo, na propaganda comercial, com o uso prático de produtos figurados.

Nos nossos dias, para darmos um exemplo bem atual, e para resumir a gama imensa de conceitos e idéias numa área tão abrangente como a da informática, apoiada eletronicamente, somente o emprego de símbolos literais e gráficos permite atingir os objetivos almejados, criando uma linguagem codificada, sem a qual não haveria correspondência entre os membros dessa sofisticada comunidade.

Poderíamos citar a medicina, com seu repertório imprescindível de símbolos literais.

Porém há uma diferença fundamental.

A simbologia das atividades seculares tem por objetivo resumir, ou esclarecer, ou sensibilizar; enquanto a simbologia da literatura apocalíptica, com sua dose natural de esoterismo, tem como preocupação maior “confundir os opressores”.

6. O conflito doutrinário

No Evangelho de João, Cap. XXI, VV 20-23, o trecho é interpretado, pela quase totalidade dos analistas cristãos, como uma censura de Jesus a Pedro sobre a longevidade de João, a se estender até Sua vinda. Essa “vinda” tem sido entendida como a Parusia ou Segunda Vinda, interpretação essa apresentada em forma de comentários.

Humildemente, não concordamos com esse entendimento do trecho, pois Jesus não faria uma promessa de vida a João que não se iria realizar. Além disso, o verbo usado foi “vir” (“até que eu venha”), não estabelecendo necessariamente um vínculo semântico com o retorno glorioso identificado pelo Novo Testamento como Parusia ou Segunda Vinda. Julgamos ter Jesus querido dizer que a João seria dado viver até Sua manifestação individual ao Apóstolo em Patmos, do mesmo modo já manifestado a Saulo (depois Paulo), na estrada de Damasco. Tanto o judeu Saulo

de Tarso como o “apóstolo predileto” foram privilegiados com uma Parusia particular.

O primeiro, perseguidor cruel dos cristãos, fariseu extremado, discípulo de Gamaliel, dono de uma cultura invulgar para a época, fiscal rigoroso do cumprimento da formal lei judaica, homologou esse currículo com o patrocínio do apedrejamento de Santo Estêvão.

Escolhas curiosas:

Paulo de Tarso, com todo esse fervor de Anticristianismo, é designado para levar aos gentios, como mensagem, exatamente o maior símbolo do Cristianismo: Jesus Cristo; Deus-Filho Salvador⁷ e, paralelamente, as virtudes teológicas: Fé, Esperança e Caridade, sendo essa última a “maior”. Como base para a salvação, a Fé.

Para líder da mensagem tradicional da Lei Mosaica, foi designado Pedro (“apascenta minhas ovelhas”), exatamente o primeiro a reconhecer Jesus como “O Cristo, Filho de Deus Vivo”, em Cesaréia de Felipe. Esse rebanho entregue por Jesus a Pedro era constituído da comunidade judaica, de judeus já convertidos ou a converter, pois Ele era um fiel cumpridor da Lei Mosaica até sua manifestação pública, quando transformou os preceitos formais judaicos em autênticas “boas obras”, tirando-lhes o caráter formal e de exterioridade.

No entanto algumas formalidades ainda permaneciam com os Apóstolos, como, por exemplo, a circuncisão e o respeito absoluto aos sábados e outras.

Para Paulo de Tarso, a condição necessária à salvação era a Fé. Para o grupo de Jerusalém, liderado por Pedro, só “as boas obras” davam acesso ao reino celeste.

⁷ As iniciais gregas das palavras Jesus Cristo, Deus Filho Salvador, juntas, formam uma palavra significando “peixe”. Talvez seja a melhor opção para explicar o desenho que os cristãos faziam em Roma, como código, para fugirem à repressão das autoridades romanas. A outra opção, mais conhecida, é que isso era devido à profissão dos apóstolos, em sua maioria “pescadores”.

Eis aí o conflito filosófico que atingiu o Cristianismo no seu nascedouro e por quase todo o primeiro século.

É verdade que, durante o concílio de Jerusalém (48 d.C.), as duas correntes acertaram alguns pontos, pois não havia realmente uma discórdia entre as partes, mas sim entre os judeus convertidos, a sofrer com as influências helênicas. Assim, Paulo de Tarso complementou a Fé com a Caridade (Coríntios I, Cap. XIII, VV de 1 a 13) e Pedro admitiu excluir os gentios convertidos da obrigação da circuncisão (Atos dos Apóstolos, XV, VV 1 a 12).

Era um primeiro passo na direção da unidade.

Houve outros avanços, porque havia ainda algumas divergências, porém não cisão. Havia ainda o que conciliar, como se depreende da Epístola de São Tiago (Cap. II, VV 14 a 22) e da Epístola de São Paulo (Romanos, Cap. V, todo).

Paulo de Tarso caminhou na direção das “boas obras” e a “Turma de Jerusalém” na direção do valor da “Fé”, sendo as citações tão numerosas, de um e de outro lado, que não caberiam neste artigo.

Todavia podemos resumir o final dessa polêmica: a fé é a base, é a condição “necessária” à salvação. Mas não é “bastante”, “suficiente”. A fé deve ser complementada pelas “boas obras”, sem as quais se torna vazia, inócua.

Foi já com as “correntes” conciliadas, com a morte de Pedro (64 ou 67 d.C.) e de Paulo de Tarso (67 d.C.) e de todos os outros Apóstolos, exceto a do próprio João, e com os cristãos convertidos ainda confusos e perseguidos por Domiciano, que surgiu o Apocalipse (mais ou menos 95 d.C.).

Seu privilegiado receptor foi João Apóstolo (Evangelista), aquele a quem fora previsto ficar vivo até que Ele, Jesus, “viesse”. A revelação foi na ilha de Patmos⁸,

⁸ A ilha de Patmos fica no mar Egeu, cerca de 110 km de Éfeso, na atual Turquia. Era um lugar de exílio para os condenados políticos, que tinham certa liberdade de trânsito pela ilha e podiam facilmente

próxima a Éfeso, então a capital asiática do Império Romano.

O manifesto tinha duas finalidades bem distintas: a primeira, comum a todos os apocalipses, servir de conforto aos inúmeros cristãos perseguidos (na época por Domiciano); a segunda, esclarecer e pôr um ponto final nas remanescentes indagações exegéticas, após a morte dos Apóstolos. Sim, porque o Apocalipse é um magnífico conjunto doutrinário que sintetiza os Evangelhos e as Epístolas. Contudo, segundo São João, tem que ser lido com *discernimento e inteligência*...

Por outro lado, por necessidade de fugir à repressão, era de um simbolismo fantástico e utilizava muitas imagens aterradoras: era milenarista e pessimista, típico da inspiração judaico-cristã, características dominantes na maior parte dos manifestos. Por isso sofreu muitas rejeições, por conflitantes com os ensinamentos humildes e bondosos de Jesus de Nazaré. Alguns doutores da Igreja não o aceitaram como canônico, entre eles Eusébio, Bispo de Cesaréia. Foi decisiva para a sua indicação (do Apocalipse) no rol dos canônicos a edição do Quarto Evangelho, de São João, que, parecendo ter percebido esse contencioso, redigiu-o logo após o Apocalipse (lá pelo ano 96 ou 97 d.C.).

O Quarto Evangelho, escrito sem dúvida por João Evangelista, é considerado pelos críticos não cristãos o mais fiel na descrição dos fatos e pelos comentaristas Doutores da Igreja, o mais teológico, o mais sublime.

Após controvérsias sobre sua autoria, terminaram julgando esse Evangelho tipicamente joanino, pois só um Evangelista conhecedor profundo de Jerusalém, bem como um Apóstolo muito ligado a Jesus de Nazaré, nos momentos mais transcendentais, poderia escrever um relato tão es-

se comunicar com viajantes de barco. A viagem de embarcação a vela durava, entre Patmos e Éfeso, em média, até uma jornada "sol a sol", dependendo do vento e do mar.

clarecedor sobre a "boa obra" e "prescrição judaica", ao mesmo tempo que confirmava o condoreirismo de Paulo de Tarso na fé em Jesus Cristo, encarnado como Filho de Deus.

O Quarto Evangelho pode não ser o mais "importante", pois essa comparação é muito terrena, mas, com certeza, é "diferente".

De modo que a disposição dos quatro Evangelistas, em frente à Catedral de Brasília, situando Mateus, Marcos e Lucas de um lado e, de outro lado e em frente, João, é absolutamente correta: os três sinópticos e o teológico.

O Quarto Evangelho selou a divergência doutrinária e abrandou o Apocalipse.

Sabemos que muita gente (a maioria das pessoas), quando lê qualquer matéria referente ao Apocalipse⁹, costuma dizer "não acredito em nada disso".

Como religião, política e futebol não devemos discutir, a não ser em locais apropriados e com elementos funcionalmente habilitados para isso, nós também vamos seguir o conselho.

No entanto, aproveitando o espaço número 9 das "Notas" (no respectivo rodapé), vamos apresentar um argumento, se não convincente, pelo menos "curioso", escolhido especialmente para os descrentes. Leiam com atenção, por favor.

⁹ Quando fazemos pesquisas sobre matérias tipo Apocalipse, abrangentes, com aspectos polêmicos, consultamos fontes diversas e publicações em grande número de idiomas (a maioria ocidentais, mas alguns orientais), sendo alguns desses idiomas considerados muito *clássicos*. Todos eles, sem exceção, em suas edições sobre Apocalipse, traduzem-no literalmente, conservando a impureza de linguagem e até mesmo certas impropriedades gramaticais. Isso nos chamou a atenção, mas descobrimos logo o motivo: no cap. XXII, VV 18 e 19, do Apocalipse, há um alerta muito claro para aquele que "acrescentar" ou "tirar" alguma coisa ou palavra do livro desta profecia. E termina dizendo qual o castigo que Deus aplicará ao infrator. A explicação é muito fácil. Ideal para os descrentes, é a tradução oportuna do antigo "ditado" (espanhol), cujo sentido crítico e real se ajusta muito bem ao caso: "Eu não acredito em bruxas. Mas que elas existem..." - Ninguém se arrisca.

7. Conclusão

No item 1. Introdução, citamos o motivo principal que nos levou a escrever este artigo sobre Apocalipse, um tema já tão explorado nos últimos tempos. Também declaramos que só iríamos abordar simbologia numérica, enfoque principal do documentário da TV. Quanto à parte doutrinária, somente quando fosse absolutamente necessário, e dissemos por que razão. No entanto, no item 6 e na Conclusão, tivemos que salientar o papel extraordinário exercido pelo Apocalipse na doutrina cristã.

Nos itens 2, 3 e 4, esclarecemos seguidamente a razão do nome “Apocalipse”, dissecamos um pouco a literatura apocalíptica, mostrando a necessidade de sua forma literária, e ressaltamos a excelência única do Apocalipse de João quanto à autoria e ao simbolismo.

O item 5 foi mais pormenorizado, pois abordamos com mais profundidade o aspecto “simbolismo numérico”, exatamente o tema principal do documentário da TV; e mostramos as dificuldades de interpretação de um certo trecho do manifesto.

Finalmente, no item 6 abordamos o aspecto doutrinário, indispensável por devermos trazer à tona eventos bíblicos marcantes e citações evangélicas que caracterizaram as duas “correntes” distintas, representadas pela tradição formal judaica (embora transformada por Jesus), de um lado, e, do outro, pelo condoreirismo místico de Paulo de Tarso, dando traços definidos ao conflito doutrinário do Cristianismo no seu nascedouro, polêmico até a edição final do Apocalipse e do seu singular “apoio” teológico, o Quarto Evangelho do Apóstolo João.

Queremos aproveitar este espaço final da Conclusão para traçarmos um perfil mais completo do “Apóstolo dos Gentios”.

Paulo de Tarso foi um fenômeno: no misticismo, na cultura e na dialética. Até os judeus, os mais atingidos pelas suas exortações em favor da Fé e contra as formais

prescrições da Lei Judaica, expressaram em “The Meaning of Dead Sea Scrolls – A. P. Davies”, livro de inspiração puramente judaica, ser Paulo de Tarso o “supremo mestre da síntese”.

Entretanto, um traço de sua personalidade exuberante de intelectualidade foi pouco explorado: a sua “visão profética”.

Tendo como carro-chefe de sua mensagem a Fé, ele utilizou essa base fundamental e eixo central em torno do qual passariam a girar todas as concepções filosóficas determinantes das atitudes e movimentos sociais nestes dois milênios após sua morte.

De fato, sem quereremos abarcar toda a história da Era Cristã, impossível nesse singelo artigo, e considerando apenas o período a partir da Revolução Francesa (1789), o que podemos caracterizar como “Civilização Ocidental Moderna”, verificamos o abalo sofrido pelos princípios do Cristianismo, particularmente a Fé, em consequência dos avanços tecnológicos da revolução industrial e da pesquisa no campo espacial.

Aprofundaram ainda mais essa atitude de retração da Fé Cristã, já no século XX, apesar da neo-ortodoxia e da neo-escolástica, as filosofias materialistas de Karl Marx e Jean Paul Sartre.

A primeira gerou um movimento político-social chamado “Comunismo” e a segunda, o “Existencialismo”, visão da “existência do homem livre como centro de tudo”, mas liberdade essa fonte de angustia e terror.

Essas duas filosofias, considerando “Deus” como mera ficção, fracassaram, embora Sartre tenha pressentido a parte relativa à angustia e ao terror.

Com efeito, as pesquisas no campo da antropologia, do universo cósmico, da medicina e do controle social trouxeram, em contrapartida, mais dúvidas quanto à origem do homem, mais ansiedade pela existência extraterrestre, mais polêmicas filosóficas e legais em torno da engenharia genética, mais apreensão pelo aparecimen-

to de doenças novas (Ebola, Flu, Sars), como se o câncer e a AIDS, ainda não controlados, não bastassem. Mais do que isso, o terror pelo aumento da criminalidade urbana.

Em resposta, a população angustiada procura, além das clínicas especializadas, os templos e centros religiosos de todas as seitas, os ambientes esotéricos e até adota muitas atitudes de contemplação oriental, para obtenção de sua cura, ou pelo menos, para um relaxamento libertador. Cada pessoa procura um remédio para o seu mal e, a bem da verdade, muitas colaboram nas soluções comunitárias. É natural que as seitas de retorno imediato sejam as mais procuradas. É surpreendente o aumento de freqüentadores a esses ambientes citados. Não há dúvida de que é verificado um retorno lento, mas progressivo, aos padrões da espiritualidade, principalmente nas grandes cidades, em face da inoperância dos meios terrestres.

Para complicar ainda mais a situação, as notícias recentes dão conta dos avanços da tecnologia nuclear na Coréia do Norte, no Irã e em outros países que nem sabemos. Porém sabemos que a China, o Paquistão, a Índia e Israel já possuem o seu arsenal atômico, embora limitado. Os EEUU já devem dominar a tecnologia extraterrestre, e a Rússia, ultimamente, anunciou o aperfeiçoamento do Topol-M, cujo míssil pode atingir 10.000 km. Até a França, apóstola das conversações diplomáticas multilaterais, já está "ensaiando" os seus "passeios" à Lua.

Não tenhamos receio de "guerra fria" entre as superpotências. O perigo agora é muito maior. A Rússia está "de olho" na Coréia do Norte, cuja fronteira Norte dista cerca de 150 km da base naval russa de Vladivostok, uma importante cidade estratégica na costa ocidental do mar do Japão.

E ainda mais.

O Ocidente vive apreensivo pela possibilidade de aquisição da completa tecnologia nuclear por parte dos grupos terroristas,

presentemente já utilizando mísseis de pequeno alcance. Os grupos terroristas procuram dar feição de "guerra santa" às turbulências no Afeganistão, no Iraque e na Palestina, quando então terão de persuadir os governos do chamado "eixo do mal" a lhes transmitirem o ciclo completo do processamento atômico, porquanto os ingredientes necessários já circulam no incontrolável mercado negro.

A utilização dessa arma terrível por grupos não controlados, fanatizados, vai causar efeitos devastadores. Não tenhamos dúvida de que a resposta dos chamados países democráticos do Ocidente, possuidores desse invento destruidor, em condições muito superiores de potência e tecnologia será simplesmente catastrófica, pois já não haverá mais perda de tempo com a seleção dos objetivos, eles já estão cadastrados. Isso já dissemos em artigo anterior desta Revista, "A Palestina depois de Cristo".

A tríade mística "homem-fé-eternidade" apresenta agora novo perfil, com sentido invertido. Há um século atrás, em face das teorias materialistas e dos progressos científicos, a indagação que nos fazíamos, apenas como problema filosófico, era "se deveríamos ou não acreditar em Deus".

Atualmente, a preocupação máxima a nos afligir, devido ao grau de corrupção a que chegou a humanidade e à real ameaça atômica, é sabermos "se Deus ainda acredita em nós"¹⁰.

MARÂNA TÁ¹¹.

¹⁰ Uma versão (acrescida de valores do tema) de um pensamento de Mário Quintana, que com conhecida criatividade motivava frases de ocasião para traduzir verdades sapienciais. A presente foi dita numa entrevista de TV, cuja data e dados precisos escaparam das nossas anotações.

¹¹ Queremos terminar estas Notas com a frase aramaica "MARÂNA TÁ" por várias razões: - primeira: porque era muito usada nos Templos Cristãos na Palestina nos primórdios do Cristianismo, como resposta dos convertidos ao que era lido pelo "leitor" (geralmente em hebraico) em certos trechos litúrgicos; - segunda: porque é a penúltima sentença do Apocalipse (a última é a Bênção Final). Ela encerra todo o conteúdo do manifesto com o pedido ansioso: Senhor,

Referências

A BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Paulinas, 1973.

A LÍNGUA do Talmud sua gramática. Varsóvia: A Luz, 1909. Exemplar em aramaico e hebraico.

A TORA, os profetas e as escrituras. Israel: Sociedade Bíblica, 1970. Exemplar em hebraico.

AGUIAR, Hugo Hortêncio. *Coletânea de provérbios*. [S. l.: s. n.], [19--]. Exemplar em espanhol e russo.

vem! – terceira: nas edições cristãs do Apocalipse, com poucas exceções, essa frase aramaica é escrita de duas maneiras: “Maran atá” e “Marâna tá”. A bem da verdade, nenhuma das duas está absolutamente certa. Na primeira delas, a palavra “maran” está correta, significando “Senhor Nosso”, mas o segundo termo “atá” não tem explicação. “Atá” traduz o infinitivo impessoal ou a terceira pessoa do masculino singular do pretérito perfeito do verbo “vir”, com o sentido de “veio”. Na segunda maneira, é o inverso. Tem o “tá” correto, como imperativo masculino da segunda pessoa do singular, significando “vem”. Quanto à palavra “marâna”, somente recebendo um “a” eufônico, para ligação com o termo da frente, pode ser explicada. “Marâna” não existe em aramaico com o sentido de “Senhor Nosso”, somente “maran” (no singular), como já foi dito. Preferimos essa última opção, “marâna ta”, mais de acordo com a prevalência fonética do aramaico, e porque conjugou muito bem o verbo “atá” com a palavra “ta” (vem), no imperativo. Esse verbo “atá” é um verbo do aramaico sírio-caldaico, falado na Babilônia de então, e trazido pelos judeus para a Palestina.

Sua conjugação é complexa, pois apresenta muitas formas esdrúxulas, de sentido específico. Contudo, queremos, com esse verbo, terminar estas Notas, porque Jesus de Nazaré, quando ensinou o “Pai Nosso” aos Apóstolos, usou a frase aramaica (transliterada) “têithêi mal’ khutakh” (o *th* é como o *th* em inglês: e o *kh* é como o *j* em espanhol), significando “que venha o Teu Reino”.

“Têithêi” é uma forma futura (3ª pessoa do feminino singular) do verbo “atá”, mas em português (e em outros idiomas) é traduzida pelo subjuntivo, em casos especiais. De modo que, terminando o Apocalipse, vamos fazer a saudação final com o vocativo “SENHOR, VEM”, mas falando em aramaico: “MARÂNÁ TÁ”, cuidando bem da acentuação tônica, dispensando o adjetivo “Nosso” (de Senhor) e usando o tratamento “tu” (segunda pessoa do singular) quando dirigido a um só indivíduo, qualquer que seja o seu grau de dignidade (padrões de cultura semítica). Observação: colocamos os acentos tônicos nas frases aramaicas somente para facilitar a pronúncia. Juntar os dois termos e pronunciar MARANÁTA, como acentoônico do penúltimo “A”, como está indicado, é, em aramaico, simplesmente uma solução inaceitável.

ALLO, E.B. *Saint Jean: L’Apocalypse*. Paris: Études Bibliques, 1921.

BRATSKI Viestnik: mensageiro fraternal. Moscou: [s. n.], 1976. Exemplar em Russo.

BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Porto Alegre: Globo, [19--]. 2 v.

DAS ALTE Testament und Das Neue Testament. Zürich: [s. n.], 1958. Exemplar em alemão.

DAVIES, A. Powell. *The meaning of dead sea scrolls*. [S. l.: s. n.], [19--].

EDIÇÃO ecumênica da bíblica. Rio de Janeiro: Balsa, 1974.

EXTRATO do Bratski Viestnik, com Oração do Pai Nosso. [S. l.: s. n.], [19--]. Exemplar em Russo Antigo.

FOTOCÓPIA do Pai Nosso em Aramaico. Israel: Igreja do Pai Nosso, 1978. Exemplar em Aramaico.

FREIRE, S. J. A. *Gramática grega*. 5. ed. Atenas: [s. n.], [19--].

GOSHÉ, Ramat Gan-Moshé. *Fragments of lost targumim: part one*. [S. l.]: Bar Ilan University, 1987. Exemplar em aramaico e hebraico.

NOVO Testamento. Atenas: [s. n.], 1968. Exemplar em grego.

NOVO Testamento. Washigton: The Gideons International, 1972. Exemplar em Inglês e Português.

NOVO Testamento: versão da Vulgata. São Paulo: Paulinas, 1961.

PETIT, Paul. *História antiga*, 5. ed. São Paulo: Difusora, [19--].

RAGON, E. *Grammaire grecque*. 6. Ed. Paris: [s. n.], [19--].

RENAN, Ernest. *Anti-Chrsito*. Porto: Biblioteca Racionalista, [19--].

ROSENTHAL, Franz. *A grammar of biblical aramaic*. Wiesbaden: [s. n.], 1974.

ROWLEY, H.H. *A importância da literatura apocalíptica*. São Paulo: Paulinas, 1980.

THE NEW Testament. London: [s. n.], [19--]. Exemplar em hebraico e inglês.

TRANQUÍLO, Caio Suetônio. *A vida dos doze césares*. 6. ed. São Paulo: Rena, [19--].

VERMES, G. *Os manuscritos do mar morto*. São Paulo: Mercuryo, 1991.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria de Orçamento, Fiscalização
e Controle do Senado Federal**

Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Eqüidade de John Rawls

Eber Zoehler Santa Helena

Sumário

1. Introdução. 2. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Eqüidade. 2.1.1. Instituições da estrutura básica da sociedade. 2.1.2. Bens primários necessários à estrutura básica da sociedade. 2.1.3. Justiça distributiva e eqüidade entre gerações. 3. Conclusões.

1. Introdução

O que é uma sociedade justa? A questão pode ter múltiplas respostas, dependendo do enfoque dado; dilema esse que inclui necessariamente a abordagem da riqueza por ela gerada: como deve uma sociedade eticamente distribuir seus bens? O problema diz respeito à justiça distributiva. Este estudo tem por objetivo analisar a justiça distributiva como tratada na Teoria da Justiça como Eqüidade de autoria de John Rawls.

O dilema da escolha dos melhores mecanismos de alocação dos recursos públicos pelos Poderes constituídos vincula-se à justiça distributiva e ao permanente conflito subjacente à vida em sociedade, em que os recursos escassos são diuturnamente requisitados para fazer frente às inescrutáveis necessidades individuais e coletivas. A busca da composição racional desse conflito mostra-se imanente ao Estado democrático de direito, no qual inúmeros são os agentes intervenientes no processo alocativo e incomensuráveis as exigências sociais. As

Eber Zoehler Santa Helena é Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, Coordenador do Exame de Compatibilidade e Adequação Orçamentário-Financeira da legislação permanente (COFF/CD) e mestrando em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB.

dificuldades encontradas na otimização da apropriação das fontes de financiamento público são exacerbadas pela natureza do Estado moderno, essencialmente prestador de serviços e fornecedor de bens, por força de sua função de provedor do bem-estar coletivo, ainda que esse grau de intervenção varie conforme a evolução do contexto político-cultural e econômico de cada sociedade.

2. *Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade*

Afirma-nos André Franco Montoro (2000, p. 92) que a justiça distributiva impõe às autoridades um dever rigoroso, *debitum legale*, de dar a todos os membros da comunidade uma participação equitativa no bem comum, conferindo a esses o direito de exigir essa participação. O Estado, no exercício da função social, tem sua ação regulada pelos princípios da justiça distributiva.

Como assinala Lobo Torres (1995, p. 90), a obra de Rawls, a par da inspiração para a renovação dos estudos sobre a justiça, projetou enorme influência no campo da justiça fiscal. A preocupação com a alocação dos recursos públicos perpassa a justiça distributiva de John Rawls, cuja obra marca o retorno da academia ao estudo dos valores e a reaproximação entre ética e direito, a partir do que se convencionou chamar de “virada kantiana”.

O conceito de justiça distributiva remonta a Aristóteles, que a radicava na própria idéia de igualdade e de proporção geométrica e assim a definia: “é a que intervém na distribuição das honras, ou das riquezas, ou de outras vantagens que se repartem entre os membros da comunidade política” (ARISTÓTELES apud LOBO TORRES, 1995, p. 99). Ele a distinguia da justiça comutativa ou corretiva, ambas baseadas no princípio da igualdade; a distributiva fundada na recompensa proporcional aos méritos de cada um e a corretiva independente do mérito individual, mas proporcional ao dano causa-

do pela injúria, nesses termos: “não importa se um homem bom defraudou um homem mau ou se um homem mau defraudou um bom... a lei olha apenas para a natureza específica da injúria” (ARISTÓTELES apud FLEISCHACKER, 2006, p. 30).

Dessa forma, para Aristóteles, a justiça retributiva tratava da punição para aqueles que desrespeitassem as leis ou desconsiderassem normas sociais e morais geralmente aceitas; a justiça compensatória dizia respeito à compensação para os que sofressem esses danos ou injúrias; e a justiça distributiva voltava-se para a distribuição de cargas e benefícios na sociedade na forma de bens sociais e recursos materiais.

À justiça dos clássicos sucedeu o direito natural e o senso de justiça com proporcionalidade natural e origem divina, chegando-se ao individualismo do estado liberal, de sua liberdade negativa ínsita nos direitos humanos, civis e políticos, da liberdade contratual e intervenção estatal mínima. O que Aristóteles e os pensadores que o sucederam até fins do século XIX não aventaram foi a possibilidade de incumbir-se o Estado de organizar a estrutura fundamental da distribuição dos bens materiais entre seus cidadãos.

O conceito moderno de justiça distributiva, informa-nos Fleischacker (2006, p. 9), invoca o Estado como garantidor de que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais, discutindo-se qual seria esse mínimo existencial e o grau de intervenção estatal necessário para assegurá-lo. Não se mostrando o mercado capaz de garantir uma distribuição adequada dos bens gerados pela sociedade, o Estado poderá ter de redistribuir parte desses bens, corrigindo imperfeições do mercado.

A idéia de que o Estado deve prover uma partição mínima da riqueza para todos é recente. Assinala Fleischacker (2006, p. 120) que, até fins do século XIX, tanto a lei como a doutrina, e até mesmo os agitadores

sociais mais radicais, inclusive Marx, consideravam que somente aqueles que fossem incapazes de trabalhar tinham direito de receber auxílio do Estado. Entendia-se que os pobres, trabalhadores, mereciam uma parcela maior de bens materiais somente em virtude de seu trabalho.

Não era considerada como parte da justiça, mas simples questão de beneficência, a noção de que o ser humano, por si só, independentemente de trabalhar, dá a alguém o direito a determinados bens, de que as pessoas possam merecer receber algum auxílio quando não conseguem encontrar trabalho ou de que crianças pobres possam fazer jus à ajuda do Estado se seus pais não conseguem lhes propiciar educação e assistência médica ou mesmo alimentação, vestuário e moradia adequados. Atribuía-se a transferência de renda como obrigação ou dever moral à caridade privada, pessoal ou institucional, em especial à igreja e subsidiariamente à assistência pública por meio de auxílio aos desamparados e incapacitados de suprirem suas necessidades mínimas. No máximo, a justiça distributiva exigia uma recompensa maior para o trabalho e a satisfação das necessidades básicas daqueles que não eram capazes de trabalhar. As leis de auxílio público, *Poor Laws*, editadas nos séculos anteriores ao XX, em países como Inglaterra, Noruega, Suécia e outros, em regra, excluía aqueles que pudessem trabalhar.

A evolução da compreensão de que todo ser humano é titular do direito a um mínimo existencial, independentemente de sua capacidade produtiva, tem como um de seus marcos históricos a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que incluiu direitos ao “seguro social”, aos “[bens] econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade [de cada pessoa] e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”, à proteção contra o desemprego e à “alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos” (arts. 22, 23 e 25 da Declaração Universal). Todavia,

ainda assim “esse extravagante conjunto de direitos econômicos jamais teve o apoio, em qualquer país, de uma estrutura legal que autorizasse os que deles fossem privados a mover uma ação legal para obter auxílio” (FLEISCHACKER, 2006, p. 121).

As escolas dominantes de filosofia política e de economia política, no século XIX e no início do século XX, ou se opunham à redistribuição de riqueza ou apoiavam tal redistribuição evitando a linguagem da justiça. John Rawls, com sua Teoria da Justiça, desenvolvida a partir dos anos 50 e 60 e condensada em sua obra de 1971 “Uma teoria da justiça”, mostra-se precursor do reconhecimento, pela filosofia e ciência política, do direito individual ao bem-estar.

John Rawls formulou sua “Teoria da Justiça como Equidade” baseado na defesa da idéia de justiça procedimental a partir de um contrato social. Para a eleição dos princípios que regularão a sociedade, Rawls (2002, p. 127) propõe um momento decisório inicial hipotético denominado “Posição Original”, na qual pessoas, atrás de um véu de ignorância, por desconhecerem as posições religiosas ou morais de si mesmas e dos outros, escolheriam princípios de justiça para governar as estruturas básicas da sociedade, assemelhado às assembleias imaginárias das teorias clássicas do contrato social. Os parceiros devem pôr-se de acordo sobre certos princípios de justiça a partir de uma curta lista de escolhas possíveis propostas pela tradição da filosofia moral e política, fixando o conteúdo dos termos equitativos da cooperação para as pessoas assim concebidas. O único princípio prévio a ser aceito pelas partes na posição original é o da igualdade de liberdade de consciência.

Assinala Luis Araújo (2003, p. 32) que partir da visão contratualista indica a idéia de pluralidade e a condição de que qualquer decisão sobre divisão de benefícios numa sociedade deve estar de acordo com o consentimento de todas as partes. Para a visão utilitarista, uma sociedade é justa

quando suas instituições são organizadas de modo a alcançar o saldo máximo de satisfação, somando-se todas as satisfações dos indivíduos pertencentes a ela. A melhor distribuição é aquela que produz o máximo de satisfação total.

Rawls (2002, p. 64) tenta demonstrar que os parceiros, seres racionais e razoáveis, irão escolher como princípios de justiça o princípio da liberdade, segundo o qual cada pessoa tem direito igual a um integral e adequado conjunto de liberdades básicas que sejam compatíveis com similar conjunto de liberdades de todos, e o princípio da igualdade, pelo qual as desigualdades sociais e econômicas, para serem justas, devem satisfazer a duas condições: primeiro, vincular-se a cargos e posições abertas a todos sob condições de igualdade de oportunidades e, segundo, propiciar benefícios aos desfavorecidos da sociedade, princípio da diferença. Tais princípios observam a ordem lexical, primeiro deve ser satisfeito integralmente um princípio para invocar-se o próximo.

Para Rawls (2002, p. 65), o primeiro princípio, da liberdade, abrange as liberdades políticas, de palavra, de consciência, de reunião e o direito de propriedade. Já o segundo princípio, da diferença, aplica-se à distribuição de renda e de bens, que não necessita ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, levando a serem aceitas desigualdades que maximizem as expectativas dos grupos menos afortunados da sociedade, assegurado um mínimo social.

Todavia, a liberdade possui valor absoluto em relação aos argumentos fundados no bem público (utilitarismo) e nos valores perfeccionistas. Por exemplo, não se pode negar liberdades políticas iguais a grupos sociais sob o pretexto de que, se a exercerem, isso permitiria bloquear políticas essenciais à eficácia e ao crescimento econômico, a exemplo do combate ao uso de transgênicos na agricultura. Enquanto o campo central de aplicação das liberdades básicas for preservado, os princípios de

justiça serão respeitados. Devem ser em número restrito, sob pena de debilitar-se sua proteção. Na posição original, são delineados a forma e o conteúdo geral e motivo de sua prioridade das liberdades básicas, especificadas e instrumentalizadas nas etapas constitucional, legislativa e judiciária. Um sistema plenamente adequado de liberdades básicas exige um regime democrático representativo, que garanta a liberdade de consciência e de associação. Princípios distributivos devem ficar afetos à legislação infraconstitucional.

Como assinala Lobo Torres (1995b, p. 113), Rawls, responsável pela renovação dos estudos sobre a teoria da justiça, ao trazer a discussão da distribuição da renda do campo da justiça social para o da justiça política, trouxe importante contribuição ao tema da justiça fiscal e da distribuição dos bens públicos ou privados.

Esses princípios aplicam-se primeiramente à estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de obrigações e direitos e regulam as vantagens econômicas e sociais. Identifica-se aqui a preocupação de Rawls com as condições sócio-econômicas do indivíduo como substrato da igualdade e justiça na sua proposta de sociedade.

2.1.1. Instituições da estrutura básica da sociedade

A partir dos princípios iniciais, Rawls (2002, p. 303) busca estabelecer quais as instituições políticas e jurídicas, básicas, necessárias à justiça distributiva. Observa que a liberdade de consciência e a igual oportunidade necessitam de um sistema educacional subsidiado pelo governo, que também deve garantir um mínimo social às famílias, efetuando pagamentos especiais aos doentes e aos desempregados e suplementando os rendimentos baixos, imposto de renda negativo. Assim, divide as instituições governamentais de apoio em quatro setores.

Os dois primeiros visam manter a eficiência da economia de mercado: o setor da alo-

cação, que visa manter competitivo o sistema de preços, em regra ineficaz na distribuição de bens públicos, inclusive pela criação de impostos e subsídios e pelas mudanças na definição dos direitos de propriedade; e o setor da estabilização, responsável pelo emprego para quem queira trabalhar e pelas demandas sobre os recursos públicos.

Os dois últimos setores têm por objeto a equidade. Ao setor da distribuição incumbe criar os impostos subordinados ao princípio da justiça distributiva, sobre herança ou consumo. Observado o princípio da diferença, o setor das transferências governamentais cuida de garantir o mínimo social, transferindo para camadas da população os recursos básicos que serão complementados pelos salários e pelo mercado, que Rawls julga ser melhor do que a lei fixar um salário mínimo específico. Nessa linha, também defende Vincenzo Florenzano (2005, p. 48) que a instituição de um mínimo social, composto pelo salário pago pela iniciativa privada mais a transferência efetivada pelo Estado, seria mais benéfica para as classes menos favorecidas do que a instituição de um salário mínimo, fixado em lei, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, sob o argumento de que os baixos valores agregados ao produto pelo trabalhador desqualificado brasileiro, medida dos salários na iniciativa privada, não justificam um salário mínimo que cubra todas as despesas previstas na Constituição.

Rawls (2003, p. 228) defende a prevalência do imposto de consumo dos indivíduos e empresas sobre o da renda desses mesmos, sob o argumento de que o imposto de renda deve restringir-se a evitar acumulações de riqueza consideradas adversas à justiça de fundo, por exemplo, ao valor equitativo das liberdades políticas e à igualdade equitativa de oportunidades. Aventa a hipótese de não haver necessidade de qualquer tributação progressiva sobre a renda, adotando-se exclusivamente um imposto proporcional aos gastos, ou seja, um imposto sobre o consumo confor-

me uma taxa marginal constante. Assim, as pessoas seriam tributadas segundo o consumo de bens e serviços e não segundo sua contribuição para sua criação, incidente a partir de um piso de renda que permita ajustar o imposto de forma a possibilitar um mínimo social apropriado, em consonância como o princípio da diferença.

Rawls (2002, p. 312) acrescenta um quinto setor, o de trocas, constituído por um corpo de representantes que analisa os vários interesses sociais que regulamentam as atividades do governo que são independentes do que é estipulado pela justiça; e esses projetos de lei só devem ser aprovados quando satisfazem o critério da unanimidade de Wicksell.

A idéia de Wicksell (apud RAWLS, 2002, p. 312) é de que, se o bem público é um emprego eficiente de recursos sociais, deve haver algum sistema de distribuição do acréscimo de imposto entre diferentes tipos de contribuintes, ou redução de gasto, que obterá a aprovação de todos; se não houver, será um desperdício e não deverá ser feito. Ou seja, não se aprova nenhum gasto público sem que haja um acordo sobre os meios para cobrir seus custos, acordo esse que, se não for unânime, deve aproximar-se dessa condição. Assim, uma proposição que tenha por objeto a geração de novo bem público deve sujeitar-se à apreciação por um corpo representativo específico, pois a base desse sistema é o princípio do benefício e não os princípios da justiça. Rawls reconhece que muitas vezes o legislador ideal, que deveria ser desinteressado ao votar, confunde entre atividades do governo e despesas públicas para a manutenção de instituições básicas justas e aquelas que decorrem do princípio do benefício, ou seja, ao aumento do Estado, tarefa atinente ao setor de trocas.

2.1.2. Bens primários necessários à estrutura básica da sociedade

Na Justiça como Equidade (Rawls, 2003, p. 200), aparecem ao todo seis idéias de

bem, variando desde a racionalidade, no sentido de projeto de vida pessoal, até a virtude política. À justiça distributiva interessa em especial o conceito de bens primários, que se combinam com os objetivos da justiça como equidade enquanto concepção política ao especificar as necessidades dos cidadãos, em oposição a preferências, desejos e fins últimos, e devem estar conformes com a concepção política de seus *status* de pessoas livres e iguais.

Todos os bens sociais primários, liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da auto-estima, devem ser distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos esses bens beneficie os menos favorecidos, baseado no critério da reciprocidade. A sutileza é que tratar as pessoas como iguais não implica remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem desvantagens para alguém.

Qual a função dos bens primários dentro da estrutura da justiça como equidade? Rawls (2003, p. 241) responde que renda e riqueza são meios gerais polivalentes e fundamentais para a realização de um amplo leque de fins para o indivíduo, em especial suas faculdades morais, e para promover suas concepções de bem. A estrutura social por ele imaginada em sua teoria de justiça reconhece a relação fundamental entre bens primários e capacidades básicas das pessoas ao formular o índice desses bens perguntando-se que coisas, dadas as capacidades básicas incluídas na concepção normativa de cidadãos como livres e iguais, são fundamentais para que os cidadãos mantenham seus *status* de livres e iguais e sejam membros normais e plenamente cooperativos da sociedade.

O objeto da teoria de justiça é identificar como a sociedade protege e distribui seus bens primários. As liberdades básicas apresentam-se com precedência absoluta no rol desses bens necessários à estrutura básica da sociedade. Entre as liberdades básicas, Rawls relaciona o direito à propriedade pessoal como base para o senso de

independência pessoal e de auto-respeito, essenciais ao exercício e desenvolvimento das faculdades morais. Não deve incluir concepções mais amplas do direito de propriedade, como direitos de aquisição e de herança e de possuir meios de produção e recursos naturais, pois não são essenciais ao exercício das faculdades morais.

No liberalismo político, que pressupõe o pluralismo de valores, surge a questão das concepções abrangentes e conflitantes do bem e de como se chegar a um entendimento político em relação ao que devem ser consideradas exigências apropriadas. Busca Rawls (2000, p. 226) responder ponderando que o Estado não pode se utilizar de doutrinas religiosas ou filosóficas, sob pena de ser sectário, assim deve utilizar-se de concepção política independente de qualquer doutrina abrangente específica e que possa ser objeto de um consenso sobreposto. Afirma Rawls (*Idem*, p. 229) que a idéia da introdução dos bens primários é encontrar uma base pública útil a comparações inter-pessoais baseada nas circunstâncias sociais objetivas dos cidadãos.

Nesse contexto, foi levantada a polêmica por Amartya Sen quanto à utilidade e à inflexibilidade do rol de bens primários na Teoria da Justiça de Rawls. A controvérsia é sintetizada por Vita (1999, p. 471) nos questionamentos: se temos convicções igualitárias, em que aspectos ou com respeito a que deveríamos ter por objetivo tornar as pessoas tão iguais quanto possível? Com base em que deveríamos comparar os níveis relativos de vantagem ou de benefício individual? São questões centrais ao pensamento político igualitário e que mereceram pouca atenção dos teóricos e pensadores igualitários que precederam Rawls. Da resposta que a ela se dê depende a especificação dos objetivos para os quais as instituições e políticas igualitárias, existentes ou propostas, devem estar orientadas.

Sen (apud BRAZ, 2005) acredita que os bens primários, no modelo de Rawls, não constituem um parâmetro apropriado

de distribuição equitativa, desde que não dão atenção à “liberdade substantiva” das pessoas. O problema é que as “diversidades pessoais” podem afetar a possibilidade de converter os bens primários, incluída a renda, em bem-estar. Sen critica o enfoque da economia tradicional segundo o qual o bem-estar de uma pessoa é avaliado pelo seu domínio sobre bens e serviços. Esse pressuposto leva à focalização da variável renda, denominada de “satisfação individual” no modelo welfarista. A isso antepõe Sen uma “vantagem individual”, categoria avaliatória de bem-estar mais abrangente que permite conceber os “bens individuais”, os interesses racionais dos indivíduos, como passíveis de comparação e ordenação.

Para Sen (Idem), o bem-estar alcançado através da renda não é uma medida suficiente da vantagem individual, que deve se basear na liberdade substantiva de alcançar bem-estar e de escolher entre diferentes tipos de vida, não um específico modo de viver. A isso denomina “funcionamentos básicos das pessoas”, igual capacidade de ação para obter bens e serviços sociais com liberdade substantiva. Assim, para Sen, a medida dos bens primários de Rawls é demasiado inflexível diante das variações interindividuais que fazem com que seja mais difícil para uns do que para outros converter bens primários em capacidade de funcionamentos básicos da pessoa. Não é o que se tem que importa, mas como se funciona; a atenção deve ser quanto às desigualdades de oportunidades. A preocupação não deve ser com os bens primários em si mesmos, mas com o que as pessoas, em função de variações individuais significativas, são capazes de fazer com esses bens.

A esses questionamentos respondeu Rawls (2003, p. 238) que a exposição dos bens primários não abstrai, mas leva em consideração as capacidades básicas, particularmente as capacidades dos cidadãos como pessoas livres e iguais em virtude de suas faculdades morais, e possui a fle-

xibilidade necessária. São essas faculdades que lhes permitem ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade durante a vida toda e manter seus *status* de cidadãos livres e iguais. Ressalta a importância das liberdades civis e políticas iguais, como liberdade de consciência e expressão e de associação. Renda e riqueza são meios gerais polivalentes fundamentais para a realização de um amplo leque de fins permissíveis. Como as partes sabem que um índice de bens primários é parte integrante dos princípios de justiça, incluído em seu significado, só aceitarão esses princípios caso esse índice garanta o que acham ser fundamental para proteger os interesses essenciais das pessoas que representam.

Para demonstrar o que afirma, Rawls (2003, p. 244) pondera a existência de três aspectos do índice de bens primários que dão aos dois princípios de justiça, liberdade e igualdade, certa flexibilidade para se ajustarem às diferenças entre cidadãos em suas necessidades de cuidados médicos. Primeiro, esses bens não se encontram detalhadamente especificados por meio de considerações disponíveis na posição original, pois somente serão especificados nas etapas constitucional, legislativa e judiciária. Segundo, eles não devem ser identificados apenas à renda pessoal e à fortuna privada, pois tem-se o controle, mesmo que parcial, da renda e riqueza não só como indivíduos, mas também como membros de associações, grupos e do próprio Estado. Terceiro, o índice de bens primários é um índice de expectativas desses bens ao longo da vida toda e vincula-se a posições sociais relevantes no interior da estrutura básica.

Rawls, em seu exemplo de saúde pública de cidadãos cooperativos, mas com capacidade prejudicada momentaneamente, remete à legislação infraconstitucional, pois dependente de informações a respeito das necessidades médicas de seus membros como um todo e do custo de sua cobertura em vários níveis de tratamento e assistência. Conforme o princípio da diferença, é pos-

sível adotar providências para cobrir essas necessidades até o ponto em que providências adicionais rebaixem as expectativas dos menos favorecidos, agregando-se ao mínimo social exigido genericamente.

Rawls (2003, p. 246) observa que o limite superior da fração do produto social gasto com saúde pública corresponde às despesas essenciais que a sociedade tem de fazer, a exemplo da educação das futuras gerações, provisões das gerações anteriores, aposentados, ou exigências de defesa nacional e política externa, justa, num mundo de estados nacionais. Ademais, há de se perscrutar a forma como essas despesas são pagas: se por fundos privados ou públicos. Cabe aos representantes dos cidadãos que consideram essas exigências do ponto de vista da etapa legislativa encontrar um equilíbrio entre elas ao alocar os recursos da sociedade. Para isso, ressalta Rawls, é importante considerar que os cidadãos têm uma identidade (política) pública ao longo da vida toda, atuando como membros normais e plenamente cooperativos da sociedade.

As observações mencionadas de Rawls sobre limites para gasto com saúde pública contraditam a afirmação aposta por Gustavo Amaral (2001, p. 156) da total ausência, no pensamento rawlsiano, da questão da escassez de recursos que engendra dramaticidade ao processo de alocação dos fundos públicos, tema tratado em várias passagens de sua obra.

2.1.3. Justiça distributiva e equidade entre gerações

Para Rawls (2002, p. 314) o mínimo social, exigível nos termos do princípio da diferença, deve beneficiar a longo prazo os desafortunados, estendendo-se às gerações futuras. Os homens têm o dever natural de manter e desenvolver instituições justas e as gerações futuras são beneficiárias do desenvolvimento econômico, da produtividade dos investimentos públicos e dos bens culturais criados pelas gerações precedentes; é o que se denomina princípio da poupança

justa. Esse deve ser considerado como entendimento entre gerações no sentido de que cada uma carregue a sua respectiva parte do ônus de realizar e preservar uma sociedade justa, vista sob o prisma dos menos favorecidos de cada geração.

Assim, deve haver um ponto ótimo entre os princípios da diferença e da poupança, em que o nível do mínimo social há de ser justamente fixado. Quanto a isso, Rawls (2003, p. 225) questiona em que medida a geração presente é obrigada a respeitar os direitos de seus sucessores. O princípio de poupança justa vigora entre gerações, ao passo que o princípio da diferença vigora dentro de uma geração. A poupança real é exigida exclusivamente por razões de justiça, isto é, para tornar possíveis as condições necessárias para estabelecer e preservar uma estrutura básica justa ao longo do tempo. Uma vez alcançadas essas condições e consolidadas as instituições justas, a poupança real líquida pode cair para zero.

O princípio da diferença não exige um crescimento econômico contínuo ao longo das gerações para maximizar indefinidamente para cima as expectativas dos menos favorecidos medidas em termos de renda e riqueza. O que ele exige é que, durante um intervalo apropriado de tempo, as diferenças de renda e riqueza geradas pela produção do produto social sejam tais que, se as expectativas legítimas dos mais favorecidos fossem menores, as dos menos favorecidos também seriam menores. Como a sociedade deve ser um sistema equitativo de cooperação entre gerações ao longo do tempo, exige-se um princípio que governe a poupança. Não há como se imaginar um acordo direto entre gerações, portanto o princípio deve ser aquele em que os membros de qualquer geração, portanto de todas, adotem como o princípio que eles gostariam que as gerações anteriores tivessem seguido, qualquer que seja o distanciamento no passado. A pergunta que fica é o quanto, fração do produto social, estão preparadas para poupar em cada nível de riqueza à

medida que a sociedade progride, partindo da suposição de que as gerações anteriores tenham seguido a mesma escala.

Para Rawls (2002, p. 335), determinada a taxa justa de poupança ou especificada a extensão apropriada de sua variação, tem-se um critério para justar o nível do mínimo social resultante da soma de transferências e benefícios advindos dos bens públicos essenciais; taxa essa que deve ser ordenada de modo a aumentar as expectativas dos menos favorecidos e ser compatível com a poupança exigida da sociedade e com a manutenção das liberdades individuais.

Uma aplicação prática do princípio da poupança justa apresenta-se na fixação do grau de endividamento público, que Torres (1995, p. 176) considera como expressão da equidade entre gerações, ou seja, significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que deles se beneficia arcar com o ônus respectivo. Inegável que o endividamento excessivo repercute sobre o futuro, transferindo a carga fiscal para outra geração. Prevenindo tal ônus, o constituinte brasileiro de 1988 impôs a regra de ouro do art. 167, II, que limita os empréstimos públicos ao montante das despesas de capital (investimentos e inversões financeiras), que também são realizadas com vista ao futuro. Além desse limite, só por meio de autorização legislativa específica e com *quorum* qualificado da maioria absoluta.

3. Conclusões

Como visto, Rawls, resgatando a tradição construtivista kantiana, elaborou uma concepção contratualista de justiça política em que as instituições sociais básicas devem ser organizadas respeitando a liberdade e a igualdade dos cidadãos considerados como pessoas. Em sua Teoria da Justiça como Equidade, aceita-se a desigualdade desde que mitigada pelo princípio da diferença,

observado o critério de reciprocidade, de modo que os menos favorecidos tenham meios suficientes para fazer uso inteligente e eficaz da sua liberdade e levar vidas razoáveis e dignas.

A Teoria rawlsiana da justiça distributiva, fundada na “estrutura básica da sociedade” necessária à justa distribuição dos bens sociais primários, significou importante contribuição para a compreensão dos complexos mecanismos decisórios das sociedades modernas, em especial sobre os valores que justificam a intervenção estatal na distribuição justa da riqueza social.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz S. A. *Economia política do orçamento público*: o caso brasileiro como inspiração e referência. Niterói, 2003. Disponível em: <<https://www.portal-sof.planejamento.gov.br/bib/Estudos/LuisSergio-Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

BRAZ, Marlene. *Conceitos fundamentais*: curso para capacitação de comitês de ética em pesquisa. Secretaria Estadual de Saúde de Santa Catarina. 2005. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/comite_etica/Marlene_Braz_Modulo1/Justi%E7a%2001.ppt> Acesso em 11 fev. 2008.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORENZANO, Vincenzo D. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 42, n.165. Brasília, jan./mar. 2005.

MONTORO, André F. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; Editora Ática, 2000.

_____. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça como Equidade*: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TORRES, Ricardo L. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995a.

_____. Justiça distributiva: social, política e fiscal. In: *Revista de Direito Renovar (RDR)*, n. 1. Rio de Janeiro, Jan./Abr, 1995b.

VITA, Álvaro de. *Justiça Distributiva: a Crítica de Sen a Rawls*. In: *Revista de Ciências Sociais*, v. 42, n. 23. Rio de Janeiro, 1999.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor com carta anexa de autorização para publicação e visualização na Internet, bem como declaração de que o artigo é inédito, com um exemplar impresso (preferencialmente em papel A4, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5) e um disquete gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela) no disquete, com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não-publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.