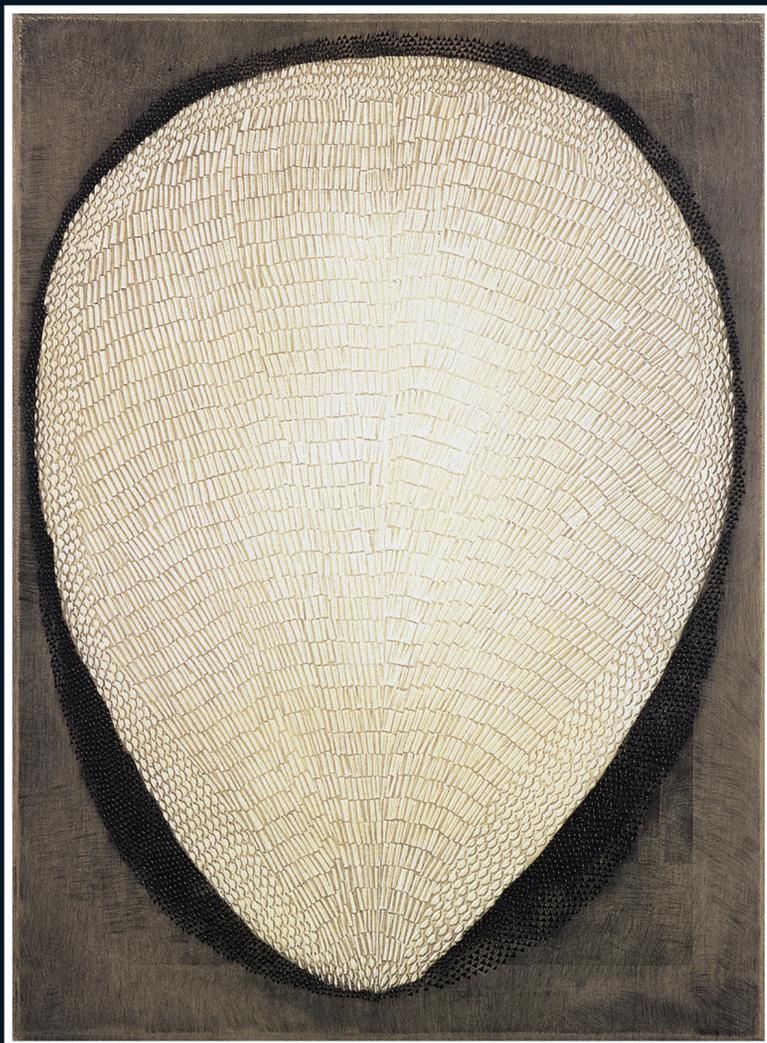


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2009 – Ano 46 – Nº 182



Arthur Pizza, “Fruto”. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 182
Abril/junho – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

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

ISSN 0034-835x
Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves

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

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos Lima

CAPA: Josias Wanzeller

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

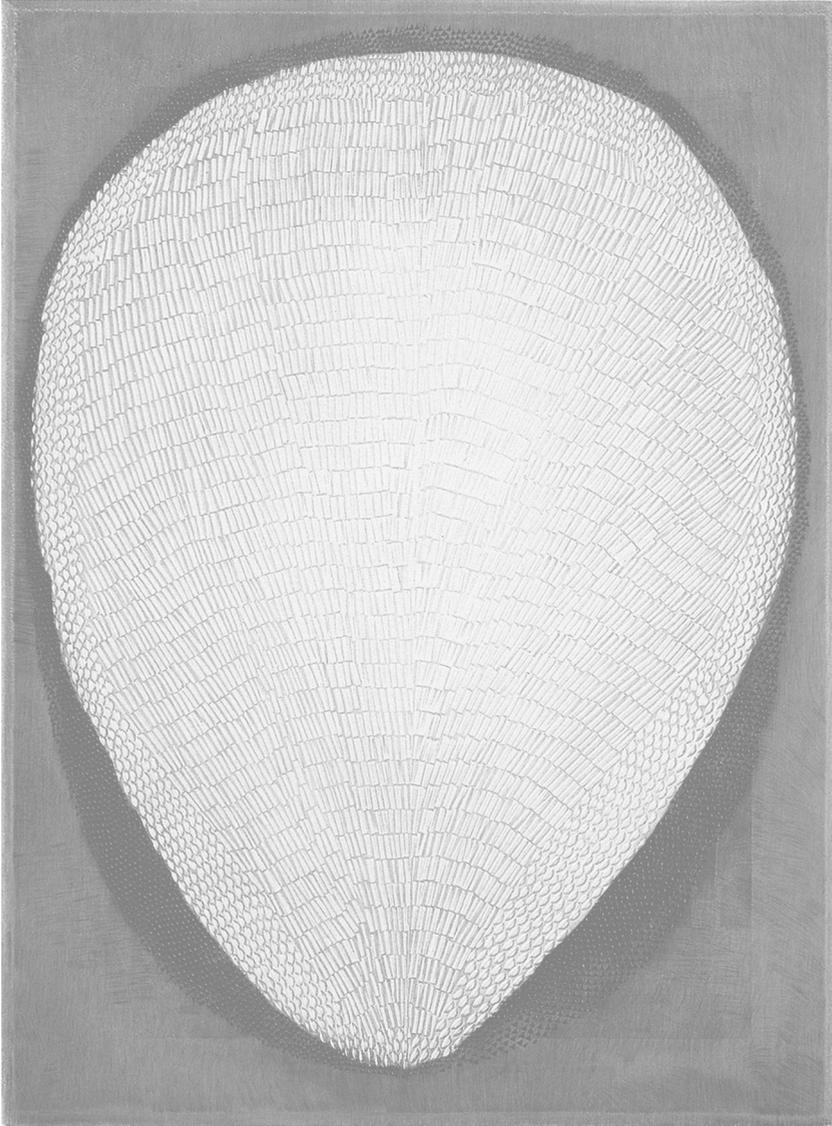
Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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

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

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



“Fruto”, de Arthur Pizza, com técnica de gravura em metal sobre tela de 0,69m x 0,50m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 46 · nº 182 · abril/junho · 2009

- Carlos Bastide Horbach Controle judicial da atividade política. As questões políticas e os atos de governo 7
- Ericson Meister Scorsim Os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão 17
- Rogério Taiar A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível 41
- Liana Cirne Lins A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva 51
- Líliá Maia de Morais Sales e Cilana de Morais Soares Rabelo Meios consensuais de solução de conflitos. Instrumentos de democracia 75
- Gianluca Maria Bella A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia 89
- Reis Friede O Magistrado e o ideal de Justiça 101
- Renato Gugliano Herani Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo” 107
- José Camapum de Carvalho e Márcia Dieguez Leuzinger Considerações sobre o Estatuto da Cidade 121
- Patrícia Luciane de Carvalho Do licenciamento compulsório. Uma abordagem do direito internacional e do direito administrativo 137
- Valéria Ribas do Nascimento e José Luis Bolzan de Morais A (des)utopia da liberdade e igualdade. Possibilidades de sentido para construção de jurisdições constitucionais democráticas 155
- Manoel Adam Lacayo Valente Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos. Contornos, limites e superação pela teoria dos princípios 177
- Ben-Hur Rava A ideia de desenvolvimento econômico segundo a ideologia do Estado nacional brasileiro. A contribuição teórica de Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso 211

Paulo Sávio Peixoto Maia

A influência do constitucionalismo alemão do século XIX na categoria “direitos fundamentais”. Formalização do direito público e neutralização do *Rechtsstaat* 227

Eduardo Pordeus Silva e
Leandro Konzen Stein

Participação popular, capital social e políticas públicas de defesa do patrimônio cultural. Elementos e pressupostos para a construção de uma democracia deliberativa no município 245

Controle judicial da atividade política

As questões políticas e os atos de governo

Carlos Bastide Horbach

Sumário

1. Introdução. 2. As *political questions* no Direito norte-americano. 3. Os *actes de gouvernement* franceses. 4. Questões políticas e atos de governo no Direito brasileiro. 5. Conclusão.

1. Introdução

As relações entre o direito e a política constituem tema dos mais clássicos do Direito Constitucional. As forças que se antagonizam na arena política é que propiciam, quando do consenso, a formação das normas jurídicas, num movimento há muito analisado pela doutrina e plasticamente sintetizado numa conhecida imagem de Tobias Barreto (2001, p. 94-95), exposta aos doutorandos da Faculdade de Direito do Recife em 1883:

“Serpe nisi serpentem comederit, non fit draco: – a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força, não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força...”

Assim como, de todos os modos possíveis de abreviar o caminho entre dois pontos, a linha reta é o melhor; assim como, de todos os modos imagináveis de um corpo girar em torno de outro corpo, o círculo é o mais regular; – assim também, de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo.

Carlos Bastide Horbach é Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília e Advogado.

Tal é a concepção que está de acordo com a concepção monística do mundo. Perante a consciência moderna, o direito é um *modus vivendi*; – é a pacificação do antagonismo das forças sociais, da mesma forma que, perante o telescópio moderno, os sistemas planetários são tratados de paz entre as estrelas”.

Se o Direito é a força que venceu a força, é a pacificação dos antagonismos sociais, e, na atualidade, resta consagrada – pelo menos no Ocidente – a fórmula do Estado de Direito, não se pode compreender que a atividade política – *locus* próprio de manifestação dos antagonismos sociais – fique fora da tutela jurídica, permaneça como a serpe que não se tornou dragão.

Essa conclusão bastante singela, contudo, não encerra uma afirmação estreme de contestações.

Isso porque, juntamente com o desenvolvimento do direito público moderno, desenvolveram-se, em diferentes tradições jurídicas, teorias que pretendem tornar determinadas áreas da atuação política estatal infensas à tutela normativa, retirando-as do âmbito de conhecimento das instâncias jurisdicionais.

O presente estudo tem como objeto duas dessas teorias, que produziram importantes reflexos no Direito brasileiro, uma norte-americana e outra francesa. A seguir, portanto, serão examinadas – em breves linhas – as *political questions* e os *actes de gouvernement*, para que se possa, na sequência, aferir a importância que têm tais noções hoje na jurisprudência brasileira.

2. As *political questions* no Direito norte-americano

O reconhecimento da existência de questões políticas alheias à tutela jurisdicional é tradicional no direito anglo-saxônico. Afirma Bernard Schwartz (1963, p. 462) que o desenvolvimento de tal noção se inicia em 1460, quando um tribunal inglês se recusou a conhecer de um pedido do Duque

de York, que pretendia ver juridicamente assegurado seu direito à sucessão. Desde então os tribunais anglo-americanos têm recusado o exercício da jurisdição em casos nos quais a intervenção judicial é considerada como inapropriada.

Assim, a construção da teoria evoluiu, atingindo seu auge de maturação com a jurisprudência da Suprema Corte americana e com a produção da doutrina constitucionalista dos Estados Unidos no século XIX. É exatamente por essa perspectiva – amplamente estudada pelos primeiros publicistas da República – que as questões políticas chegaram ao Direito brasileiro.

Story (1873, p. 266), em seus *Commentaries*, ensinava que, “em medidas exclusivamente de natureza política, legislativas ou executivas, é pacífico que, como a autoridade suprema a respeito delas pertence ao poder executivo e ao legislativo, não podem ser reexaminadas por outra instância”.

Pomeroy (1888, p. 624-625) delimitava o problema a partir do decidido pela Suprema Corte americana no caso *State of Georgia v. Stanton*, em meados do século XIX: “o mérito de uma controvérsia é político e alheio ao domínio do Judiciário somente quando envolve a existência *de jure* de um governo, ou a legalidade de algum ato ou procedimento puramente governamental”.

Essas opiniões doutrinárias, por sua vez, refletiam uma orientação jurisprudencial da Suprema Corte americana, que pode ser verificada desde logo no famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Nesse acórdão, Marshall (1997, p. 18) fez constar que

“o tribunal só tem competência para decidir acerca de direitos individuais; jamais para examinar como o Executivo ou os funcionários executivos desempenham seus deveres em tudo a que se aplica a faculdade discricionária. Questões por sua natureza política, ou submetidas ao nuto do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal”.

Marshall, nesse precedente, elaborou uma distinção entre casos em que o Presidente e seus agentes exercem poderes puramente políticos e aqueles nos quais exercem deveres específicos cometidos pelo direito. Somente neste último caso, o agente público é juridicamente responsável por sua conduta. Fora isso, a responsabilidade se dá perante o país e a própria consciência. (SCHWARTZ, 1963, p. 463)

Tal compreensão da função da Suprema Corte foi mantida com maior ou menor intensidade ao longo dos anos, o que gerou – apesar da análise de Tocqueville, segundo a qual as questões políticas na América invariavelmente tornavam-se questões judiciais – poucas interferências da justiça na política ao longo do século XIX. (GRABER, 2004, p. 486)

Entretanto, no início da fixação das políticas do *new deal*, nos anos 1930, o Tribunal adentrou na apreciação de vários projetos de governo que, ordinariamente, ficariam fora de sua competência tradicional, num movimento que somente teve fim no confronto mais direto com o Executivo.

Já em 1962, a Suprema Corte americana fixou os contornos da sindicabilidade das questões políticas, no famoso caso *Baker v. Carr*, que dizia respeito à organização dos distritos eleitorais do Tennessee, inalterados desde o início do século XX, em flagrante falseamento da realidade demográfica das diferentes regiões do estado e de sua representação. Na redação da decisão da maioria, o *Justice* Brennan delineou a moderna jurisprudência das questões políticas:

“Evidente na superfície de qualquer caso envolvendo uma questão política encontra-se uma atribuição constitucional, textualmente demonstrável, da matéria a um departamento político; ou a falta de padrões passíveis de serem descobertos ou aplicados judicialmente para resolvê-la; ou a impossibilidade de se decidir sem antes determinar a existência de uma

política claramente excluída da decisão judicial; ou a impossibilidade de os tribunais decidirem independentemente sem demonstrar uma violação do respeito devido aos demais poderes coordenados; ou uma necessidade incomum de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; ou a potencialidade do embaraço de múltiplos pronunciamentos de vários departamentos sobre uma única questão”.¹

Cuida-se, evidentemente, de uma tentativa de sistematizar o *self-restraint* exercido pela Corte, retirando dele um viés arbitrário, ainda que as fórmulas de Brennan sejam, também, por demais elásticas.

Baker v. Carr estabeleceu que é o relacionamento entre o Judiciário e os coordenados ramos do governo federal o que gera uma questão política, que se vincula, portanto, à separação de poderes. “A ausência de controle judicial das questões políticas é antes de tudo uma decorrência da separação de poderes”. (SCHWARTZ, 1963, p. 463)

O importante a ser registrado é que ainda hoje as balizas fincadas em 1962 continuam a orientar a jurisprudência norte-americana. Recentemente, em 2006, a Corte de Apelação para o Circuito do Distrito de Columbia não conheceu de pedido formulado por habitantes das Ilhas Chagos, no Oceano Índico, retirados de seu local tradicional de moradia por força da construção de uma base militar americana. Entendeu-se que a

¹ “Prominent in any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need of unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

discussão envolvia a segurança nacional e as relações internacionais, questões políticas não passíveis de apreciação judicial, nos moldes de *Baker v. Carr*.²

3. Os actes de gouvernement *franceses*

A definição moderna da teoria dos atos de governo no Direito francês se deu com o famoso *arrêt Prince Napoléon*, julgado pelo Conselho de Estado em fevereiro de 1875.

O Príncipe Napoleão José Bonaparte recebeu do primo, o Imperador Napoleão III, o título de General de Divisão do Exército francês em 1853. Entretanto, no primeiro Anuário Militar editado após a queda do Império, em 1873, seu nome foi retirado da lista dos generais, o que ensejou um pedido administrativo de reinclusão ao Ministro da Guerra. Este, declarando ter sido irregular a investidura do Príncipe – baseada “nas condições particulares de um regime hoje desaparecido” –, negou-se a alterar o anuário, dando causa à interposição de um recurso por excesso de poder perante o Conselho de Estado.

As informações do Ministro da Guerra ao Conselho de Estado sustentaram a impossibilidade de conhecimento do recurso, uma vez que a exclusão do Príncipe da lista de generais se dera por razões de política governamental, o que lhe tornava infenso à jurisdição administrativa – na linha de dois precedentes do próprio Conselho, o *arrêt Laffitte*, de 1822, e o *arrêt Duc d’Aumale*, de 1867.³

As conclusões do Comissário de Governo David – o mesmo que atuou em outros precedentes relevantes, como o *arrêt Blanco* e o *arrêt Pelletier*, ambos de 1873 – não acatarem, porém, essa tese, fixando assim limites para a teoria dos atos de governo.

² *Bancoult v. McNamara. International law update*, v. 12, junho de 2006, p. 113-114.

³ Nesses julgados, o Conselho de Estado deixou de conhecer das demandas com base na teoria do móvel político, ou seja, se a razão ensejadora da edição do ato estatal era de natureza política, governamental, não poderia ser revista pela jurisdição administrativa.

Para ele, ainda que os atos ditos de governo encerrassem uma discricionariedade que não era sindicável pelo Conselho de Estado, a esfera dessa discricionariedade não poderia ser entendida arbitrariamente pelos governos, mas estaria sim naturalmente delimitada pelas leis e pelo ordenamento constitucional. Não bastaria, pois, o conteúdo político, a forma de deliberação em Gabinete ou a satisfação de um interesse público para o ato estar livre do controle jurisdicional.

Esse *arrêt Prince Napoléon* não representa, assim, o nascimento da noção de atos de governo, mas a sua moderna conformação aos contornos do ordenamento jurídico, aumentando significativamente a extensão do controle exercido pelo Conselho de Estado. Tanto é assim que “a lista dos atos de governo, hoje, não compreende mais do que duas séries de medidas: os atos concernentes às relações do Executivo com o Parlamento e aqueles que se ligam diretamente às relações da França com as potências estrangeiras ou os organismos internacionais”. (LONG et al, 2005, p. 19)

Certamente, no que importa para a presente análise, as relações entre Executivo e Parlamento são mais relevantes. Entretanto, não se pode deixar de mencionar – ainda que superficialmente – as matérias de política internacional. Jean Rivero sintetiza tais questões nos seguintes pontos: a) negociação e conclusão de tratados; b) atos relativos à aplicação de tratados pelo Executivo;⁴ c) atos de política internacional estranhos aos tratados, como a proteção dos franceses no estrangeiro pelas autoridades

⁴ Sobre esses dois primeiros tipos de atos, importante anotar que o Conselho de Estado reconhece a possibilidade de controlar os efeitos danosos deles advindos, como decidido no *arrêt Compagnie générale d’énergie radio-électrique*, de 1966. Com essa decisão, o juiz administrativo, sem poder para se pronunciar sobre a regularidade de certas medidas concernentes às relações internacionais, abre a possibilidade de fixar uma indenização por suas consequências danosas com base no princípio da igualdade perante os encargos públicos. Cf. LONG, 2005, p. 579.

diplomáticas; e *d*) atos de guerra (RIVERO, 1981, p. 185-186).

Nas relações entre Executivo e Parlamento, o Conselho de Estado se recusa a apreciar os seguintes tipos de atos: *a*) decisões do Executivo no âmbito de sua participação no processo legislativo, como na promulgação de uma lei (*arrêt Desreumeaux*, de 1933) ou a recusa de invocar urgência na apreciação, pelo Conselho Constitucional, de uma lei orgânica (*arrêt Meyet et Bouget*, de 2002); *b*) decisões do Presidente da República que afetam as relações entre poderes ou o exercício da função legislativa, como a dissolução da Assembleia Nacional (*arrêt Allain*, de 1989) ou a nomeação de um membro do Conselho Constitucional (*arrêt Mme. Ba*, de 1999); *c*) decisões do Governo preparatórias de decisões do Parlamento, que tem, assim, poder de revê-las, exercendo por si só o controle (*arrêt Georger et Tervassigamany*, de 1958). (LONG, 2005, p. 19-20)

Ainda que a jurisprudência trabalhe com essa noção, é importante que ela o faz muitas vezes implicitamente, sem fazer referência expressa à teoria dos atos de governo, que acaba por ser o fundamento mediato da não-apreciação de determinada demanda. Por outro lado, para muitos autores, é possível chegar às mesmas consequências da teoria em questão sem apelar para uma construção tão vaga. Nesse sentido, Jean Rivero (1981, p. 186):

“Uma grande parte da doutrina, sem contestar as soluções precedentes, julga possível explicar a inaceitabilidade dos recursos interpostos contra os actos em questão sem fazer apelo à noção de acto de governo (que os arestos, como vimos, raramente mencionam), pela simples aplicação dos princípios gerais que regem a competência do juiz administrativo. Nesta perspectiva, a imunidade dos actos praticados na relação do Governo com o Parlamento e à sua actividade (...). A teoria dos actos de governo seria pois absorvida na regra geral se-

gundo a qual o juiz administrativo só é competente para o que diz respeito à acção propriamente administrativa dos órgãos públicos”.

É, ainda, interessante registrar que, modernamente, os espaços de imunidade que eram deixados pelo Conselho de Estado vêm sendo preenchidos em França por outra jurisdição, a do Conselho Constitucional, o que acarreta um aumento ainda maior da sindicabilidade dos atos de governo. Ou seja, muitos atos que não eram apreciados pelo Conselho de Estado passaram a ser objeto de controle do Conselho Constitucional, num gradual processo de alargamento de suas competências.

Assim, por exemplo, enquanto o Conselho de Estado se nega a apreciar o decreto presidencial que submete um projeto de lei a referendo, por considerá-lo ato de governo (*arrêt Brocas*, de 1962), o Conselho Constitucional afirma sua competência para conhecer da matéria (*arrêt Hauchemaille*, de 2000). (LONG et al, 2006, p. 26)

Trata-se, de fato, da relativização significativamente benéfica de uma noção que se apresenta, segundo a doutrina francesa, cada vez mais, como contrastante com o desenvolvimento geral do Estado de Direito e que “oferece às tentações de arbítrio uma protecção capaz de encorajá-las”. (RIVERO, 1981, p. 187)

4. Questões políticas e atos de governo no Direito brasileiro

Tendo em vista a ampla importação de modelos constitucionais norte-americanos pela nascente República brasileira, natural a incorporação de conceitos como o das questões políticas pelo direito público nacional.

Essa incorporação, aliás, foi até mesmo determinada pelas normas do Governo Provisório que adaptaram o ordenamento imperial ao novo regime republicano e à forma federativa de Estado. Nesse sentido, o Decreto nº 510, de 1890, que determinava

a aplicação, pelos tribunais brasileiros, da doutrina e da jurisprudência das “nações civilizadas”, em especial as dos Estados Unidos.

Natural, assim, que fossem os referenciais norte-americanos utilizados pelos constitucionalistas brasileiros para a compreensão da nova ordem. Pedro Lessa (2003, p. 1), por exemplo, no prefácio de seu *Do poder judiciário*, de 1915, expressamente afirma:

“E como a doutrina conta entre nós com um número quase nulo de expositores, e a jurisprudência, incipiente e vacilante, pouco subsídio, ou amparo, pode prestar, forçoso me foi recorrer aos comentaristas e julgados do país cujas instituições políticas serviram de modelo às nossas, os Estados Unidos da América do Norte”.

Nessa quadra, são comuns as referências de autores como Ruy Barbosa, João Barbalho, Carlos Maximiliano e o próprio Pedro Lessa, entre outros, às questões políticas, tomando como base as conclusões de Story, Cooley, Pomeroy, Marshall ou Bryce.

Ruy Barbosa, citando como exemplos de questões políticas o exercício da sanção e do veto, a declaração de guerra, o reconhecimento de um estado de insurreição, sustentava que

“todas elas têm por objeto a *apreciação de conveniências*, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São consideradas de *interesse comum*, de *utilidade pública*, de *necessidade ou vantagem nacional*, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro da qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente. Eis o terreno *meramente político*, defeso como tal à ingerência dos tribunais”. (LESSA, 2003, p. 62-63)

João Barbalho (2002, p. 224), por sua vez, asseverava que a apreciação das questões políticas pelos tribunais “seria verdadeira invasão em alheia esfera de poderes e subordinação de todos ao Judiciário”.

Carlos Maximiliano (2005, p. 599), citando Goodnow, ensinava que se consideram

“políticos aqueles atos, de aplicação geral ou especial, feitos pela administração no cumprimento de suas funções políticas, como sejam a conduta das relações diplomáticas do país, a elaboração de tratados, o comando e a disposição das forças militares, assim como o manejo das relações do Executivo com a legislatura. *Sobre esses atos não têm os tribunais nenhum poder de ‘controle’*. O princípio adotado, da responsabilidade perante o povo, será, segundo se acredita, suficiente para assegurar a prática imparcial e prudente destes atos políticos”.

Mais adiante, ainda advertia que, “usurpando a competência dos poderes políticos, expõem-se os juizes a não ver cumprido o seu *verdictum*, conforme sucedeu várias vezes no Brasil e nos Estados Unidos com aplauso dos publicistas”. (Idem, p. 601)

Exemplo da situação descrita por Carlos Maximiliano é o descumprimento, pelo Marechal Hermes da Fonseca, do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 2.990, de relatoria do Ministro Pedro Lessa, ocorrido em 25 de janeiro de 1911. Tratava-se do caso dos membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, que tiveram sua permanência nos cargos assegurada pelo tribunal contra decreto do Presidente da República, o qual dissolvera a legislatura distrital. Entretanto, recusando-se o Chefe do Executivo a cumprir a ordem concedida pelo STF, limitaram-se os Ministros a protestar, sem consequências práticas. (HORBACH, 2007, p. 83 e ss.)

Entretanto, para Ruy Barbosa, as questões políticas têm limites claros, fixados no próprio texto constitucional. “A violação

de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida". (LESSA, 2003, p. 65)

Sintetizando todos os entendimentos acima apresentados, Pedro Lessa (2003, p. 65-66):

"Em substância: exercendo atribuições políticas e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas que escapam à competência do poder judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica.

Exercitando as suas faculdades, o poder executivo tem um campo de ação menos amplo; porquanto, além de limitado, como o Congresso, pela Constituição Federal, ainda tem a sua esfera de ação restringida pelas leis secundárias, que são tantos outros círculos concêntricos, menos dilatados que a Constituição, e traçados dentro desta. Enquanto cuida do interesse público, das transformações conducentes ao bem da sociedade, sem atingir e galgar esses limites, pratica atos políticos, sobre os quais nenhum poder tem a judicatura. Ferindo tais limites, expõe as suas providências à crítica e às decisões do poder judiciário".

Ou seja, questões políticas há que, por força do próprio ordenamento jurídico, ficam fora da competência dos tribunais, exclusão esta que cessa com a violação dos limites normativos de atuação do poder

público. A violação da Constituição, pois, sempre abriria as portas da tutela jurisdicional a qualquer questão, por mais política que fosse.

Esse entendimento é, desde muito cedo, incorporado à jurisprudência do Supremo, como se pode depreender da ementa do acórdão de 23 de maio de 1914: "O Supremo Tribunal Federal conhece de questões que não são meramente políticas, o que, aliás, é um dos rudimentos do sistema. Desde que uma questão está subordinada a textos expressos na Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política".

Porém, essa posição doutrinária e jurisprudencial que se forma sob a égide da Constituição de 1891 não se projetou plenamente nos ordenamentos de 1934 e de 1937, por força, respectivamente, de seus artigos 68 e 94. Esses dispositivos expressamente determinavam que era "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".

Seabra Fagundes (1957, p. 182), escrevendo já sob o texto de 1946, defendia que a impossibilidade de apreciação das questões políticas - apesar de não se ter mais no direito constitucional vigente normas como as acima mencionadas - decorria da índole do regime e de imperativos de seu funcionamento. Aos poderes Legislativo e Executivo, a Constituição de 1946 delegara atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza específica, seriam incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.

Essas afirmações, contudo, não podem ser tomadas como contrárias àquelas dos constitucionalistas da República Velha. Isso porque, segundo Seabra Fagundes (1957, p. 184), "o procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato político sua origem, é seguido de medidas que afetam direitos expressamente amparados pela ordem jurídica. E, então, desaparece a impossibilidade de controle. O Judiciário é levado, ainda que indiretamente, ao exame do ato político".

Apesar desse entendimento doutrinário, era comum no STF, na vigência da Constituição de 1946, o recurso à noção de “questão política” ou “questão de governo” para excluir uma demanda do controle exercido pelo Poder Judiciário, como se pode verificar no julgamento do Mandado de Segurança nº 9.077, de relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, no qual o Ministro Victor Nunes, verificando que a demanda envolvia uma política de governo, expressamente afirma que “não cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir essa política, mesmo que ela possa parecer a um ou outro injusta, não equitativa”. (ALMEIDA, 2007, p. 48)

Essa tendência encontrou continuidade e adquiriu maior força no período de vigência da Constituição de 1967 e ainda orienta muitos julgados na ordem constitucional atual.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa matéria utiliza as expressões “questão política” e “ato de governo” praticamente como sinônimas.

A noção de ato de governo – como não poderia deixar de ser – teve sua difusão no âmbito da doutrina administrativista, sendo nesta área utilizada pelos modernos autores e pelos tribunais. Odete Medauar, por exemplo, afirma que o ato de governo “é ato que expressa a função governamental, que é precipuamente política, por referir-se às diretrizes amplas para a vida da coletividade. Dentre suas características estão: a) provém da autoridade ou órgão mais elevado do Executivo, como o Presidente da República, Governador, Prefeito; b) dizem respeito, sobretudo, ao relacionamento com outros poderes (Legislativo e Judiciário), com outros países ou com organismos internacionais; c) referem-se a decisões de alto relevo para o país, o Estado-membro ou o Município”. (MEDAUAR, 2005, p. 173)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 353) define os atos de governo como sendo os praticados “com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no

exercício de função meramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, *sub color* de que é contrária ao interesse público, etc”.⁵

Tanto Odete Medauar quanto Celso Antônio indicam que essa categoria é especialmente importante na doutrina tradicional porque livre de controle jurisdicional, o que seria incompatível com o texto constitucional de 1988, que garante, no inciso XXXV de seu artigo 5º, a inafastabilidade do Poder Judiciário. Trata-se, como até agora visto, de posição doutrinária que vai ao encontro da formulação histórica das noções de “questões políticas” e de “atos de governo” nos Estados Unidos e na França, uma vez que desde logo se reconhece, nesses ordenamentos, a possibilidade de controle quando em xeque direitos constitucionalmente garantidos.

Mesmo assim, mesmo com a regra do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem recorrido à figura dos atos de governo e das questões políticas. Exemplo disso é o julgamento da questão de ordem na ADPF nº 1, Relator Ministro Néri da Silveira, D.J. de 07.11.2003, na qual era questionado um veto manifestado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro a um projeto de lei aprovado pela Câmara de Vereadores, sobre IPTU.

Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental não foi conhecida pelo STF exatamente pela natureza do ato impugnado, que encerraria uma decisão exclusivamente política e, por isso, infensa ao controle da Corte. Isso fica evidente no voto do Relator, Ministro Néri da Silveira, que defende estar a discussão dos vetos limitada às relações entre os poderes

⁵ Interessante sublinhar que um dos exemplos dados pelo autor – o do indulto – não mais encontra respaldo na jurisprudência do Conselho de Estado francês, que, desde o *arrêt Gombert*, de 1947, considera sindicáveis tais atos, em entendimento recentemente reafirmado no *arrêt Observatoire international des prison – Section française*, de 2003.

Executivo e Legislativo, não admitindo a interferência do Poder Judiciário. O Ministro Maurício Corrêa, por outro lado, aduz que a apreciação do pedido faria com que o Tribunal se imiscuisse em assunto exclusivo dos dois poderes envolvidos no processo legislativo, obstaculizando-o indevidamente. Finalmente, o Ministro Moreira Alves registra em seu voto que a matéria era “insusceptível de ser apreciada pelo Poder Judiciário, por se integrar numa daquelas questões políticas para as quais não há possibilidade de interferência do Poder Judiciário”.

Além do veto, outra questão que sempre foi considerada política pelo STF e, portanto, alheia à sua apreciação, é a relativa ao funcionamento interno das casas legislativas, a tradicional doutrina dos atos *interna corporis*, que nada mais são do que uma especificação das questões políticas parlamentares. Nessa seara, o Tribunal tem alargado, nos últimos anos, o exercício de seu controle.

Exemplo disso é o Mandado de Segurança nº 26.441, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25.04.2007, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação. Nesse caso, uma manobra regimental da maioria na Câmara dos Deputados impedira a instalação da chamada CPI do “Apagão Aéreo”, ensejando a impetração do *writ* pela minoria que se sentia prejudicada no direito à realização do inquérito parlamentar, com base no § 3º do artigo 58 da Carta da República.

As alegações do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e do Líder do Partido dos Trabalhadores – que figurava no feito como litisconsorte passivo necessário – indicavam, preliminarmente, a natureza política da demanda e sua relação com o funcionamento interno da casa legislativa. Tal preliminar, entretanto, foi rechaçada unanimemente pelo Supremo Tribunal Federal, que – na linha do já afirmado pela Suprema Corte americana, pelo Conselho de Estado francês e pela antiga doutrina bra-

sileira – reconheceu sua competência para apreciar o pedido, uma vez que baseado em norma constitucional. Ou seja, saindo o ato político da circunferência de regularidade fixada pelo ordenamento jurídico-constitucional, viável o controle pelo Poder Judiciário. Como o texto constitucional de 1988 é extenso, notadamente analítico e detalhista, o parâmetro de controle torna-se amplo e, por consequência, diminuta a categoria dos atos *interna corporis*.

Por fim, é possível analisar a moderna jurisprudência do STF em outra questão tradicionalmente definida como política e, portanto, livre de seu controle, qual seja, a da definição das políticas públicas. Ao contrário do que afirmara o Ministro Victor Nunes no julgamento do MS 9.077, anteriormente citado, há decisões da Suprema Corte brasileira avaliando políticas governamentais, como se pode depreender do julgamento do agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. de 03.02.2006. Nesse precedente, o Supremo impôs ao município paulista de Santo André a obrigação de fornecer vagas em creches e em pré-escolas para todas as crianças de até seis anos de idade, asseverando o Relator que,

“embora resida, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, *revela-se possível*, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, *ainda* que em bases excepcionais, *especialmente* nas hipóteses de políticas públicas *definidas pela própria* Constituição, *sejam estas implementadas* pelos órgãos estatais inadimplentes, *cuja omissão* – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – *mostra-se apta a comprometer* a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais *impregnados* de estatura constitucional”.

5. Conclusão

As teorias aqui analisadas e todas as decisões colacionadas, inseridas na lógica própria dos ordenamentos norteamericano, francês e brasileiro, indicam um evidente movimento de autolimitação dos tribunais, motivada acima de tudo pelo bom funcionamento dos arranjos institucionais. Ou seja, se o funcionamento dos poderes é adequado, não há por que promover a intervenção do Judiciário na atuação do Executivo ou do Legislativo, não há por que proporcionar a supremacia do poder eminentemente jurídico sobre as manifestações típicas da política.

As questões políticas e os atos de governo, portanto, apresentam-se como categorias pragmáticas, menos que teóricas, voltadas à harmonia entre os poderes.

Desse modo, a reflexão que resta é que, talvez, com sua supressão – ou com sua redução –, tida por muitos como um significativo avanço do Estado de Direito, tenha-se em verdade o sintoma de uma latente – ou mesmo patente – crise institucional, que ora se desloca para o Judiciário, com consequências ainda imprevisíveis. Para voltar a Tobias Barreto, o dragão parece ter voltado a seu estado inicial de serpe, mas uma serpe que ao final ninguém sabe se devorará ou será devorada.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Ministro Victor Nunes*: memória jurisprudencial. Brasília: STF, 2007.

BARRETO, Tobias Barreto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira*: 1891. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GRABER, Mark A. *Resolving political questions into judicial questions: Tocqueville's thesis revisited*. vol. 21. *Constitutional commentary*. 2004.

HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa*: memória jurisprudencial. Brasília: STF, 2007.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2003.

LONG, Marceau et alli. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15 ed. Paris: Dalloz, 2005.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, Ed. fac-similar, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

POMEROY, John Norton. *An introduction to the constitutional law of the United States*. Indianapolis/Kansas City: Bowen-Merril, 1888.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SCHWARTZ, Bernard. *A commentary on the Constitution of the United States*. part I. New York: MacMillan, 1963.

STORY, Joseph. *Commentaries of the Constitution of the United States*. v. 1. Boston: Little, Brown and Company, 1873.

Os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão

Ericson Meister Scorsim

Sumário

1. Introdução. 2. Liberdade de pensamento e de expressão. 3. Direito de informação. 4. Direito à comunicação social. 5. Liberdade de iniciativa. 6. Direito à educação. 7. Direito à cultura. 8. Direito ao entretenimento. 9. Conclusões.

1. Introdução

Os serviços de televisão por radiodifusão atingem, praticamente, toda a população, sendo a principal fonte de informações e de entretenimento dos brasileiros.

A Lei nº 4.117/62, que trata dos serviços de televisão por radiodifusão, ainda em vigor (apesar de substancialmente modificada na parte relativa às telecomunicações pela Lei nº 9.472/97), mantém o regime de delegação estatal à iniciativa privada, mediante concessão, permissão e autorização.

Segundo a lei, o serviço de radiodifusão é aquele “destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” (art. 6º, letra “d”, da Lei nº 4.117/62). Diferentemente de outros serviços de televisão, a radiodifusão é gratuita e vale-se das frequências do espectro eletromagnético para a propagação dos sinais até as residências do público destinatário das emissões.

A operação dos referidos serviços impacta diretamente os direitos funda-

Ericson Meister Scorsim é Doutor em Direito pela USP, Advogado.

mentais, entre os quais estão: liberdade de pensamento e de expressão, direito à informação, direito à educação, direito à cultura, livre iniciativa e direito ao entretenimento.

A importância do tema acentua-se ainda mais em função da evolução tecnológica com a introdução da tevê digital que possibilita um número infinito de novas aplicações em benefício dos usuários do serviço público de televisão por radiodifusão. Houve a evolução da tecnologia, contudo o direito está totalmente desatualizado.

Daí por que o presente texto se propõe a realizar o estudo a respeito da conexão normativa entre os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão.

2. Liberdade de pensamento e de expressão

A pessoa pode adotar uma representação de si e do mundo em que vive. O objeto do pensamento recai sobre a experiência de vida ou sobre assuntos fora da dimensão de tempo e espaço. Nas inúmeras relações sociais que mantém, expressa seu pensamento. No entanto, nem tudo aquilo que é pensado é exteriorizado.¹

O exercício da liberdade de pensamento não implica necessariamente sua expressão. Ou seja, há a dimensão não exteriorizada do pensamento, como também existe o campo da expressão das ideias, opiniões e sentimentos (FERREIRA, 1997, p. 179).²

¹ José Afonso da Silva (1999, p. 244) manifesta-se sobre a liberdade de pensamento da seguinte forma: “A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória – ‘é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for’. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção de mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”. Cf. Direito constitucional positivo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 244.

² Aliás, entrou em vigor a Lei nº 10.222/2001, que proíbe as emissoras de rádio e televisão de aumentarem o som nos intervalos comerciais, estratégia esta utilizada como recurso subliminar para chamar a atenção do público em relação às mensagens veiculadas.

A Constituição reconhece como direito fundamental a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV). A Carta Magna proclama, ainda, que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX). Tais dispositivos estão incorporados no capítulo destinado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. No capítulo da Comunicação Social, a CF garante que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na própria Constituição (art. 220).

A liberdade de expressão é uma posição fundamental que se dirige contra o Estado, mas que dele também requer proteção contra as ações dos particulares. Trata-se de um direito do indivíduo, servindo à sua realização pessoal e à sua integração na comunidade. Assim, qualquer concepção funcional dessa liberdade representa censura ao pensamento que desvie da concepção majoritária. (ALEXANDRINO, 1998, p. 97)

A liberdade de expressão decorre da liberdade de pensamento. Não há liberdade de expressão sem o exercício da liberdade de pensar. Igualmente, a liberdade de expressão do pensamento engloba determinadas formas de ação. Por exemplo, manifestações silenciosas mediante faixas, camisetas, adesivos etc. Também abrange a liberdade negativa de pensamento, inclusive o direito ao silêncio, o direito à não-manifestação exterior de opiniões, ideias ou pensamentos.

Jorge Miranda (2000, p. 453), ao analisar os direitos fundamentais de comunicação social, explica que: “a liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, idéias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, actos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto, o silêncio”.

O pensamento objeto de expressão não requer certos atributos como o da veracidade e da inteligibilidade. O sujeito pode expressar pensamentos falsos ou não inteligíveis. (ALEXANDRINO, 1998, p. 86)

A Constituição consagra a liberdade de expressão artística como direito fundamental (art. 5º, IX). A expressão artística engloba diversas atividades: música, dança, artes plásticas, teatro, literatura etc.

Mas qual a razão da autonomia da liberdade artística diante da liberdade de expressão do pensamento?

Segundo José Afonso da Silva (1999), a liberdade de expressão artística foi concebida de modo a evitar os condicionamentos colocados sobre a liberdade de manifestação do pensamento no regime constitucional anterior, que estavam fundados na proteção à moral e aos bons costumes. Assim, a afirmação da liberdade artística como conteúdo da liberdade de manifestação do pensamento acaba contaminando reciprocamente esses dois fenômenos jurídicos, tendendo a desnaturar o fenômeno artístico em razão da excessiva restrição em seu âmbito normativo. Por outro lado, conforme salienta o mesmo autor, a liberdade de expressão artística é uma das modalidades de expressão da cultura, conforme dispõe a Constituição Federal (arts. 215 e 216).

As normas constitucionais que consagram a liberdade de expressão são as mais abertas possíveis, pois envolvem o centro da criatividade humana. (BORN HOLDT, 2001, p. 55)

Ademais, tal conteúdo não é dado expressamente pelo texto constitucional; ao contrário, o seu âmbito de proteção é desenvolvido pela teoria e pela jurisprudência.

Os limites à liberdade de expressão encontram-se na própria Constituição, advindo, em regra, de outros direitos fundamentais (direito à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem, estados de exceção, bem como restrições provenientes da organização dos meios de comunicação

social e dos direitos da criança e do adolescente). (Cf. BASTOS, 2000, p. 43-51)

Na hipótese de não haver uma limitação explícita à liberdade de expressão, o intérprete há de se socorrer de uma interpretação constitucional sistemática. A restrição legislativa à liberdade de expressão não pode ser feita por exigências da moral, ordem pública e bem-estar social. A delimitação pode ser feita, desde que respeitado o seu núcleo essencial tal como definido pela Constituição. (Idem, p. 94)

Segundo Maurício Ribeiro Lopes (1998, p. 296-297), as limitações à liberdade de expressão podem ser de duas espécies: limites decorrentes da própria natureza técnica do meio enquanto comunicação social, como o rádio e a televisão, efetuadas por ondas limitadas, resultando no regime de concessões ou permissões, e limites impostos pela necessidade de convivência com outros direitos fundamentais.

A liberdade de expressão do pensamento pode ser exercida das mais variadas formas e meios, como, aliás, reconhece a nossa Constituição.³

Por sua vez, a regulação do exercício da liberdade de expressão há de considerar a natureza do meio de difusão do pensamento. Existem alguns meios de transmissão imediatamente disponíveis ao alcance da pessoa e aqueles que não o estão. Por diversas razões (econômicas, jurídicas, técnicas, culturais e políticas, entre outras), o acesso a determinados meios para a expressão do pensamento é restringido. Assim, a título hipotético, a eventual cessação da atividade de televisão em nosso País de modo algum tolheria o exercício da liberdade de expressão, pois as pessoas poderiam,

³ A liberdade de expressão tem campos particulares de manifestação. É o caso, por exemplo, do direito à cultura, que nada mais é do que a liberdade de expressão no campo cultural. A proteção constitucional recai sobre diversas manifestações culturais constituintes da sociedade brasileira, como é o caso das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (CF, art. 215, § 1º). Cf. SILVA, 2001, p. 46-52.

mediante outros meios de transmissão, vir a expressar seus pensamentos.⁴

Resta saber se da liberdade de expressão é possível extrair o *direito à criação de emissoras de televisão*. No Direito brasileiro, alguns doutrinadores têm sustentado a existência de verdadeiro direito à criação de estações de televisão de âmbito local. Vera Lopes (1997, p. 319-320) reconhece a possibilidade de existirem “TVs livres”, isto é, o direito à criação e ao funcionamento de emissoras de televisão de baixa potência, sem qualquer finalidade lucrativa, destinadas à divulgação de programas culturais e educativos para a comunidade, independentemente de qualquer autorização administrativa.

Fernando Silveira (2001, p. 106-108) advoga o direito à criação de emissoras de baixa potência com fundamento na liberdade de expressão e no direito à informação, bem como à luz de uma nova leitura do sistema federativo brasileiro.

Em que pese a opinião dos respeitáveis doutrinadores, entendemos que o direito à criação de emissoras de televisão carece de intervenção legislativa, não sendo possível extraí-lo diretamente do seio constitucional. Somente o poder legislativo é que detém a competência para disciplinar a constituição de tevês.

Para além dessa questão central referente à entrada no setor de radiodifusão, mediante a constituição de estações de tevês, há outra fundamental consistente no acesso de indivíduos e grupos à programação da TV.

A falta de acesso aos meios de comunicação mediante a recusa por parte das emissoras causa prejuízos danosos à personalidade e à sociedade. Conforme expõe Nuno Souza (1994, p. 147-148):

⁴ Uma hipótese de suspensão legítima da atividade de radiodifusão consiste na declaração do Estado de Sítio nos termos do art. 139, II, da Constituição Federal. Tal dispositivo requer que o legislador defina as hipóteses de restrições relativas “à prestação de informações, e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão”.

“A recusa do direito de acesso aos meios de comunicação, como há pouco referíamos, é susceptível de prejudicar a personalidade individual, a formação da opinião pública, principalmente se se concluir que a liberdade de imprensa apenas se possibilita a um pequeno grupo de pessoas, sendo vedada, pelo menos em termos práticos, aos restantes consortes do direito; o cidadão sem meios econômicos para fundar uma empresa de imprensa acaba por sair prejudicado. Porém, com base nos direitos da liberdade de expressão e imprensa não se resolvem os problemas da falta de igualdade, tudo dependendo da política do Estado-de-Direito democrático e social; o exercício de muitos direitos fundamentais custa dinheiro e a Constituição não garante uma total igualdade de bens, pelo que subsistirá uma certa desigualdade, que se quer mínima, no valor prático dos direitos. Outra solução parece difícil: se os grandes meios de comunicação fossem preenchidos, em boa parte, com a livre expressão de opiniões privadas, diminuiria radicalmente a sua capacidade funcional; além disso, o direito de divulgação da opinião individual surge autonomizado da liberdade dos meios de comunicação.”

A Constituição do Brasil, embora não reconheça um direito genérico da coletividade, garante apenas aos partidos políticos o direito de acesso gratuito à televisão, na forma da lei (art. 17, § 3º). Com isso, o constituinte perdeu uma boa oportunidade histórica para propiciar a realização de democracia substancial no Brasil, mediante a extensão em larga escala do direito à expressão e comunicação aos mais diversos grupos sociais.⁵

⁵ Sobre esse aspecto, a Constituição portuguesa é um modelo exemplar, pois, além de assegurar o direito de antena aos partidos políticos, igualmente

A regulação dos requisitos para o acesso à televisão deve ser feita de modo a preservar o patrimônio cultural da sociedade, composto pela pluralidade de valores e crenças, direito à diferença, defesa das minorias, tolerância, discussão e crítica, entre outros. A liberdade de acesso aos meios de comunicação não impõe para o Estado a obrigação de regular adequadamente a atividade de televisão (acesso e organização); entretanto, não impõe aos particulares obrigações de pluralismo, neutralidade.

Segundo José Alexandrino (1998, p. 108-111), tais obrigações não resultam da liberdade de expressão; decorrem do ordenamento jurídico genericamente considerado, ou da proteção a outros bens protegidos constitucionalmente.

Por outro lado, outra manifestação particular da liberdade de expressão é o *direito de resposta* como modalidade de acesso à televisão. O Direito brasileiro o reconhece, mediante o seguinte texto constitucional: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, V, CF).⁶ Nesse caso, a norma constitucional está a proteger a honra ou reputação da pessoa diante de uma divulgação que agrava sua condição pessoal.

Sobre esse assunto, o jurista lusitano Vital Moreira (1994 apud FERREIRA, 1997, p. 199-200) aduz: “O direito de resposta é portanto um específico direito de expressão, ou seja, uma pretensão juridicamente protegida de fazer publicar ou difundir uma contra-mensagem no mesmo órgão de comunicação onde apareceram a público as

o garante às organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas.

⁶ Além da previsão constitucional, o direito de resposta está previsto na Lei de Imprensa da seguinte maneira: “Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico, ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação”.

declarações que tenham posto em causa o interessado”.

Segundo Fábio Konder Comparato (2000, p. 199-200), tal mecanismo de defesa há de proteger bens coletivos ou sociais, conhecidos também como interesses difusos. Não é possível que uma interpretação da norma constitucional que trata do direito de resposta conclua apenas pela proteção aos interesses individuais. Para ele, é preciso que, a partir da interpretação dos interesses difusos, o direito de resposta seja exercido diante dos controladores dos meios de comunicação social.⁷

O exercício da liberdade de pensamento pela televisão é objeto de críticas, pois com o advento dos meios eletrônicos de comunicação produziu significativa alteração na forma de percepção do mundo pelas pessoas. É que a linguagem televisiva é pautada pela imagem. Em razão dessa natureza, instaura-se uma nova forma de percepção da realidade (REALE, 1999).⁸

Marshall McLuhan (2006, p. 346, 379) explica que a imagem televisiva ocasiona a sinestesia nas pessoas, isto é, a unificação dos sentidos. Trata-se de um meio menos visual do que tátil-auditivo, ao contrário dos meios marcados pela tipografia. A própria velocidade da linguagem utilizada pela televisão não é muito propícia à expressão do pensamento. Todo e qualquer pensamento exige tempo. A reflexão é um ato que se prolonga no tempo. No entanto, a fórmula de linguagem adotada pela televisão, sobretudo ancorada em imagens, torna

⁷ O Código de Defesa do Consumidor impõe a realização de contrapropaganda no caso de publicidade enganosa ou abusiva em prejuízo ao consumidor (art. 60). A extensão do direito de resposta para a proteção de interesses difusos é proposta por Fábio Konder Comparato (2000).

⁸ Para Miguel Reale (1999 apud MARTINS, 2000, p. 49-89): “Além disso, entre as múltiplas conseqüências resultantes do impacto dos meios eletrônicos de comunicação sobre a sociedade, mister é reconhecer que eles determinaram e continuam determinando notáveis mudanças na apreciação geral dos acontecimentos, desde os econômicos aos artísticos, criando uma situação instável no plano da sensibilidade e da ação”.

impraticável o ato de pensar. (BOURDIEU, 1997, p. 38-41)

A liberdade de pensamento, a liberdade de consciência e de expressão, segundo José Alexandrino (1998, p. 92-93), juntamente com os mais básicos direitos sociais constituem o núcleo que conduz a todos os demais direitos fundamentais. São liberdades que promovem a concretização mais próxima do princípio da dignidade da pessoa humana.

A seguir, a reflexão sobre o direito de informação.

3. Direito de informação

O direito de informação foi incorporado na Constituição de 1988, que o reconheceu como um direito fundamental de caráter individual e coletivo: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício fundamental” (art. 5º, XIV).

Em outra parte, a Constituição prevê: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220). A Carta preceitua ainda o seguinte: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...” (art. 220, § 1º).

A análise do direito à informação requer o detalhamento dos direitos que o compõem.

Primeiro, o direito de informar, cujo sentido é o de possibilitar a todos a comunicação de informações, sem obstáculos ou discriminações. Ou seja, garantir a livre recepção da informação pelo público.

Segundo, o direito de se informar, cujo significado é o da possibilidade de todos procurarem informações, sem obstáculos ou discriminações. Aqui, a primazia é na liberdade de escolha dos indivíduos e organizações quanto à busca da verdade.

Terceiro, o direito de ser informado, que representa a liberdade quanto ao recebimento de informação, bem como o direito de manter-se informado, sem obstáculos ou discriminações. (ALEXANDRINO, 1998, p. 116)

A identidade do direito à informação passa, necessariamente, pela compreensão da diferença com a liberdade de expressão. O fator distintivo consiste no conceito de informação. Esta pressupõe a comunicação de uma dada mensagem, referente a fatos, dados ou conhecimentos, entre emissor e receptor. Ou seja, a informação exige a comunicação de mensagens vindas do mundo exterior que são por si mesmas comunicáveis. (FERREIRA, 1997, p. 68)

É preciso distinguir a liberdade de expressão da liberdade de informação. O conteúdo da liberdade de expressão é constituído pela transmissão tanto de ideias quanto de opiniões. Por sua vez, o conteúdo da liberdade de informação é formado pelos fatos. (CARVALHO, 1999, p. 25)

O problema está em que, muitas vezes, na comunicação pela televisão, veiculam-se misturadamente fatos e opiniões. A mera opinião é em muitos casos apresentada como fato, o que acarreta a construção de realidades meramente virtuais. Quanto à verdade, a conclusão é no sentido de que ela será mais facilmente alcançada mediante um pluralismo informativo. Quer dizer, mediante a institucionalização de diversas fontes será possível se aproximar melhor do ideal de objetividade da informação, separando o fato da versão apresentada por alguém nela interessado. (PEREIRA, 2002)

A diferenciação entre as mensagens veiculadas pelos meios de comunicação pode ser apurada por um critério finalístico.

Segundo Guilherme Pereira (2002, p. 67-68): “Seguindo esse critério finalístico, teríamos, num primeiro plano, a informação jornalística propriamente dita (atualizadora e pedagógica ou instrutiva), a informação publicitária ou propagandística e a recreativa ou de entretenimento”.

Em um segundo plano, segundo o autor, em relação à informação propriamente editorial, haveria a seguinte classificação: “expressão de idéias (concepções gerais, teorias, doutrinas, opiniões...), opinião crítica (sobre condutas, pessoas, fatos ou instituições) e narração de fatos.” (Idem)

Mas quais são os atributos da informação para que ela seja comunicável?

José Alberto de Melo Alexandrino (1998, p. 118-121) elenca os seguintes atributos: a inteligibilidade da informação, a sua utilidade social, a veracidade e a observância de padrões formais.

Conforme o autor, a informação pressupõe a sua respectiva inteligibilidade. Isso quer dizer que a informação deve ser percebida e compreendida. Tal operação exige um esforço intelectual que possibilite a adequada transformação da informação bruta em matéria cognoscível. Um dos problemas atuais da sociedade contemporânea reside em que a mera veiculação dos fatos é insuficiente para a compreensão por parte dos receptores. É necessário que as informações complexas, sobretudo as de cunho técnico, sejam traduzidas para o público leigo. O direito à informação passa a pressupor o direito à explicação. (SECLAENDER, 1991)

A informação pressupõe a sua utilidade social. A informação deve ser observada antes como uma realidade espiritual e imaterial que como um bem material. Essa é uma perspectiva normativa, pois não se ignora que a informação tornou-se mercadoria vendida por um preço no mercado. No entanto, o valor real da informação não se mede por um critério econômico. As informações mais valiosas na maior parte das vezes são aquelas obtidas de graça ou por poucos reais (Idem, p. 13-14). Nem toda a informação representa um interesse público que, aliás, não se confunde com o interesse do público. O interesse público representa uma noção normativa diferente do interesse concreto das pessoas. A questão da relevância da informação para a sociedade é definida por códigos éticos que norteiam

o trabalho dos profissionais, sobretudo voltados para a respectiva produção e transmissão de notícias.

A informação pressupõe a veracidade. A informação há de traduzir a realidade objetiva, razão pela qual se exige o máximo de diligência na coleta e organização dos dados obtidos.

Segundo o Tribunal Constitucional alemão, está excluída do âmbito normativo da liberdade de expressão a falsa informação.⁹ Essa é a diferença substancial entre o direito à informação e a liberdade de expressão, como dito acima.

Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 48) entende que: “Em nosso Texto Constitucional não se vislumbra a plenitude do direito de ser informado, vale dizer, de ser mantido adequada e verdadeiramente informado pelos meios de comunicação”.

Ora, tal recusa à normatividade do direito à informação nos meios de comunicação social é, com o devido respeito, bastante conservadora, ao ignorar a plenitude dos efeitos das normas constitucionais. É certo que a Constituição não diz expressamente sobre o direito à informação verdadeira, afastando-se, com isso, de alguns modelos constitucionais modernos, porém isso não quer significar que ele não exista. (SILVEIRA, 1999, p. 37)

Domingos Dresch da Silveira explica:

“Não há como deixar de admitir que a informação inverídica, seja a que contraria diretamente a realidade objetiva, seja a que manipula, através de montagens, imagens ou fatos criando situação inexistente, contraria a legalidade, bem como a moralidade, pois

⁹ É o que mostra Rodrigo Bornholdt (2001, p. 224): “Para o Tribunal Constitucional Alemão não se protegem fatos sabida ou provadamente inverídicos. O mesmo entendimento possui a Suprema Corte norte-americana. Já as opiniões são amplamente protegidas, ainda que sem fundamentação. Elas só deixarão de prevalecer quando colidirem com outros direitos fundamentais e bens jurídicos com *status* constitucional e, após a adequada ponderação, conceder-se proteção a estes últimos”.

a mentira nunca será, em se tratando de comunicação social, moralmente aceitável". (Idem)

De acordo ainda com o referido autor, outro fundamento que exige a veiculação de informações verdadeiras consiste no princípio constitucional que rege a programação da televisão, o qual determina o respeito aos valores éticos da pessoa e da família. Assim, por mais abstrato que seja o referido princípio, é certo que ele veicula a obrigação de a informação transmitida ser verídica, pois, caso contrário, há ofensa aos valores éticos da pessoa e da família. (Ibidem)

O direito à informação verdadeira junto às emissoras de rádio e televisão fundamenta-se, ainda, no direito do consumidor de receber serviços públicos de modo adequado, conforme determina o art. 6º, X, e 22 do Código de Defesa do Consumidor. (SILVEIRA, 1999, p. 167-168)

A informação deve observar certos padrões formais. Como revela Eugênio Bucci, um editor ou um diretor de redação tem à sua disposição inúmeras alternativas para a divulgação de uma dada informação. Os jornalistas precisam a toda hora decidir qual informação será divulgada, com qual ênfase, quando e com que fundamento. Daí a necessidade de um código deontológico de orientação para os profissionais que trabalham com a produção e veiculação de informações. Há o direito de o público saber qual o método de trabalho que orienta a produção e a divulgação da notícia. (BUC-CI, 2000, p. 42, 43 e 47)

Por outro lado, antigamente, o direito de estar informado pertencia apenas à órbita jurídica dos jornalistas, a fim de melhor exercer o seu mister de intermediário no processo informativo. Contudo, essa perspectiva individualista foi cedendo espaço a uma dimensão supraindividual. Desse modo, atualmente, o direito de informação, além de pertencer ao indivíduo, pertence igualmente ao público.¹⁰

¹⁰ Maurício Ribeiro Lopes (1998, p. 269-303) esclarece que: "Entretanto, a atual dimensão da informação

é um bem imaterial produzido por pessoas físicas. Não é uma criação de uma pessoa jurídica. Há, portanto, uma aparente incompatibilidade entre o direito de informação e atribuição de sua titularidade à pessoa coletiva. Ocorre que essa incompatibilidade é relativa, pois é preciso verificar a questão de um outro ângulo. O problema deve ser resolvido a partir da liberdade de imprensa, de iniciativa e da liberdade de comunicação social. Nessa perspectiva, é possível assegurar à empresa o direito de informação.

A liberdade de informação dos jornalistas encontra-se limitada pela liberdade da empresa informativa.

Alguns sustentam, inclusive, a necessidade de separação entre o controle editorial e o controle empresarial, a fim de assegurar a efetivação da liberdade de informação jornalística.

Outros sustentam o dever de respeito, por parte do jornalista, à ideologia imprimida pelo proprietário do meio de comunicação (com fundamento na liberdade de empresa que lhe assegura o poder de direção do empreendimento), desde que observada a esfera estritamente profissional do jornalista, vedando-se, assim, que o empresário imponha um dado tratamento especial à divulgação das notícias ou até mesmo pratique uma censura privada. (Cf. CARNOTA, 1989, p. 21-33)

Não só a ideologia do proprietário da empresa de comunicação está protegida pelo âmbito normativo da liberdade de expressão, mas sobretudo as diversas ideologias espalhadas pela sociedade. A liberdade de informar é um direito mais denso que a liberdade de empresa, conforme se extrai de nossa Constituição, assegurando ao profissional da informação a recusa ao cumprimento de determinadas orientações que contradigam com deveres legais ou se-

na vida dos cidadãos, com reflexos em seu comportamento, em sua consciência social e política e até em seus hábitos de consumo, torna o direito à informação algo pertencente ao público".

jam contrárias às suas convicções políticas, religiosas ou sexuais (Idem, p. 221-228). Na hipótese de conflito entre os direitos fundamentais de liberdade da empresa e dos jornalistas, não há uma resposta em abstrato. É no caso concreto, com toda a riqueza de suas circunstâncias, que será feita a ponderação dos bens constitucionais em conflito.

Os limites do direito à informação são dados pelos pressupostos e atributos que constituem o conceito de informação. Daí por que se entende que o direito de informação é mais restringido que a liberdade de expressão. E mais, a delimitação do direito em análise há de decorrer de uma interpretação sistemática da Constituição a partir da análise dos diversos tipos de mensagens, bem como os demais direitos e liberdades fundamentais e os princípios e valores constitucionais.

A liberdade de informação jornalística é conformada de acordo com o seguinte dispositivo constitucional: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX). Dispõe, ainda, a Constituição que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (§ 1º do art. 220), bem como veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º).

A liberdade de informação jornalística é, portanto, positivada sem a possibilidade de restrição legislativa. As possíveis restrições decorrem do próprio texto constitucional. A eventual lei restritiva à liberdade de informação apenas detalhará uma restrição efetável no âmbito constitucional. A lei terá o efeito de declarar os limites ao exercício do direito fundamental estabelecidos em nível constitucional. No plano abstrato, não é possível apontar, em termos legislativos, a solução para o conflito entre a liberdade

de informação e outros bens constitucionalmente protegidos. No caso concreto é que será resolvido o problema jurídico.¹¹

A singularidade da televisão requer a análise da possibilidade de serem veiculadas mensagens por esse meio de comunicação social. É que as mensagens televisivas demandam a satisfação dos requisitos da informação. Ora, a comunicação pela televisão é, hegemonicamente, constituída por imagens. Estas não traduzem adequadamente as informações.

José Alberto de Melo Alexandrino (1998, p. 132) explica que o discurso televisivo produz os seguintes efeitos perversos:

“1º) dissolve a inteligibilidade e estruturação da mensagem; 2º) reduz os níveis de objectividade e contextualização espaço-temporal da realidade narrada; e 3º) introduz uma perturbação emotiva que opera sobre a atenção do receptor”.

Conclui o autor que a televisão pode servir à expressão do pensamento, porém dificilmente serve à causa da informação.

Além disso, a reflexão sobre as informações exige tempo; contudo, o discurso televisivo é construído a partir de intensa velocidade de imagens. As notícias vei-

¹¹ Rodrigo Meyer Bornholdt (2001, p. 250) expõe: “Quanto à possibilidade de restrição de direitos no caso de colisões entre direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei, deve-se ressaltar a posição de alguns, que defendem não poder o legislador previamente regulamentar um conflito cuja solução, pela vontade constitucional, caberia unicamente ao Judiciário. Segundo Ulli Rühl, os direitos fundamentais positivados sem reserva de lei necessitam, para sua restrição, de uma fundamentação especial (*besonderen Begründung*). A metódica estruturante, sem discordar desse posicionamento, analisa-o com cuidado maior. Se a norma constitucional é positivada sem a possibilidade de restrição, serão apenas textos de normas constitucionais que poderão restringir esse direito. Tudo o que terá por consequência que a lei restritiva apenas balizará uma restrição realizada já ao nível dos textos constantes (e dos âmbitos normativos construídos) da Constituição. Em outras palavras, a lei restritiva terá um puro efeito declaratório de uma restrição que se opera por força de uma colisão decidida com base em dados constitucionais, e cuja solução não poderá ser conhecida senão a partir da resolução do caso concreto. Assim, por exemplo, enquanto no direito alemão um direito ‘geral’ à honra pessoal,

culadas pela televisão, em muitos casos, estão acontecendo no mesmo instante. As informações tornam-se indiferentes para os emissores e para os telespectadores, razão pela qual, para elas serem percebidas, são usados mecanismos de sensacionalismo. A audiência, para ser atraída, é motivada por um discurso emotivo.¹² A televisão, ao agir sobre os sentidos, é mais eficaz em relação à sensibilidade que a inteligência. (TÁVOLA, 1984, p. 11)

O direito de informação não produz o direito à criação ou ao acesso à televisão. Entretanto, o direito à recepção da informação implica o dever de o Estado oferecer a garantia quanto ao pluralismo, diversidade de fontes, bem como remover os óbices ao gozo desse direito. A norma que trata do aludido direito não produz diretamente o direito à criação de meios materiais para a produção e veiculação mediante a televisão. (Idem, p. 58)

O direito à informação atinge diretamente a prestação do serviço de televisão. A regra que o assegura impõe à atividade de televisão o conteúdo informativo. O legislador tem a tarefa de estipular o modo pelo qual tal conteúdo chegará até o público. Em havendo violação da regra pelas

legalmente traçado, poderá limitar a liberdade de expressão (dependendo sempre do caso concreto), por haver expressa autorização constitucional para tanto (art. 5º, II), o tipo legal da injúria apenas restringirá o direito à liberdade de expressão artística, garantido sem reserva de lei, quando corresponder a um traçado constitucional do direito à honra. Tratar-se-á, nomeadamente, daquelas situações em que, no caso concreto, o direito à honra surja como manifestação da *dignidade humana, ou do direito geral de personalidade*, já que é apenas nessas duas situações que, como se verá, o direito à honra é protegido constitucionalmente. Consequência disso, na metódica estruturante, será que a lei autorizada constitucionalmente a restringir um determinado direito fundamental, não poderá restringir o âmbito normativo de outro direito, com aquele colidente ou concorrente, caso não haja, quanto a este último, reserva de lei igualmente fixada na Constituição. Em outras palavras, o parâmetro para a restrição de direitos sem cláusula de reserva será, sempre, um outro direito constitucional”.

¹² Sobre a influência da televisão na capacidade de reflexão das pessoas, Cf. MENDES, 1996, p. 111-117.

emissoras, sanções deverão ser aplicadas aos responsáveis.

4. Direito à comunicação social

O direito de comunicar encontra-se amparado na norma constitucional que prevê a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), bem como naquela que estabelece a expressão da atividade de comunicação (art. 5º, IX). Encontra-se especificamente regulado no capítulo destinado à Comunicação Social (arts. 220 a 224).

A liberdade de comunicação social nasce a partir da noção de liberdade de expressão, porém com ela não se confunde. É o que esclarece Jorge Miranda (2000, p. 456-457 apud FERREIRA, 1997, p. 205):

“embora estreitamente relacionadas, liberdade de expressão e liberdade de comunicação social não se confundem. A liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas – a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espectáculo etc. Em contrapartida, a liberdade de comunicação social ou, em geral, a problemática da comunicação social têm que ver com outros valores, como a liberdade de religião, a liberdade de associação ou a liberdade de associação política e sindical, em geral com o pluralismo.”

Aluísio Ferreira preleciona ainda que os direitos à informação e à comunicação têm em comum o objetivo mediato – a informação, bem por excelência sobre qual cada um irradia seus efeitos. No entanto, a diferença entre os direitos fundamentais reside no objeto imediato, eis que o direito à informação consiste nas faculdades de colher e receber informações; por sua vez o direito à comunicação requer as faculdades de colher, receber e comunicar, pois a

comunicação demanda imperiosamente o compartilhamento de informações. Para ele, “direito à comunicação significa direito a ter e a compartilhar informação, logo, o sujeito está no pleno gozo do seu direito quando dispõe da informação (por havê-la buscado ou recebido) e a transmite ou comunica”. (Idem, p. 168)

Jorge Miranda estabelece um quadro comparativo entre a liberdade de comunicação social, a liberdade de expressão e a liberdade de informação, dispondo da seguinte forma: “A liberdade de comunicação social congloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, com três notas distintas: a) A pluralidade de destinatários, o caráter coletivo ou de massas, sem reciprocidade; b) O princípio da máxima difusão (ao contrário da comunicação privada ou correspondência, conexo com a reserva da intimidade da vida privada e familiar); c) A utilização de meios adequados – hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética”. (Ibidem, p. 460)

A partir da afirmação normativa do direito à comunicação social é que deve ser interpretado o estatuto da radiodifusão.

No Brasil, o regime jurídico da televisão por radiodifusão conta com um estatuto especial a seguir detalhado.

A Constituição tem todo um capítulo dedicado à comunicação social. Confere-se à comunicação social o *status* de garantia, especialmente dos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e de informação. Há o tratamento em conjunto dos meios de comunicação social, incluindo a tradicional imprensa escrita (SILVA, 1999, p. 249). Estabelece-se, ainda, um regime mais rígido de regulação para o caso das emissoras de rádio e de televisão, com a adoção de princípios para a respectiva programação. E preceitua-se a plenitude da liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação, proibindo qualquer espécie de censura.

A CF permite a qualificação da atividade de televisão na modalidade de radiodifusão como serviço público de titularidade da União que pode ser explorado pelos particulares mediante a obtenção de concessão ou permissão. Isso, no entanto, não significa que todo serviço de televisão possa ser qualificado como serviço público.¹³ Ao final, prevê a instituição do Conselho de Comunicação Social como órgão de colaboração do Congresso Nacional.¹⁴

Em seguida, a reflexão sobre a livre iniciativa no campo da radiodifusão.

5. Liberdade de iniciativa

A Constituição consagra o valor social da livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170).

Tal liberdade deve ser compreendida à luz do princípio da livre concorrência (art. 170, IV).

A liberdade de iniciativa econômica em sua modalidade liberdade de empresa manifesta-se pela possibilidade de a empresa concorrer no mercado com outras que operam no mesmo setor econômico.

Trata-se de um direito fundamental autônomo em face do princípio da livre concorrência. É possível que exista a liberdade de empresa ainda que não haja a livre concorrência no mercado. Paradoxalmente, sob uma perspectiva liberal, a livre concorrência limita a liberdade de iniciativa. Para assegurar a livre concorrência, a Constituição impõe ao legislador a tarefa de reprimir o abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da própria concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º). A edição de leis *antitrust* tem exatamente o propósito de assegurar a concorrência no mercado de

¹³ Para a compreensão da problemática, Cf. SCORSIM, 2008.

¹⁴ Uma das diferenças do modelo brasileiro de comunicação social em relação ao português é a outorga do direito de antena apenas aos partidos políticos.

todos contra todos, mediante a intervenção estatal. Além disso, a Constituição impõe ao Estado o dever de regular a atividade econômica, mediante ações de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

A Constituição dedica todo um capítulo à Ordem Econômica, que, no entanto, para ser aplicado exige do operador jurídico a atenção às demais normas constitucionais (HORTA, [s./d.], p. 7-27). A CF é uma obra do Poder Constituinte, construída pelas mais diferentes forças políticas em atuação no cenário social. Como ela é resultado de um compromisso entre essas forças, vem a cristalizar os mais diversos interesses econômicos, políticos e sociais. Não é fruto de uma única ideologia, mas o produto de diversas que dominavam o cenário nacional no contexto de 1988. Houve, assim, a adoção de um regime econômico definitivo para o País, qual seja, o sistema capitalista. Contudo, tal modelo foi influenciado por outros valores. Existem consagrados valores antagônicos, como, por exemplo, o princípio da livre iniciativa e o da iniciativa pública, incluído aí o serviço público. (BARACHO, 1997, p. 7-36)

A livre iniciativa constitui-se em fundamento da ordem econômica; no entanto, deve ser concretizada com o objetivo de atingir uma existência digna a todos.

Trata-se, portanto, de uma liberdade que se consubstancia em instrumento de atingimento da existência digna. São as pessoas as responsáveis pela direção de suas próprias vidas, significando isso escolher entre as alternativas na busca da satisfação de seus interesses. A livre iniciativa é um valor social, razão pela qual a ação de uma pessoa também é vista como instrumento de realização dos direitos fundamentais dos demais indivíduos.

Além disso, como revela Eros Roberto Grau (1997, p. 224), a liberdade de iniciativa econômica não pode ser compreendida exclusivamente como “liberdade de desenvolvimento da empresa” ou como “princípio do liberalismo econômico”. É que a

liberdade de iniciativa econômica é muito mais ampla, pois abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas. E mais, com bastante clareza o autor explica que a liberdade de iniciativa econômica não está ligada exclusivamente à propriedade, mas também ao trabalho. (Idem, p. 223)

Por outro lado, José Afonso da Silva (1999, p. 767) entende que a liberdade de iniciativa econômica abrange a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.

José Alberto de Melo Alexandrino (1998, p. 153) ensina que a liberdade econômica apresenta diversas espécies: a) liberdade de contratar; b) liberdade de trabalho; c) liberdade de empresa; e, d) liberdade de consumo. Em sentido estrito, a liberdade econômica abrange tão-somente a liberdade de produção – iniciativa individual ou coletiva tendente à satisfação de necessidades – e a liberdade de consumo – atividade de satisfação das necessidades das pessoas.

Eduardo J. Rodriguez Chirillo (1995, p. 83-158) desenha os contornos da liberdade de empresa da seguinte forma:

“A liberdade de empresa pode ser conceituada como todo o direito a empreender e combinar os meios de produção na ordem de produção, transformação, ou distribuição de bens e serviços, estabelecendo sua organização e exercendo sua direção. A singularidade da liberdade de empresa é representada pela organização, reunião e combinação dos fatores de produção no exercício de atividades.”

A adoção de mecanismos de competição parte do pressuposto de que esse modelo é a melhor garantia dos direitos fundamentais – políticos e econômicos (VICIANO PASTOR, 1995, p. 37-114). A competição não é um valor absoluto, pois existem determinados casos em que a Constituição permite a concentração de empresas em dado setor econômico. As modificações sociais operadas por

novas tecnologias permitem a remodelagem dos serviços públicos. Atualmente, em determinados casos, é possível conciliar a regulação dos serviços públicos, por meio da competição entre os agentes econômicos que desempenham a atividade, objeto de concessão ou permissão. Há a tendência de a competição ser utilizada como instrumento de regulação dos serviços públicos e, assim, promover a reconstrução do mercado. (ARINO ORTIZ, 1993, p. 340)

Alguns autores advogam a tese de que a liberdade de empresa no campo da comunicação social acaba por negar a liberdade de expressão. Afirma-se que o efetivo acesso ao meio de comunicação para expressar ideias ou sentimentos é negado em razão da lógica de mercado que preside a empresa informativa. Outro argumento é o de que a informação é um bem público, razão pela qual não poderia ser apropriado por empresas privadas de comunicação. (Idem, p. 46-60)

Fábio Konder Comparato (2000, p. 183-201) é um dos defensores da total estatização dos meios de comunicação social. O autor sustenta que a comunicação social, em uma sociedade democrática, é matéria de interesse público, quer dizer, pertence ao povo, razão pela qual não é admissível a apropriação privada dos meios de comunicação de massa. Outro fundamento é o da radical incompatibilidade entre o sistema capitalista com a democracia (o regime econômico é por natureza oligárquico). E, por último, a necessidade de superação da dicotomia sociedade civil – Estado.¹⁵

¹⁵ Para o professor Comparato (1996, p. 38-54), a empresa capitalista não pode cumprir a tão sonhada função social, eis que a mesma está voltada radicalmente para a obtenção de lucros. Ele diz: “Na verdade, a idéia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o vício lógico insanável da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento”. Essas ideias emba-

propõe o jurista a proibição da organização dos veículos de comunicação sob a forma de empresa capitalista, devendo-se adotar a forma de associações sem fins lucrativos, cooperativas ou fundações públicas ou privadas. A estrutura de poder dessas entidades seria desconcentrada, a fim de possibilitar a gestão democrática pelos interessados. Advoga-se, ainda, o livre acesso às vias de comunicação, mediante a ampliação do direito de resposta e a introdução do direito de antena.

Em postura de contestação, Guilherme Doring Cunha Pereira (2002, p. 43-63) apresenta suas críticas à referida proposta para a regulação dos meios de comunicação social, concluindo que: a) a informação não pertence à *res publica*, mas tão-somente aos meios de comunicação social – a apropriação privada dos benefícios econômicos que a informação proporciona não é incompatível com a natureza pública do bem; b) não é razoável a exclusão das empresas privadas em geral do campo da comunicação social – o Estado, em vez de excluir, deve exigir que as empresas cumpram com sua função social; c) não é aconselhável a separação entre o controle editorial e o controle empresarial – restrição a que o empreendedor não possa dar a orientação que aspira ao seu empreendimento conduz à asfixia da própria iniciativa; d) a iniciativa econômica privada no campo da comunicação social, no atual estágio de complexidade e desenvolvimento da sociedade brasileira, é uma necessidade inafastável – pode-se dizer que a liberdade de expressão depende da liberdade de iniciativa econômica.

É importante que tanto a posição de Fábio Konder Comparato quanto a de Guilherme Pereira sejam analisadas à luz do Direito constitucional alemão, na interpretação dada pelo Tribunal Constitucional. Na Alemanha, a Lei Fundamental reconhece a liberdade de emissão de televisão;

saram a proposta do Partido dos Trabalhadores de democratização dos meios de comunicação social no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte.

não faz, entretanto, remissão expressa à televisão privada (radiotelevisão). Apesar disso, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência da televisão privada. (PAZ, 1994, p. 46-65)

Inicialmente, entendia-se que a Constituição não exigia o monopólio público da atividade de televisão, tampouco a gestão direta por entidades públicas, seja em nível federal, seja em nível estadual. Note-se, ainda, que uma das características do federalismo alemão é a efetiva repartição de competências em matéria de televisão entre os *Länder* (Estados). Admitiu-se a gestão privada da atividade de televisão, desde que fosse assegurada a oportunidade de participação de todas as forças sociais relevantes. Reconheceu-se a competência do legislador para disciplinar o sistema de televisão em garantia do pluralismo, equilíbrio, objetividade e impugnação da programação. Além disso, a jurisprudência constitucional adotou o critério da orientação pessoal dos direitos fundamentais. Quer dizer, o âmbito normativo dos direitos fundamentais serve para proteger pessoas físicas, razão pela qual desaparece a dimensão pessoal e são ampliadas as possibilidades de intervenção legislativa. (Idem)

Em segundo momento, o Tribunal, ao apreciar a questão da constitucionalidade da lei da Baixa Saxônia, que instituía a radiotelevisão privada, não declarou sua inconstitucionalidade, apenas fez uma diferenciação entre os papéis da televisão pública e privada. Considera-se que essa decisão é o fundamento jurídico para a implantação do sistema dual de televisão (pública e privada) (Ibidem). Debateu-se intensamente em torno da repartição de funções entre a televisão privada e a televisão pública, sobretudo quando o Tribunal Constitucional chegou a se posicionar no sentido de que cabe à televisão pública a responsabilidade de assegurar a prestação fundamental de televisão (*Grundversorgung*), enquanto a televisão privada tem uma função complementar dentro do sistema. Tratava-se de saber se as obrigações

decorrentes da Constituição para a televisão aplicam-se uniformemente aos canais públicos e privados. (PAZ, 1994, p. 46-65)

Primeiro, a televisão pública deve adotar o meio técnico que garanta a recepção pela generalidade da população. Isso significa que a televisão pública requer a adoção do serviço de radiodifusão por ondas terrestres, excluindo-se a televisão por satélite e por cabo. (Idem)

Segundo, é preciso estabelecer um conteúdo mínimo da programação, compatível com a função essencial da radiodifusão em um Estado democrático, principalmente a cultura do país. Tal tarefa só pode ser conduzida pela televisão pública, uma vez que não está orientada pela publicidade comercial e pela obtenção de índices de audiência. (Ibidem)

Terceiro, exige-se uma adequada organização dos procedimentos, que assegurem um equilibrado pluralismo na transmissão das diferentes correntes de opinião. A prestação fundamental de televisão (*Grundversorgung*) não significa uma repartição de programas entre a televisão pública e a privada, de modo que apenas a televisão pública dela se ocupe, reservando-se à televisão privada programas que não tenham esse caráter de prestação essencial. É possível que a própria televisão pública transmita programas atrativos para as massas. (PAZ, 1994, p. 60-61)

À luz dessas considerações, é possível apresentar as seguintes conclusões:

a) a Constituição brasileira impõe ao Estado o dever de garantir o sistema de comunicação social, de modo a observar o princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privados, públicos e estatais;

b) há a garantia de desenvolvimento do sistema de comunicação social de forma a proteger o processo de comunicação da sociedade brasileira;

c) isso implica no dever de o Estado criar e manter emissoras de televisão estatais e garantir a existência das públicas;

d) não há proibição da operação de televisões por empresas privadas;

e) mesmo as empresas privadas de televisão estão constitucionalmente obrigadas a ofertar programação de forma a respeitar o princípio do pluralismo equilibrado, permitindo a transmissão das diversas opiniões existentes na sociedade;

f) em outras palavras, o serviço de televisão não é propriamente nem do Estado, nem dos proprietários de empresas de comunicação, mas sim da sociedade. Todo e qualquer veículo de comunicação, estatal ou privado, está condicionado à observância de um conteúdo mínimo fixado pela Constituição.

A título de conclusão, a liberdade constitucional de iniciativa não é capaz de fundar o direito de acesso à difusão da atividade de televisão. Trata-se, em verdade, de um direito fundamental que carece de intervenção legislativa. A produção econômica de programas e a recepção ou consumo de programas e mensagens gozam de um âmbito ampliado: a primeira, por não existirem razões especiais que a devam condicionar; a segunda, por beneficiar da proteção concedida pela liberdade de recepção e pela garantia institucional do pluralismo.¹⁶

¹⁶ Para José Alexandrino (1998): “Num ponto se poderá avançar um pouco: quanto mais a iniciativa económica se aproximar da pessoa individual, mais nítido será o direito subjetivo subsistente, ao passo que, perante a grande empresa de comunicação e o poderio económico que ela assume, aquela nitidez se diluirá; por outro lado, e em paralelo, o tipo e natureza das mensagens determinarão, igualmente, a densidade do direito e a extensão dos condicionamentos ao acesso e ao desenvolvimento das actividades de emissão. Exemplificando: no primeiro caso, a televisão local (392) ou a pequena estação emissora sem fins lucrativos não devem conhecer limitações especiais, salvo a existência de razões técnicas impeditivas; no segundo caso, as televisões temáticas, como, por exemplo, as que se ocupem apenas de desporto, cinema ou formação não devem igualmente conhecer, além de condicionamentos de raiz tecnológica, condicionamentos especiais distintos de idênticas actividades (393), mas não já as televisões generalistas, as televisões que emitam informação (genérica ou especializada) (394) ou as televisões que promovam a espectáculo a vida privada das pessoas, onde – para garantia do sistema

A questão carece de intervenção legislativa para a definição do perfil do direito fundamental em questão. Conforme o autor lusitano José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 227), “o exercício dos direitos fundamentais, no espaço, no tempo e modo, só será muitas vezes (inteiramente) eficaz se houver medidas concretas que, desenvolvendo a norma constitucional, disciplinem o uso e previnam o conflito ou proíbam o abuso e a violação dos direitos”.¹⁷ No caso em questão, uma das primeiras tarefas do legislador é a resolução do conflito entre a livre iniciativa ou liberdade de empresa e o princípio do serviço público. (Cf. SCOR-SIM, 2008)

6. Direito à educação

A Constituição assegura o direito social à educação (art. 6º).

Tal direito deve ser analisado sob o contexto dos objetivos fundamentais da República do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional, a eliminação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminações (art. 3º).

Tais objetivos exigem a concretização do direito fundamental à educação.

Além disso, a Constituição prevê que a educação serve ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Igualmente, impõe como dever do Estado

de liberdades e do modelo da Constituição económica – se impõe exigências e controlos particulares”.

¹⁷ A norma que trata da livre iniciativa tem aplicabilidade diversa em relação ao serviço de radiodifusão de sons e de imagens e no do serviço de televisão a cabo. A intervenção estatal sobre a livre iniciativa é mais acentuada no caso da televisão generalista (serviço de radiodifusão de sons e imagens, que será abordado no capítulo seguinte) que em relação à televisão a cabo, o que gera um regime jurídico diferenciado. Tal questão, por falta de espaço, infelizmente aqui não pode ser abordada.

assegurar o ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208).

A adequada formação educacional do povo, considerado como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, no dizer de Friedrich Müller (1998, p. 75-77), é que permite a conscientização a respeito de sua condição existencial: descobrir-se como agente histórico e não como sujeito à história. Também possibilita a capacitação profissional, para fins de integração no mercado de trabalho. A educação conduzida de forma a respeitar o princípio da diferença entre as populações dos diversos Estados brasileiros propicia, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Mas o que é a educação?

É, conforme demonstra Maria Aparecida Baccega (2000, p. 95-96), um processo social, no qual se está inserido ao nascer, por meio do qual, por intermédio da “palavra”, são recebidas as análises da realidade feitas pelas gerações anteriores, as condutas, os preconceitos e os modos de ver e de pensar. Além dessa função receptiva, o processo educacional tem uma função prospectiva, isto é, a possibilidade de construir o novo e, assim, fazer a história. Ou, como explica Jean Piaget (apud MALISKA, 2001, p. 156-157), a educação intelectual é “o direito de ser colocado, durante a sua formação, em um meio escolar de tal ordem que lhe seja possível chegar a ponto de elaborar, até a conclusão, os instrumentos indispensáveis de adaptação que são as operações da lógica”.

Por outro lado, quanto à educação moral, conforme revela Marcos Maliska, citando Piaget (Idem), “é ainda mais evidente que, se algumas condições inatas (naturais) permitem ao ser humano a construção de regras e sentimentos morais, essa elaboração presume a intervenção de um conjunto de relações sociais bem definidas (da família, por exemplo)”. Maliska, conjugando as duas espécies de educação, afirma o seguinte:

“A educação como direito de todos, portanto, não se limita em assegurar

a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. A rigor, deve garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”.

(Ibidem)

Por outro lado, a educação não é um processo privativo da escola, pois existem outras instituições sociais, igualmente responsáveis pela aprendizagem. *Os meios de comunicação social têm, também, na forma da lei, a função de educar, embora em menor escala que o centro educacional em sentido formal.*¹⁸ Portanto, a norma que trata do direito fundamental à educação exige políticas públicas de modo a abranger a televisão como um meio importante para a sua respectiva efetivação.

Um dos pressupostos para o acesso ao conhecimento é o domínio da linguagem. Daí a importância da educação quanto ao acesso da população aos códigos linguísticos. O código linguístico de um analfabeto ou semianalfabeto está diretamente associado a estruturas mentais de pensamento limitadas, pois a pessoa, ao ser incapaz de dominar a linguagem, torna-se incapaz de abstrair e generalizar, ferramentas imprescindíveis para o desenvolvimento do raciocínio. (ROUANET, 1987, p. 312)

Apesar das disposições constitucionais, um dos graves problemas quanto ao ensino é a desvalorização do conhecimento como um bem em si mesmo. Atualmente, as políticas públicas orientam-se pelo ensino como aptidão técnica, daí a procura por cursos conhecidos como profissionalizan-

¹⁸ O legislador veio a contemplar o “ensino à distância” pela televisão, por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, dando-lhe tratamento diferenciado pela possibilidade de custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens, concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas e reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais. Tal tratamento diferenciado à “educação à distância” é definido pelo art. 80, § 4º, da Lei nº 9.394/96.

tes, seja em nível de segundo ou de terceiro grau. O conhecimento nada mais é do que uma atitude mental contemplativa diante do mundo, em vez de ser uma ferramenta à disposição da produção de utilidades. A sua importância é sintetizada de uma maneira bem singular por Bertrand Russel (2001, p. 71): “penso que a ação é melhor quando provém de uma profunda percepção do universo e do destino humano e não de ferozes impulsos passionais de autoafirmação, românticos, mas desproporcionados”. Entretanto, os novos meios de comunicação social, como é o caso da televisão, estão voltados para a ação, não para a contemplação (ENZENSBERGER, 1978, p. 75).

Edgar Morin (2000, p. 13-18) apresenta os saberes necessários no século XXI:

a) o ensino da própria natureza do conhecimento humano, sobretudo suas características cerebrais, mentais e culturais, evitando-se subestimar o erro, bem como a ilusão;

b) a ligação entre a parte e o todo do conhecimento, evitando-se o conhecimento fragmentado das disciplinas escolares;

c) o ensino da condição humana, quer dizer, apresentar o homem como ser físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico;

d) prestigiar o ensino da identidade humana, quer dizer, que os seres humanos partilham os mesmos problemas diante da vida e da morte;

e) apresentação das incertezas que estão presentes nas ciências, abandonando-se, assim, as concepções deterministas da história da humanidade;

f) ensinar a compreensão como meio e fim da comunicação humana, mostrando-se, dessa forma, as causas do racismo, da xenofobia e do desprezo;

g) ensinar a ética do gênero humano levando-se em consideração o caráter ternário da condição humana, quer dizer, que o homem é ao mesmo tempo indivíduo, sociedade e espécie, o que conduz à com-

preensão do desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e da consciência de pertencer à espécie humana.

O acesso à televisão não exige alfabetização completa, pois qualquer pessoa pode acessar seu conteúdo sem contar com uma educação formal. Daí a grande força persuasiva desse meio de comunicação sobre esse público.

Quanto às crianças e aos adolescentes, o problema é que eles estão ainda em processo de constituição da personalidade, ocorrendo a aprendizagem mediante mecanismos psicológicos de imitação e identificação. Portanto, os personagens que aparecem nas cenas da televisão podem vir a ter impacto direto sobre o comportamento dos jovens. As pesquisas sobre a violência na televisão divergem entre si; umas demonstram que a televisão influencia a conduta do público infanto-juvenil, outras dizem que não há nexo de causalidade entre a cena violenta da televisão e o comportamento violento. As organizações internacionais, que tratam de promover a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, amparadas pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança¹⁹, propõem que os países adotem medidas educativas quanto à mídia. Quer dizer, pretendem promover a capacitação dos alunos para se relacionar de uma forma participativa com a mídia, bem como compreender as mensagens por ela veiculadas. Essa função de educação

¹⁹ É relevante traduzir a parte da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, particularmente no campo da mídia, que assim se expressa: “Art. 17. Os Estados membros reconhecem a importante função desempenhada pela mídia de massa e assegurarão que a criança tenha acesso a informações e materiais de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente aquelas que objetivam a promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral, e sua saúde física e mental. Para este fim os Estados membros: a) encorajarão a mídia de massa a disseminar informações e materiais que beneficiem social e culturalmente a criança, e de acordo com o espírito do artigo 29; b) encorajarão a cooperação internacional para a produção, troca e disseminação de tais informações e materiais de

dos menores quanto à mídia é atribuída sobretudo à escola e à família e, em menor escala, aos próprios produtores de programas de televisão. A educação em mídia revela-se um importante fator de minimização dos efeitos nocivos sobre as crianças e adolescentes dos programas televisivos inadequados e de péssima qualidade, cujo conteúdo está voltado para cenas de degradação humana, sexo, violência, entre outros. (Cf. HAMMABERG, 1999, p. 35-45; FEILITZEN, 1999, p. 49-61)

7. Direito à cultura

A relação entre televisão e cultura é muito próxima, pois todo conteúdo audiovisual produzido representa um bem cultural.

A Constituição protege a cultura, porém não em sua dimensão antropológica. É o que explica José Afonso da Silva (2001, p. 35): “É importante ter isso em mente, porque a Constituição não ampara a cultura na extensão de sua concepção antropológica, mas no sentido de um sistema de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216)”.

A CF afirma o dever estatal a garantia de acesso integral ao exercício de direitos culturais e às fontes de cultura nacional, bem como o estímulo à valorização e à difusão das manifestações culturais representadas por culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e grupos participantes da civilização brasileira (art. 215, § 1º).

Além disso, a CF discrimina os bens constituintes do patrimônio cultural brasileiro, quais sejam, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações

científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos e edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216).

Como visto acima, a CF afirma que há o dever estatal de garantir o acesso ao exercício dos direitos culturais. Segundo José Afonso da Silva (2001, p. 51-52), os direitos culturais reconhecidos são os seguintes:

“(a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público”.

Existem diversas formas de expressão cultural. O correto é falar em culturas e não em cultura como fenômeno único. Há um universo cultural que precisa ser desvendado pelo intérprete, adotando-se para a identificação da cultura o critério do grupo social que a manifesta. Daí há a classificação em cultura elitista, cultura popular e cultura de massas. A *cultura elitista*, *alta cultura* ou *erudita* é aquela produzida e propagada pela elite dominante no país. São as estruturas oligárquicas que reservam a um número pequeno a fruição de bens culturais, como fator de diferenciação em relação às demais classes sociais. A cultura assume a função de identificação de um determinado bloco histórico e sua diferenciação em relação a outros grupos sociais, a partir da comunhão

várias fontes culturais, nacionais e internacionais; c) encorajarão a produção e disseminação de livros infantis; d) encorajarão a mídia de massa a ter especial consideração pelas necessidades linguísticas da criança que pertença a uma minoria ou seja indígena; e) encorajarão o desenvolvimento de orientações apropriadas a fim de proteger a criança de informações e materiais nocivos ao seu bem-estar, tendo em mente as cláusulas dos artigos 13 e 18”.

de um determinado imaginário coletivo. A cultura erudita é aquela que designa a cultura acadêmica, sobretudo refere-se à cultura artística adquirida ou aperfeiçoada em escolas de Arte nacionais ou estrangeiras. (Idem, p. 82-83)

Por outro lado, algumas considerações precisam ser feitas no que tange à *cultura de massas*. Com o advento da indústria cultural, foi possível a produção em larga escala de bens culturais para serem consumidos pela população. Laurindo Leal Filho (1988, p. 81) explica: “é apresentada como um exemplo rico de realização do ‘bloco histórico’, vinculada que é, a um só tempo, à base material da sociedade e à produção de concepções globais do mundo”.

Umberto Eco expõe os argumentos favoráveis à cultura de massas dos *mass media*. Diz que a cultura de massas não é uma forma típica do capitalismo, mas um efeito inevitável das sociedades industriais. Ela não tem a intenção de substituir o lugar da cultura de alto nível, eis que sua difusão se dá entre as camadas da população que até então não tinham acesso a formas de expressão cultural. O caráter negativo que se atribui ao papel da informação difundida pelos *mass media*, no que tange ao favorecimento de mudanças na percepção da realidade, nada mais é do que reflexo da ideologia aristocrática dos críticos dos meios de comunicação social. A massa sempre apreciou o aspecto circense, razão pela qual a mídia nada mais faz do que guiá-la nesse aspecto lúdico da vida. Não é verdade, portanto, que o entretenimento difundido é utilizado por razões de dominação social. A homogeneização dos gostos promove tendencialmente a eliminação das diferenças entre castas. A popularização das ideias mediante a difusão de obras de grande valor cultural, ainda que esgote a capacidade de assimilação, é um fenômeno próprio do consumo desta época. O acúmulo de informações e de dados fragmentados propicia a participação do homem moderno nos acontecimentos sociais. Por fim, não é

correto dizer que os meios de comunicação sejam conservadores do ponto de vista estilístico porque, ao contrário, promoveram grandes modificações artísticas. (ECO, 1998, p. 43-48)

O citado autor, agora em postura de contestação, diz que a indústria cultural não promove uma cultura autêntica, pois esta acaba sendo nivelada de acordo com o gosto do consumidor mediano. Os *mass media* destroem as características identificadoras dos grupos étnicos em razão da defesa da cultura homogênea. O público a que se dirigem os *mass media* não tem consciência sobre si mesmo, oscila conforme as leis da oferta e da procura, razão pela qual seus desejos são direcionados pela publicidade. Tais meios estimulam a percepção de questões secundárias, promove-se a banalização de símbolos e mitos. O seu objetivo é a uniformidade e planificação obrigatória das consciências, ainda que no contexto de uma sociedade de bem-estar no qual os indivíduos contam com as mesmas oportunidades no terreno cultural.

Por sua vez, a *cultura popular* é caracterizada pelo fato de nascer espontaneamente do povo, constituindo-se por um conjunto de práticas populares que unem simbolicamente os grupos sociais, geralmente aqueles localizados na base da pirâmide social. Como exemplos de cultura popular tem-se a literatura de cordel, as festas, a gastronomia, as danças, a música, os mitos, as lendas, os ritos, entre outros.

Sobre o assunto, esclarece José Afonso da Silva (2001, p. 78):

“A cultura de raiz popular forjou-se no cerne da vida simples do povo. A inventiva popular foi criando formas de fazer e de viver ao mesmo tempo em que ia construindo a essência da nacionalidade, a despeito das elites, que cultivavam a cultura erudita, a cultura das classes superiores, cultura transplantada. As culturas índias e africanas no Brasil constituem a fonte da cultura popular entre nós, ainda

que se assinala influência portuguesa em vários campos culturais; cultura transplantada que se popularizou.”

Marilena Chauí (apud SILVA, 2001, p. 77) aponta a distinção entre cultura popular e cultura do povo, pois o fato de considerar a cultura como sendo do povo não quer significar que ela simplesmente está no povo, mas, ao contrário, que ela é produzida pelo povo. Ela conclui que não é porque algo está no povo que é necessariamente do povo. Basicamente, o critério de diferenciação consiste em quem produz a cultura: se é o próprio povo, tem-se a cultura do povo; ao contrário, se a cultura é produzida por uma elite e difundida ao povo, tem-se a cultura popular.

A televisão é um importante meio de acesso à cultura. É certo que existem formas de expressão cultural cuja divulgação é inviável pela televisão. É relevante a disciplina jurídica desse meio técnico, a fim de ampliar a difusão da cultura no Brasil. A programação de televisão representa a cultura que vive no País, sobretudo aquela produzida pela indústria audiovisual. Aqui, há a hegemonia da cultura de massa, aquela imposta pelos produtores (emissoras de tevê) para os consumidores-telespectadores. A cultura erudita e a popular (cultura do povo) têm pouco espaço na televisão generalista, salvo no caso da tevê pública.

As tevês públicas (setor público não-estatal) constituem-se na melhor reserva para a difusão da pluralidade cultural, uma vez que não estão presas às pressões da audiência. Ocorre que, para isso acontecer, faz-se necessária a independência do poder político, do ponto de vista de sua estrutura jurídico-institucional, acompanhada de sua independência financeira. A TV pública não deve ter nem caráter comercial, nem governamental, daí a possibilidade de se alcançar uma programação de qualidade dirigida à diversidade cultural (LEAL FILHO, 2000, p. 153-165). Portanto, é fundamental que o Estado obrigue ou, ao menos, estimule a difusão de canais ou programas culturais.

No caso da televisão generalista, se é certo que não é possível a divulgação de um canal cultural, em razão da natureza do meio, ao menos se deve exigir a divulgação de programas culturais. Por sua vez, no caso da televisão segmentada (tevê por assinatura), é perfeitamente admissível a exigência de criação de canais culturais, sobretudo pelo fato de o meio de difusão permitir uma maior pluralidade na oferta audiovisual.

A definição de programa cultural de televisão não pode ficar ao arbítrio das emissoras. É essencial que um órgão representativo da sociedade estabeleça, a partir do âmbito normativo do direito à cultura, os critérios para a identificação de um programa cultural. A estipulação desses critérios há de levar em conta as diversas formas de expressão cultural presentes na sociedade. A televisão há de ser o canal difusor não só da cultura de massas, mas da cultura erudita e do povo. Trata-se da ampliação do conceito de cultura para além dos parâmetros clássicos, de forma a incluir temas atuais de interesse popular. Afinal, cultura é também carnaval e futebol. Não há em si uma contradição entre programas culturais e divertimento. É possível estabelecer uma fórmula que combine ingredientes culturais e de entretenimento na televisão.

Sabe-se que o programador há de considerar o interesse da audiência. Mas este não pode ser o único fator para a organização da grade da programação. Diante disso, a formatação de programas culturais deve se orientar às minorias, mas também ao interesse da maioria. (KAEMPER, 1997, p. 20-28)

8. *Direito ao entretenimento*

Para os fins do presente trabalho, o sentido da palavra lazer será equivalente ao de entretenimento.

A Constituição consagra o direito social ao lazer (art. 6º).

Também, a CF reconhece o direito ao lazer para as crianças e adolescentes (art.

227). Essas normas se limitam a enunciar o direito ao lazer, nada mais dizendo sobre o seu respectivo conteúdo e alcance. Diante desse elevado grau de indeterminação do âmbito normativo, é preciso que o legislador intervenha de modo a concretizar o seu conteúdo. Além disso, quando trata do desporto, a CF dispõe que o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social (art. 217, § 3º). Trata-se de uma norma de caráter nitidamente programático, a qual exige a intervenção legislativa que atribua ao Poder Público a tarefa de organizar os meios pelos quais será concretizado o lazer como forma de integração social.

Celso Fiorillo (2000, p. 27) explica que o lazer, como direito social catalogado na CF, é um direito ao descanso, caracterizando-se como um dos aspectos fundamentais da dignidade humana. Segundo ele, a dignidade humana é garantida em uma sociedade em que é necessário ter um emprego para sobreviver, daí por que o lazer garante não só o equilíbrio físico-psíquico, como também possibilita a aquisição da energia necessária para a continuidade do trabalho.

Joffre Dumazedier (2000, p. 32-34) propõe o seguinte sentido para o lazer:

“O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.”

E, a partir desse conceito, o autor extrai as seguintes funções para o lazer: a) função de descanso; b) função de divertimento, recreação e entretenimento; c) função de desenvolvimento.

Os lazeres na vida cotidiana estão diretamente associados à ideia de cultura de uma sociedade, igualmente dependendo da carga horária de trabalho das pessoas.

Conforme revela o citado autor, para um homem que trabalha, será uma atividade de lazer qualquer participação ativa na vida cultural da sociedade, ou seja, em toda e qualquer atividade de criação ou compreensão de um produto cultural. Essa forma de participação concorre com outras atividades de lazer, especialmente as ligadas ao descanso e à recreação.

No contexto atual, constitui-se lazer tanto ler uma obra literária quanto ir ao teatro e cinema, assistir a um espetáculo de dança, visitar amigos, brincar, dançar, fazer concertos domésticos ou viagens turísticas. Quer dizer, cada uma dessas atividades tem forte conteúdo cultural, confundindo-se o conteúdo da cultura popular com o do lazer popular. Portanto, pode-se identificar a cultura de uma pessoa ou grupo pelos lazeres por eles adotados. (Idem, p. 144)

A organização do espaço do lazer na vida do povo brasileiro tem alguns dados surpreendentes.²⁰ A televisão é o principal meio de entretenimento da maioria da população, no caso da televisão aberta (tevé por radiodifusão).

Por sua vez, o público da televisão por assinatura conta com diversas alternativas de lazer. Diante desse fato, é muito mais justificável a intervenção legislativa, em concretização ao direito ao lazer, em relação

²⁰ Conforme pesquisa do IBGE, realizada no ano de 1999, sobre Informações Básicas Municipais: 93% dos municípios brasileiros não têm sala de cinema; 94% não possuem um *shopping center*; 85% das cidades não têm museus ou teatros; 35% não contam com ginásio esportivo e 25% não dispõem de bibliotecas públicas (dos municípios que contam com biblioteca, 69% entre eles contam com apenas uma, e, nos municípios com até 20 mil habitantes, 93% não contam com nenhuma biblioteca). Diante desses dados, os autores Christianne Werneck e Hélder Isayama concluem que é flagrante a ausência de espaços públicos destinados ao lazer, distribuídos homoganeamente pelo território nacional. Em verdade, poucas cidades concentram muitos centros públicos de lazer, enquanto a maioria dos municípios brasileiros conta com pouquíssimos equipamentos urbanos dedicados a essa prática social. Outra conclusão reside na identificação entre os produtos da indústria cultural como sendo a própria cultura. (WERNECK; ISAYAMA, 2001, p. 46)

à televisão aberta de modo a possibilitar ao público uma programação que atenda suas necessidades de entretenimento.

Um dos graves problemas contemporâneos é o caráter excessivo de dedicação das tevês ao entretenimento. A atividade de difusão de informações jornalísticas tem assumido o caráter de espetáculo, razão pela qual fala-se em “jornalismo-entretenimento”. A produção de telejornais dá ênfase às matérias com forte apelo emocional que apresentam imagens de celebridades e cenas violentas. (LIMA, 2001, p. 269)

A crítica de Hannah Arendt (apud LAFER, 1988, p. 264) quanto à crise da cultura contemporânea reside exatamente no predomínio da diversão, em vez de o ser humano dedicar parte de seu tempo a atividades de elevação do espírito. A diversão é organizada conforme a lógica dos produtores e dos consumidores da indústria cultural. Para a autora, seria preciso privilegiar a cultura do ócio, isto é, uma cultura que provocasse o afastamento provisório do mundo das aparências e que permitisse o pensar. Em uma ótica marxista, segundo Barbara Freitag, o lazer seria o espaço de tempo entre o trabalho e o descanso afetado à lógica da produção da indústria cultural, que possibilitaria ao trabalhador recompor suas forças, esquecendo-se da realidade miserável que o circunda²¹. Ainda que o trabalhador não esteja produzindo durante o seu lazer, está, diante da televisão, consumindo bens produzidos pelo mercado. O tempo do lazer torna-se, portanto, uma porta para o consumo, imediato e mediato, de objetos simbólicos e materiais.

O direito ao lazer não vincula diretamente a programação das emissoras. A sua textura constitucional permite ao legislador grande margem quanto à concretização de sua tríplice função: descanso, divertimento e desenvolvimento da personalidade. Des-

se modo, a organização do conteúdo da programação há de se pautar nessas três funções do conceito sociológico de lazer. O legislador deve desenhar com equilíbrio a intensidade com que o lazer será promovido pelo serviço de televisão. A falta de adequada dosagem legislativa na regulação do referido direito levará, certamente, à não-efetividade de outros direitos como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à informação.

Em razão de norma do art. 221 da CF, os programas de televisão têm um conteúdo mínimo, o qual consiste na preferência por finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Todavia, a referida regra não prevê que a programação de televisão destine-se ao entretenimento. Embora não haja uma exigência constitucional, nada impede que o legislador, ao concretizar o referido direito, venha a estabelecer que a programação de televisão se promova à difusão do entretenimento.

9. Conclusões

A constitucionalização dos serviços de radiodifusão ocorrida na Constituição de 1988 implica diversas consequências no ordenamento jurídico.

É fundamental que o legislador respeite a organização policêntrica do sistema de comunicação social, por intermédio da disciplina dos sistemas privado, público e estatal. Isto é, o poder legislativo tem o dever de organizar os serviços de TV por radiodifusão, com o reconhecimento de espaços específicos para as TVs privada, pública e estatal.

O regime de direitos fundamentais da CF exige a interpretação do bloco de normas relativas à Comunicação Social, precisamente aquelas que tratam dos serviços de radiodifusão, de modo a maximizar a sua aplicação prática.

Assim, o legislador, ao organizar o setor de radiodifusão, obrigatoriamente há de respeitar as linhas gerais em defesa da reali-

²¹ A afirmação da autora é feita a partir da análise do pensamento de Adorno e Horkheimer. Vide: *A teoria crítica: ontem e hoje*. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 72.

zação dos direitos fundamentais, mediante os serviços de televisão por radiodifusão.

Nenhum dos direitos fundamentais analisados é capaz de assegurar diretamente o direito à exploração do serviço de TV por radiodifusão, eis que é necessária maior densificação legislativa para sua operacionalização.

O bloco de direitos fundamentais exige a adoção de políticas públicas favoráveis à ampliação da entrada de novos operadores nos sistemas de radiodifusão, viabilizada muito no contexto da tecnologia digital. Há a garantia de acesso à programação de TV por radiodifusão aos indivíduos e grupos sociais.

A CF representa um marco histórico no Brasil de evolução do Direito. O que falta ainda é a efetivação dos direitos fundamentais nela previstos, mediante a adequada atuação legislativa. A dignidade da televisão por radiodifusão será alcançada mediante a realização dos referidos direitos.

Referências

- ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto constitucional da actividade de televisão*. Coimbra, 1998.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARINO ORTIZ, Gaspar. *Economia y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação/educação: aproximações. In: *A televisão aos 50 anos: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto de Direito Constitucional. n. 19, abr./ jun. 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Os limites à liberdade de expressão na constituição da república. In: *Revista Forense*. n. 349, jan./ mar. 2000.
- _____. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 20. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. jul./ set. 1997.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Colisão entre direitos fundamentais: liberdade e expressão versus direito à honra*. Dissertação de mestrado (Inédito), Faculdade de Direito da UFPR, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BUCCI, Eugenio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- CARNOTA, Enrique Gómez-Reino y. La Libertad interna de los médios privados de comunicacion social. In: *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*. n. 1, enero-abril, Madrid, 1989.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: *A televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- _____. Estado, empresa e função social. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, out./ dez. 1996.
- DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- ECO, Humberto. *Apocalípticos e integrados*. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Elementos para uma teoria dos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.
- FEILITZEN, Cecília Von. Introdução aos artigos de pesquisa sobre a criança e a violência na tela. In: *A criança e a violência na mídia*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- FIORILLO, Celso. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HAMMABERG, Thomas. A criança e a mídia: relatório do comitê da ONU para diretrizes da criança. In: *A criança e a violência na mídia*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica financeira. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. [s./d.]

- KAEMPER, Dirk. Política cultural na televisão alemã. In: *Televisão e cultura no Brasil e na Alemanha*. In: SEMINÁRIO CULTURA E POLÍTICA NA TELEVISÃO DO BRASIL E DA ALEMANHA. Salvador, 1994. *Anais...*. Salvador: Instituto Cultural Brasil Alemanha - ICBA, 1994.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEAL, Laurindo Filho. *Atrás das câmeras: relações entre cultura, Estado e televisão*. São Paulo: Summus Editorial, 1998.
- _____. A televisão pública. In: *A televisão aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. Organizado por Eugênio Bucci. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.
- LOPES, Mauricio Ribeiro. Ação civil pública e a tutela de interesse difuso da infância: proteção da imagem e dos direitos da personalidade – programas de televisão. In: *Revista de Processo*. n. 92, out./ dez. 1998.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e à Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.
- MENDES, Marques. Rádio e televisão como serviço público. In: *Comunicação e defesa do consumidor*. Coimbra, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. tomo 4. Coimbra, 2000.
- MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra, 1994. In: FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- MUELLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PAZ, Jose Carlos Laguna de. *Regimen Jurídico de La television privada*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- PEREIRA, Guilherme Doring Cunha. Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.
- REALE, Miguel. Variações sobre o direito-dever de informar. *O Estado de São Paulo*. Caderno A2, 20 mar. 1999. In: MARTINS, Ives Gandra. *Direitos e deveres no mundo da comunicação: da comunicação clássica à eletrônica*. *Carta Mensal*. n. 541, v. 46. Rio de Janeiro, 2000.
- RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. *Privatización de La empresa pública y post privatización*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- ROUANET, Sergio Paulo. Reinventando as humanidades. In: *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- RUSSEL, Bertrand. O elogio ao ócio. In: *A economia do ócio*. Introdução e Organização de Domenico de Mais. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.
- SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado: base do paradigma moderno do direito de informação. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 69, jul./ set. 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVEIRA, Domingos Dresch da. *Controle da programação de televisão: limites e possibilidades*. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da UFRS. Não publicada.
- SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. A liberdade de imprensa. Coimbra, 1994.
- TÁVOLA, Artur da. *A liberdade do ver: televisão em leitura crítica*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- VICIANO PASTOR, Javier. *Livre competencia e intervención publica em La economia*. Valencia: tirant lo Blanch, 1995.
- WERNECK, Christianne Luce Gomes; ISAYAMA, Hélder Ferreira. Lazer, cultura, indústria cultural e consumo. In: *Lazer e mercado*. Campinas-SP: Papyrus, 2001.

A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível

Rogério Taiar

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica do conceito e efetividade dos direitos fundamentais. 3. Direitos humanos e a Carta Magna de 1988. 4. Reserva do possível, custo dos direitos e escassez dos recursos. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A questão dos direitos humanos, por mais estudada e lecionada que já tenha sido, é inextinguível, dada sua dinâmica de parceria com o ser humano, não importa onde ele esteja e a que tempo.

É uma questão que atravessa séculos e que se tornou mais clara e evidente justamente no confronto com seu total desrespeito – as duas Grandes Guerras Mundiais. Mas a demanda pelo exercício de um direito também gera custos, organização social, que também devem ser arcados pelo conjunto dos que usufruem do direito – a sociedade organizada.

Nada mais justo: o fruidor do direito está também atrelado à geração de um contexto social próprio à sua fruição. O Estado, em especial nos regimes democráticos de direito, concentra as obrigações de planejamento, orçamento e execução de atos que resultem nesse “contexto propício” à fruição dos direitos fundamentais.

Se a todo cidadão for garantido o exercício de seus direitos pelo simples fato de

Rogério Taiar é Doutor em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Internacional do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e da Escola Superior Diplomática (ESD).

ter nascido, é natural concluir que nem todos serão, no entanto, contribuintes para a geração do contexto social a que nos referimos anteriormente. Mencione-se, como exemplo, as crianças, os inválidos, os idosos e fácil será deduzir que apenas parcela dos detentores dos direitos é também contribuinte para sua fruição.

Isso nos leva a mais uma conclusão inarredável: há um limite para o que a sociedade pode suportar por meio de seu representante, o Estado, e esse limite vai seguramente impor aos gestores desse Estado a priorização, hierarquização, programação orçamentária e de tempo para satisfação dos cidadãos, o que fatalmente esbarra em exceções e diversidade que serão levadas ao Judiciário para que decida o que é inadiável, ainda que excepcional, e está lastreado nas garantias dos direitos fundamentais.

É do que trata este trabalho, que parte de uma breve análise da evolução histórica do conceito e da efetivação dos direitos humanos, para então discutir os direitos sociais deles advindos e sua aplicação dentro da “reserva do possível”, que envolve custos e recursos administrados pelo Estado.

2. *Evolução histórica do conceito e efetividade dos direitos fundamentais*

Os direitos humanos não eram reconhecidos como tal na Antiguidade, já que eles se impõem do jogo de interesses entre indivíduos/coletividade e Estado. No entanto, já a partir do Renascimento, eles adquirem o fundamento do Direito Natural, evoluindo nos séculos seguintes até o estabelecimento do Estado Moderno, no século XX. (VAZ, 2007, p. 26-27)

A modernidade foi palco das doutrinas privatista e liberal, até o surgimento e reformulação pelas doutrinas socialistas. Considere-se esse um período de “gestação” dos direitos e valores econômicos, culturais e sociais pelo viés “coletivo” e não mais do indivíduo. Mas o marco divisório

que resultou na proteção internacional da pessoa humana, o que até então era reconhecido apenas “intramuros” das nações, foi o término da II Grande Guerra (1945). (Idem, p. 27)

Mesmo não sendo de evolução linear e sucessiva, pode-se identificar três gerações de direitos humanos, de tal forma a dar-lhes uma classificação e visualização institucional da interação desses direitos nos cenários nacional e internacional, como sugere Vaz (2007, p. 27).

A primeira geração dos direitos humanos está representada pelos direitos individuais, políticos e de nacionalidade. São direitos cuja efetivação demanda a *abstenção de ação estatal*, ou seja, a interferência do Estado resulta, quase sempre, em prejuízo ou negação desses direitos. A segunda geração dos direitos humanos ganha a dimensão do social, cultural e econômico, sendo imperativa, para sua efetivação, a presença positiva do Estado. Tem-se que, se, nos direitos humanos de primeira geração, a violação se dá pela *atuação* do Estado, nos de segunda geração, há que haver interferência, atuação estatal para sua efetivação, sendo sua *omissão* a violação desses direitos. A terceira geração de direitos humanos diz respeito aos direitos difusos, transindividuais, supraindividuais ou metaindividuais. São os direitos resultantes e objetivos da organização internacional, como paz, desenvolvimento, meio ambiente, autodeterminação dos povos, proteção internacional ao consumidor e outros. (Idem, p. 27-28)

Defende-se a historicidade desses direitos como fruto de uma elaboração, lutas e ações sociais, permitindo-se a reconstrução histórico-epistemológica dos direitos humanos (VAZ, 2007, p. 29). Ou, nas palavras de Bobbio (1992, p. 41):

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas

circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

O Direito Humanitário é o que limita as ações humanas diante dos direitos humanos – também chamado Direito Internacional da Guerra, por regular a violência em âmbito internacional. A Liga das Nações, criada em 1920, é decorrência direta da constatação da urgência de se fixar padrões genéricos sobre paz e segurança mundial. Também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a primeira Grande Guerra, é fruto desse espírito universal, que promove padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (VAZ, 2007, p. 29).

As três últimas referências – Direito Humanitário, Liga das Nações e OIT – configuram marcos históricos do início do processo de internacionalização dos direitos humanos, por representarem rupturas com o que até então se considerava, classicamente, a soberania nacional. É, no entanto, com o final da II Grande Guerra que os Direitos Humanos ganham sedimentação internacional, ironicamente por deixar clara sua descontinuidade e necessidade de reestruturação no pós-guerra. (PIOVESAN, 2007, p. 109; VAZ, 2007, p. 29)

A dissolução da Liga das Nações deu lugar à criação da Organização das Nações Unidas (1945), que adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ (Resolução 217 A, III) em assembleia geral realizada em 10 de dezembro de 1948, com a aprovação, por unanimidade, dos 48 Estados Membros.

É a partir desse documento que são redefinidos os postulados da Teoria do Estado, colocando o *homem social* no centro das preocupações contemporâneas. A instalação do Tribunal de Nuremberg, também instalado pelas Nações Unidas no pós-guerra, consolidou a ideia da neces-

sidade de limitação à soberania nacional, reconhecendo que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional. Passaram a ser discutidos, no âmbito da ONU, assuntos como manutenção da paz, segurança internacional, desenvolvimento de relações amistosas entre Estados, cooperação internacional no plano econômico-social-cultural, a adoção de um padrão internacional para a saúde, o trabalho e o meio ambiente, reconhecidos como de interesse supranacional. (VAZ, 2007, p. 30)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também afirma o compromisso das ordens nacional e internacional relativamente aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Da experiência das duas Grandes Guerras resta o consenso sobre a necessidade de uma ética universal. A Declaração é o ápice de um processo que se iniciou com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Revolução Francesa; nesse processo, foram reconhecidos os direitos de igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza ou quaisquer outras. (Idem, p. 30-31)

Tem-se, pois, que “a efetivação dos direitos sociais depende da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação pela omissão do poder público”. (WANG, 2006, p. 3)

3. Direitos humanos e a Carta Magna de 1988²

Nas palavras de Vaz (2007, p. 31), a “Constituição Federal de 1988 é uma das mais avançadas do mundo em relação à proteção dos direitos humanos” e a pri-

¹ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

meira brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como fundamental às relações internacionais do Estado.

A importância que se depreende do texto constitucional, relativamente aos Direitos Fundamentais, foi descrita de maneira irretocável pelo ministro Marco Aurélio Mello (2006, p. 13), que inclusive menciona seu papel hierárquico relativamente às cláusulas pétreas:

“É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula da imutabilidade inscrita no artigo 60, § 4º, da Carta Federal. As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado

(...)

Desse modo, não assiste ao Congresso Nacional qualquer poder de rever ou reapreciar o sistema de valores essenciais consagrado pela Constituição, na qual avultam, por sua indiscutível relevância, o postulado da Federação e o princípio tutelar dos direitos e garantias individuais, inclusive aqueles de índole jurídico-tributária.

Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também, no vício da inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no Texto Constitucional por deliberação do Órgão exercente das

funções constituintes primárias ou originárias.”

(...)

“Penso que a noção de cláusula pétrea é bem mais restrita do que a alusiva a direito e garantia previstos no Diploma Maior. O artigo 60, § 4º, inciso IV, é categórico no que veda deliberação sobre proposta de emenda que vise a abolir direito ou garantia constitucionais. Essa foi a premissa de meu voto.” (Idem, p. 18)

O termo “exercício dos direitos sociais e individuais” aparece já no preâmbulo à Constituição, que em seu art. 1º, II e III, reconhece a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil.

No artigo 3º, a Carta Maior relaciona o que chama de “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, a saber, construir uma sociedade livre, justa e solidária (I); erradicar a pobreza (III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).³

O artigo 4º relaciona os princípios que norteiam as relações internacionais: independência nacional (I); prevalência dos direitos humanos (II); autodeterminação dos povos (III); não-intervenção (IV); igualdade entre os Estados (V); defesa da paz (VI); solução pacífica dos conflitos (VII); repúdio ao terrorismo e ao racismo (VIII); cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (IX) e concessão de asilo político (X).⁴

A Constituição Federal de 1988 classifica os direitos fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5º); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (arts. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); e (5) direitos solidários (arts. 3º e 225).

³ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

⁴ Idem.

Quanto aos Tratados Internacionais, existem quatro correntes de discussão do assunto, a saber: (a) hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos (em função da supremacia da ordem internacional sobre a ordem nacional); (b) hierarquia constitucional (incorporação pelo texto constitucional do direito internacional); (c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados (havendo conflito entre tratado e Constituição, esta prevalecerá; havendo antinomia envolvendo o tratado e lei federal, prevalece o primeiro); e (d) paridade hierárquica entre tratado e lei federal (desde 1977, o STF equipara o tratado federal à lei federal⁵).

*Direitos humanos econômicos,
sociais e culturais*

A Rússia foi a primeira a reconhecer a importância desses direitos, em 1919, na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Outras constituições passaram a também institucionalizar esses direitos, como a do México (1917), a da Alemanha (1919), a da Espanha (1931), a da Irlanda (1937) e outras. (VAZ, 2007, p. 34)

A promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), como já se mencionou alhures, reconhece expressamente a indivisibilidade entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e sociais. Mesmo assim, foi só a partir de 1966 que a comunidade internacional passou a adotar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que expande a relação de direitos sociais contida na Declaração Universal de Direitos Humanos. Tal Pacto cria obrigações para os Estados Membros, responsabilizando-os internacionalmente pelos casos de violação de direitos econômicos, sociais e culturais contidos em seu texto. (Idem, p. 35)

Enquanto os direitos civis e políticos são assegurados de imediato, por serem

⁵ Para um estudo mais aprofundado, v. VAZ, 2007, p. 32-33; PIOVESAN, 2007, p. 74; MORAES, 1997, p. 24 e ss.

autoaplicáveis, os direitos econômicos, sociais e culturais dependem da criação de “condições, ou seja, sua efetivação deve ser programada e progressiva”. Com a criação do Comitê de Direitos Econômicos e Culturais das Nações Unidas, cuja competência é a de monitorar a implementação dos direitos elencados no Pacto, os Estados Membros devem demonstrar, por meio de relatórios, as medidas tomadas, assim como as dificuldades encontradas para a efetivação dos citados direitos. (Ibidem)

Relativamente aos direitos sociais, mencione-se a importância do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1988), que reforça, na esfera do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o reconhecimento dos direitos humanos de segunda geração, a saber: direito ao trabalho (art. 6º); direitos sindicais (art. 8º); direito à previdência social (art. 9º); direito à saúde (art. 10º); direito a um meio ambiente sadio (art. 11); direito à alimentação (art. 12); direito à educação (art. 13); direito aos benefícios da cultura (art. 14); direitos à constituição e proteção da família (art. 15); direito da criança (art. 16); direito do idoso (art. 17); e direito ao portador de deficiência (art. 18). (VAZ, 2007, p. 36)

No Brasil, a Constituição de 1988 representa a maior conquista em termos de direitos sociais. Tais direitos são citados também a partir do Preâmbulo da CF-88 e seguem especificados no decorrer de seu texto, como menciona-se a seguir.

O art. 1º da CF-88 institui os “valores sociais do trabalho” como fundamento da República Federativa do Brasil; o art. 3º funda a “sociedade solidária”, o “desenvolvimento nacional”, a erradicação da “pobreza e marginalização” e a redução das “desigualdades sociais e regionais” como objetivos fundamentais da República; o art. 4º, como se viu alhures, relaciona os princípios que regem a Nação em suas relações internacionais; o art. 5º é o que

garante os direitos individuais; o art. 6º se refere a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados; o art. 7º estabelece direitos e garantias de trabalho digno; o art. 43 prevê a possibilidade de articulação, pelo Estado, de uma ação em um complexo geoeconômico e social, com o objetivo de seu desenvolvimento e redução de desigualdades regionais; os arts. 127 a 135 estabelecem o Ministério Público e a Advocacia como funções essenciais aos interesses sociais; o art. 170 cria a ordem econômica, dispondo sobre: a função social da propriedade (II), a defesa do consumidor (V), a defesa do meio ambiente (VI), a redução de desigualdades regionais e sociais (VII), a busca do pleno emprego (VIII); o art. 182 trata da política de desenvolvimento urbano; o art. 184 trata do dever – poder de desapropriação, pela União, dos imóveis rurais que não cumpram sua função social; o art. 192 funda o sistema financeiro nacional com vistas a atender os interesses da coletividade. (Idem, p. 36-37)

Sob o Título VIII da CF-88, institui-se a “Ordem Social” com base no primado do trabalho e objetivando o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Ainda nesse título, a Carta Maior garante efetividade e proteção: da seguridade social (arts. 194 e 195); da saúde (arts. 196 a 200); da previdência e assistência social (arts. 201 a 204); da educação (arts. 205 a 214); da cultura (arts. 215 e 216); do desporto (art. 217) da ciência e tecnologia (arts. 218 e 219); da comunicação social (arts. 220 a 224); do meio ambiente (art. 225); da família, da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226 e 230); dos índios (arts. 231 e 232). (VAZ, 2007, p. 38)

O artigo 5º da CF-88 dispõe que todos os direitos são de exigibilidade imediata (§ 1º), inclusive os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Para a garantia de padrões mínimos de vida digna para todos, exige-se do Poder Público que este estabeleça estratégias políticas de efetiva-

ção desses direitos. Há que se mencionar, no entanto, que tal efetivação demanda recursos financeiros, já que não se concretizam sem ações afirmativas por parte do Estado, da sociedade civil e da sociedade internacional – ações essas que dependem de recursos orçamentários. O argumento de falta desses recursos ou sua escassez tem sido utilizado seguidamente por nossos administradores públicos, o que resulta no adiamento da plena realização dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais. (Idem, p. 39)

Observando-se que o Pacto Internacional de DHESC é de 1966, e o Protocolo de San Salvador é de 1988, fácil concluir que não se pode mais alegar falta de recursos para a efetivação de tais direitos. Mencione-se, também, que o Estado de Direito tem, como pressuposto essencial, a realização de um Estado Orçamentário, que significa o equilíbrio entre receitas e despesas, sendo o orçamento o instrumento próprio a esse balanço. A alegação de falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais realça dois erros: o desrespeito aos direitos humanos e o desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentário. (Ibidem, p. 39-40)

De acordo com o art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, “é obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte...”.

4. Reserva do possível, custo dos direitos e escassez dos recursos

A partir da constatação de que decisões judiciais podem impactar as finanças do Estado e resultar em priorização da aplicação dos recursos públicos (sabidamente escassos), alguns teóricos lembram que há um limite fático à exigibilidade judicial

dos direitos sociais. Tal limite seria a dependência econômica do Estado (cobertura orçamentária), que se expressa em decisões judiciais pelo termo “reserva do possível”. (WANG, 2006, p. 4)

Tal expressão foi difundida por decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 1972, conhecida como *Numerus Clausus*, tratando a validade da limitação de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. A Constituição alemã não consagra o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, de certa forma, o direito de acesso ao ensino universitário. Como se vê, pode-se desdobrar a visão de “reserva do possível” em dois componentes: um fático e um jurídico. O componente fático relaciona-se à efetiva disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico depende de existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.⁶

Como mencionado anteriormente, a efetivação dos Direitos Sociais é dependente de provisão orçamentária, sendo inquestionável ser esta a primeira exigibilidade imediata dos DHESC: a previsão nas leis orçamentárias. Há, porém, que se discutir o tema da *reserva do possível*, diferenciando-o, primeiramente, da *reserva do financeiramente possível*. A primeira é gênero de que a segunda é espécie. A *reserva do possível* está relacionada a todos os eventos formais ou materiais que impedem a efetivação dos DHESC e a *reserva do financeiramente possível* refere-se apenas aos limites orçamentários do Estado. (VAZ, 2007, p. 40)

Tem-se como aceitável a *reserva do possível*, mesmo em nome dos direitos humanos, quando da contingência de fatos da vida (a

⁶ SARMENTO, Daniel. *A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Obra ainda no prelo. A utilização dos dados contidos neste artigo foi gentilmente permitida pelo autor.

descontinuação da fabricação de determinado medicamento, por exemplo). Não é o caso da *reserva do financeiramente possível*, que toca na destinação de recursos públicos, o que é legitimamente estabelecido pelos poderes Legislativo e Executivo. Mesmo em vista da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, este é o posicionamento que tem prevalecido.

Veja-se a Ementa de deliberação do Supremo Tribunal Federal, indeferindo o pedido de Intervenção Federal 2.915-5, requerida no Estado de São Paulo, motivada pelo não pagamento de precatórios judiciais:

“Ementa: Intervenção federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.” (IF 2.915-SP, rel. Min. Marco Aurélio; red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes; j. 03.02.2003 – Tribunal Pleno – DJ 28.11.2003). (VAZ, 2007, p. 42)

A posição do Ministro Celso de Mello (apud VAZ, 2007, p. 42-43) sobre o mesmo assunto ilustra com clareza os limites encontrados pelo Judiciário para a intervenção federal:

“É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades or-

camentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

(...)

- Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos." (ADPF 45 MC/DF/2004, rel. Min. Celso de Mello).

Observa-se, pois, que a ausência ou escassez de recursos materiais constitui barreira à efetivação dos direitos sociais, de tal maneira que o cidadão que pleiteia um direito social ao Estado, que, por sua vez, alega falta de recursos financeiros e ausência de previsão orçamentária, terá negado pelo Judiciário seu pedido, aniquilando direitos humanos consagrados na ordem interna e externa. Ora, a cláusula de *reserva do possível* deveria condicionar a efetivação

dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, não sua negativa. A CF-88 tanto prevê a realização de um Estado Orçamentário como estabelece o orçamento como instrumento de concretização desse equilíbrio. (VAZ, 2007, p. 44-45)

Não se trata de exigir prestação estatal desatrelada dos limites orçamentários, já que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos aventa a vinculação da efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais à organização e recursos de cada país. O que se tem exigido é que o Estado comprove o tratamento que o direito social lesado está recebendo para sua superação, tanto no passado quanto no presente e no futuro. (Idem, p. 45)

A escassez de recursos demanda do Estado escolhas - ou preferências -, o que, por sua vez, pressupõe preteridos. Trata-se, aqui, portanto, da possibilidade (direito) de os preteridos buscarem, por meio do Judiciário, a tutela de seus direitos. (WANG, 2006, p. 3)

Ainda que muito se tenha avançado na seara dos DHESC no país, as intervenções judiciais eram raras, sendo a posição do Judiciário francamente ortodoxa diante do princípio da separação dos poderes. Consideravam-se indevidas as intervenções judiciais que implicassem controle sobre políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais, seara ocupada pelos poderes Legislativo e Executivo. Atualmente, tem-se uma nova visão sobre o assunto e tornaram-se comuns as decisões judiciais que determinam a entrega de *prestações materiais* relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados aos jurisdicionados.⁷

É preciso levar em consideração também, como bem lembrado por Sarmento, que o acesso à justiça no Brasil não é, absolutamente, igualitário. Por inúmeras razões,

⁷SARMENTO, Daniel. *A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Obra ainda no prelo. A utilização dos dados contidos neste artigo foi gentilmente permitida pelo autor.

há um descompasso entre os segmentos mais excluídos e as camadas mais bem aquinhoadas financeiramente, o que reflete um paradoxo, já que o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – supostamente voltados para a promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população já mais beneficiada socialmente.⁸

Se a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos é um dos pressupostos da democracia, a ausência dessa situação ou a presença de um nível intolerável de desigualdade social comprometem a condição de “agentes morais independentes dos cidadãos e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade”.⁹

Saliente-se que a garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa jurídica, envolvendo um emaranhado de ações estatais, que compreende desde a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, até o dispêndio de recursos e outras atividades não afeitas ao Judiciário.

5. Considerações finais

A análise dos textos pesquisados para este trabalho aponta, em primeiro lugar, para a dimensão histórica e evolutiva dos direitos humanos. Não se trata de evolução linear, mas dependente de inúmeros fatores sociais.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 recepcionou de maneira francamente favorável os direitos humanos internacionais e a jurisprudência deu um importante passo ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, ainda se verificam barreiras de ausência ou escassez de recursos para sua efetivação, especialmente os financeiros.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem.

O que não se pode aceitar é que a simples alegação das limitações existentes para a efetivação dos direitos sociais seja motivo bastante para isentar o Estado de suas obrigações, tendo em vista a programação orçamentária, que deve prover recursos para a efetivação progressiva e previsível desses direitos.

Em concordância com Sarmento¹⁰, entendemos que, se já foi vencido, e com sucesso, o momento de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, estamos vivenciando a fase de racionalização desse processo, que passa, ainda segundo o mesmo autor, por dois pontos principais: (1) a superação da “euforia judicialista” que tomou conta dos meios jurídicos brasileiros, com o reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância de sua função, não é e não tem como ser, por limitações institucionais, o protagonista no cenário da afirmação dos direitos sociais, muito mais dependentes de políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil; e (2) o traçado de parâmetros ético-jurídicos para as intervenções judiciais nessa seara.

Há necessidade de mudança nos padrões sociais brasileiros, que ainda refletem grandes desigualdades, para redirecionar os direitos sociais para seu verdadeiro propósito, que é a promoção da inclusão social dos excluídos.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Cosntituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2008.

¹⁰ SARMENTO, Daniel *A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Obra ainda no prelo. A utilização dos dados contidos neste artigo foi gentilmente permitida pelo autor.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legisintern/ddhbinteruniversal.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2008.

MELLO, Marco Aurélio de Faria. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.497 8 (DF). Voto. In: _____. *Vencedor e vencido*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Vencedor e vencido*. Seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Guilherme Braga Pena. *Dos Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: _____. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, justiciabilidade e direitos concretos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris (no prelo).

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 61, ano 15, out./dez. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reservas do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação, 2006.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva

Liana Cirne Lins

Sumário

1. Introdução: o tripé denegatório da justiciabilidade das normas de direito social e a concretização constitucional seletiva. 2. A vinculação dos direitos sociais: formalmente reconhecida e veladamente negada. 3. Densidade normativa e exigibilidade dos direitos sociais. 3.1. Desideologizando a densidade normativa. 3.2. As normas de direito social já foram densificadas. 4. Os custos dos direitos sociais e a reserva do possível. 4.1. Todos os direitos são positivos. 4.2. A reserva do possível: da mística à técnica. 5. A separação de poderes como óbice à aplicação judicial dos direitos sociais. 5.1. A separação de poderes no marco do Estado Constitucional Democrático. 5.2. Por um ativismo judicial democraticamente responsável.

"E em primeiro lugar é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem."
Thomas Hobbes. *Leviatã*, p. 226.

1. Introdução: o tripé denegatório da justiciabilidade das normas de direito social e a concretização constitucional seletiva

À exigibilidade das normas de direitos fundamentais sociais opõem-se, em especial, três obstáculos, razão pela qual são aqui chamados de *tripé denegatório*, que se constitui pela sua suposta baixa densidade normativa, pela reserva do financeiramente possível e, finalmente, pelas reservas do legislador e do administrador.

Liana Cirne Lins é Doutora em Direito Público/UFPE e mestra em Direito/UFSC, advogada, diretora acadêmica da SAPERE AUDE, professora de Direito Processual Civil da Faculdade Damas e dos Cursos de Pós-Graduação da Sapere Aude, ASCES e da Escola da Magistratura de Pernambuco.

O objeto do presente trabalho é promover discussão acerca da vinculação dessas normas no ordenamento constitucional pátrio e uma avaliação crítica dos argumentos configuradores do tripé desabonador do que seria a consequência jurídica da vinculação: sua justiciabilidade.

Essa avaliação crítica implicará também comparar a estrutura jurídica das normas de direito social com as de liberdade. Essa metodologia comparativa visa identificar as razões que justificariam – ou não – a discrepância quanto à justiciabilidade de umas e de outras.

Partimos, desde logo, da constatação de que aos direitos de liberdade reconhece-se uma muito maior eficácia e aplicabilidade, o que já levou a se falar em nominalidade dos direitos sociais em contraposição à normatividade dos direitos de liberdade (Cf. CLÈVE, 1999, p. 210).

Obviamente, não se pretende, por qualquer modo, oferecer ameaça à normatividade consagrada aos direitos de liberdade, mas, em vez disso, contribuir para tornar plena a concretização constitucional que, em nossa análise, em razão do *deficit* de normatividade que marca os direitos sociais e do contraste de eficácia entre uns e outros, configura um inaceitável quadro de *concretização constitucional seletiva*.

Impõe-se, ainda, a seguinte anotação metodológica: este artigo decorre de tese de doutoramento cujo norte foi o processo constitucional¹. Estamos convencidos de que os direitos fundamentais sociais, pensados fora do processo, assumem di-

¹ A tese, intitulada “Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela processual coletiva das omissões administrativas”, foi apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco em março de 2007, tendo sido agraciada com a distinção. A tese foi dividida em duas partes. Na primeira, estudou-se o regime jurídico dos direitos fundamentais sociais sob o aspecto material constitucional, em que se desenvolveu, inclusive, a presente avaliação crítica ao tripé denegatório da sua exigibilidade. Na segunda parte, desenvolveu-se estudo do Direito Processual Constitucional e do tratamento processual dos direitos sociais.

menção utópica e os esforços voltados à sua realização, dimensão abstrata. Pensar os direitos sociais em um processo, em juízo, força-nos inclusive a melhor delimitá-los no plano material. De qualquer sorte, falar em justiciabilidade dos direitos sociais sem se fazer acompanhar por uma teoria processual representaria descaso com seu acesso à justiça, já tão restrito. Embora o tema aqui estudado *tenha foco material*, será possível verificar uma contínua preocupação sobre como devem ser tratados os direitos sociais processualmente.

2. A vinculação dos direitos sociais: formalmente reconhecida e veladamente negada

É crucial iniciar esta avaliação pela constatação, *pacífica*, tendo em vista os contornos normativos da Constituição brasileira, da fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que o constituinte os consagrou expressamente como fundamentais, reconhecendo-lhes eficácia vinculante em relação ao Poder Público (Cf. MENDES, 1999, p. 46).

Por isso, o reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais “com todas as conseqüências dessa natureza” (KRELL, 2002, p. 49) implica compreender quais são essas conseqüências. Concordando com as teses de Borowski (2003, p. 148) e Alexy (1997, p. 484-500), afirma-se que somente pode ser considerada norma de direito fundamental a posição que estiver protegida por uma norma vinculante. Assim, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a *sua lesão seja conhecida pelos tribunais*, ou seja, que seja justiciável².

² É essa, aliás, a razão que nos leva a falar em justiciabilidade e não em exigibilidade. A despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que *justiciabilidade* seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais

Porém, ao tratarmos da vinculatividade dos direitos fundamentais em sua dimensão social, surge a necessidade de retomar o significado da chamada “programaticidade” das normas de direito social, uma vez que, não raro, as duas categorias são tidas pelo senso comum jurídico como antípodas e excludentes entre si. É certo que a qualificação das normas sociais como programáticas correspondeu à recepção doutrinária e jurisprudencial duvidosa quanto à sua eficácia, espelhando o ciclo de baixa normatividade que lhe foi consignada (Cf. BONAVIDES, 2006, p. 564).

Reconhecer que os direitos sociais apoiam-se na programaticidade constitucional, significando isso dizer que eles vinculam o legislador infraconstitucional ao futuro e estabelecem uma dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa (Cf. CANOTILHO, 2001, p. 21-22), pode parecer insuficiente para deles extrair-se qualquer exigibilidade digna de nota e, em especial, qualquer exigibilidade passível de articular-se em juízo³.

distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade *em juízo*. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade.

³ Mediante uma estratégia hermenêutica astuta, alguns intérpretes apressaram-se em atestar o óbito da Constituição dirigente quando da publicação de *Direito constitucional e teoria da constituição* (CANOTILHO, 1999). Embora ao leitor atento essa conclusão seja totalmente desautorizada, remete-se também à leitura do elucidativo *Canotilho e a constituição dirigente*, colóquio entre o Professor de Coimbra e destacados juristas pátrios, organizado pelo Prof. Jacinto Coutinho (2003), para que se possa entender em que contexto [global] a Constituição dirigente “morreu” e em que contexto ela ainda dirige (por fugir ao objeto deste tópico), resumidamente dir-se-á que as revisões elaboradas por Canotilho dizem respeito, em especial, à complexidade da integração das nações, sobretudo da União Europeia – na qual se inclui Portugal, com todos os benefícios concernentes (da União Europeia, para os europeus) – e ao contexto da “dirigência” política e jurídica supranacional, no qual a Constituição de um Estado-nação não pode mais, evidentemente, dirigir de forma isolada). Aliás, por ocasião da publicação de *Brançosos e Interconstitucionalidade* (que

A vinculatividade e a exigibilidade das normas de direito social devem ser articuladas e compreendidas na dimensão de sua programaticidade. Uma leitura conservadora do sentido da programaticidade nos conduziria a não retirar nenhuma justiciabilidade imediata daquelas normas; entretanto, não é essa a leitura que se quer propor.

Como bem afirma Canotilho (1999, p. 1101 e ss.), as normas constitucionais programáticas – sejam elas princípios constitucionais impositivos, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado ou regras constitucionais impositivas⁴ (apresentadas em ordem crescente de densidade normativa) – “valem como lei”, pois o “direito constitucional é direito positivo” e porque a Constituição utiliza termos e meios do direito para instrumentalizar o governo, garantir direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas.

Por essa razão, pode-se dizer que seu valor jurídico de modo algum é menor que o do *ius cogens* vigente (Cf. HÄBERLE, 2002, p. 165). Mormente quando lhes é reconheci-

traz entre seus textos o entre nós já conhecido Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo) (CANOTILHO, 2006), retoma-se a tese de que Canotilho matou suas ideias. Parece haver entre nós um certo fetiche em querer que esse autor rejeite as próprias teses, mas como disse Canotilho, “estes ideais não se enjeitam, porque os filhos não se abandonam” (CANOTILHO apud COUTINHO, 2003, p. 43).

⁴ Os princípios constitucionais impositivos são aqueles que compreendem todos os princípios que impõem a realização de fins e tarefas aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador. Eles traçam as linhas diretivas da atividade política e legislativa, sendo chamados também, por isso, de “normas programáticas”. As regras determinadoras de fins e tarefas do Estado associam-se aos princípios constitucionais impositivos e englobam os preceitos constitucionais que fixam, abstrata e globalmente, os fins e as tarefas prioritárias do Estado, relacionando-se, em alguns casos, com os direitos sociais. As regras constitucionais impositivas relacionam-se tanto com os princípios constitucionais impositivos como com as regras definidoras de fins e tarefas. Elas impõem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, em caso de inadimplemento, origina uma omissão inconstitucional (CANOTILHO, 1999, p. 1092 e ss.).

da aplicabilidade imediata, fortalecendo a tendência de que os direitos sociais tornem-se tão exequíveis quanto os de liberdade (Cf. BONAVIDES, 2006, p. 565). E assim deve ser porque a Constituição não é simples ideário e nem as normas jurídicas são conselhos, mas sim a conversão desse ideário em regras impositivas para todos (Cf. MELLO, 1981, p. 236). Logo, se a *constituição vale como lei*, “às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político” (CANOTILHO, 1999, p. 1102).

É possível verificar, portanto, que a concepção de norma programática como mera exortação moral destituída de normatividade foi historicamente ultrapassada (Cf. BARROSO, 2002, p. 120).

Logo, pode-se afirmar que *toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficaz*, restando analisar as condições de vinculação de cada norma em particular. A questão da vinculação dos direitos sociais é, parece, o ponto central do tema: toda a classificação dos direitos sociais consiste, no fundo, na discussão sobre se esses direitos podem ser exigidos judicialmente, por quem e em quais condições. Em sendo historicamente ultrapassado o entendimento da programaticidade como ausência de vinculação dessas normas, vive-se um paradoxo consistente no fato de que, *a despeito da suposta superação do entendimento de que as normas sociais são destituídas de juridicidade, esse entendimento persiste tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que nos leva a concluir que há uma negação mascarada da normatividade desses direitos, sobre os quais há um consenso velado de que “vinculam, mas não vinculam”*.

Chega-se a essa conclusão porque não são poucos os autores que iniciam seu estudo afirmando que todos os direitos

fundamentais, inclusive os sociais, são vinculantes, sendo inadmissível sua qualificação como “meras exortações morais”, mas finalizam opondo *obstáculos à sua justiciabilidade que são apresentados como intransponíveis*. Ora, se são justiciáveis os direitos sociais, que espécie de vinculatividade é essa que lhe é reconhecida? Bem se vê que, quando o tema é assim exposto, esse reconhecimento é meramente *nominal*, vez que não se podem retirar quaisquer consequências concretas da vinculação formalmente reconhecida, mas veladamente negada.

Como foi dito, os obstáculos comumente opostos à sua vinculação e que constituem o tripé denegatório de sua justiciabilidade consistiriam prioritariamente na sua baixa densidade normativa, nas reservas do financeiramente possível e na separação de poderes (reservas do legislador e do administrador). É do primeiro que se passa, a partir de agora, a tratar, verificando em que grau pode-se afirmar que a baixa densidade de uma norma de direito social enfraqueça ou retire a vinculatividade que lhe é nominalmente reconhecida.

3. Densidade normativa e exigibilidade dos direitos sociais

A densidade normativa corresponde à ideia de se definir, *em nível constitucional, com certo grau de precisão*, o objeto ou conteúdo principal da norma (Cf. SARLET, 2001, p. 269). Logo, considera-se densificada, em nível constitucional, a norma que fornece critérios claros e precisos para sua concretização.

Conforme seja maior ou menor o grau de precisão (ou determinação) do objeto da norma no próprio texto constitucional, diz-se que há maior ou menor densidade normativa, razão pela qual se diz que da densidade normativa têm-se reflexos quanto à vinculação, aplicabilidade e justiciabilidade.

Ora, sabe-se, entretanto, que os textos constitucionais caracterizam-se por sua

textura aberta, cujas normas são “rendas, malhas com pontos largos” (MÜLLER, 2000, p. 67), cuja interpretação dá-se nas “penumbras” (Cf. ANDRADE, 2004, p. 187). Porém, afirma-se que alguns preceitos constitucionais possuem maior densidade normativa do que outros.

Se a abertura textual é, como se disse, um *proprium* dos textos constitucionais, pode-se afirmar que essa sua característica potencializa-se em seara dos direitos fundamentais sociais, ou seja, que esses se caracterizam geralmente pela sua baixa densidade normativa. Assim, embora se reconheça aos direitos sociais força normativa, também, por outro lado, reconhece-se que ostentam caráter organizador, planejador, diretivo e dirigente, razão pela qual são menos densos que o *ius cogens*, em grande parte devido à necessária margem de elasticidade requerida para seu adimplemento pela Administração (Cf. HÄBERLE, 2002, p. 165).

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2001, p. 269) afirma que as normas programáticas caracterizam-se por reclamar interposição do legislador para que possam gerar a plenitude de seus efeitos, vez que possuem densidade normatividade insuficiente para permitir seja atingida sua plena eficácia⁵.

Assim, a realização dos direitos sociais é indissociável da política econômica e social de cada momento, sobretudo em um sistema pluralista, de modo a permitir *distintas concretizações*, de acordo com as escolhas

⁵ A ilustração do argumento é primorosa: “Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, etc.)? Que tipo de atividades, na esfera cultural, poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente às expensas do Estado ou da entidade promotora)?” (SARLET, 2001, p. 271).

periódicas do eleitorado, apurando-se a projeção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional (Cf. MIRANDA, 2000, p. 113). Isso significa que deva haver um *espaço de conformação normativo extenso* que preponderantemente seja determinado pelo legislador democraticamente eleito.

Há ainda que dizer que, entre as razões que justificam a interposição do legislador ordinário, sobressai-se a necessidade de ter uma *visão sistemática e geral não só dos custos, mas igualmente dos potenciais afetados pelo benefício* (Cf. PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Disso resulta, muitas vezes, portanto, indispensável a interposição mediadora do legislador infraconstitucional, a fim de conferir àqueles preceitos constitucionais indeterminados ou pouco densos a normatividade necessária à configuração de sua plena eficácia e permitir que a intermediação do legislador infraconstitucional agregue valores políticos às escolhas que devem ser feitas na individualização das prestações que devem ser cumpridas. Esta necessidade justifica-se, portanto, não somente do ponto de vista técnico-jurídico, a fim de permitir que as consequências jurídicas dos preceitos constitucionais possam ser exaradas adequadamente, mas, especialmente, do ponto de vista da legitimação das escolhas e das opções pelas quais a concretização daqueles preceitos vai dar-se.

Por outro lado, com isso não se quer dizer ser democraticamente ilegítima a intervenção judicial nesta área, mas apenas que há preponderância da atuação do legislador. Se, de outra forma, há inércia do legislador, evidentemente outros órgãos do Estado apresentam-se legitimamente para garantir o cumprimento dos fins estatais.

Em linha oposta à que defendemos, porém, há quem afirme que os direitos sociais dependem da interposição legislativa para gerarem *qualquer exigibilidade ou justiciabilidade da prestação neles contida*, donde concluem serem direitos meramente derivados de que somente poderia decorrer

a exigibilidade do dever estatal de legislar (Cf. ANDRADE, 2004, 393 e ss.).

Somando-se a essa a ideia de que a inexistência de um direito em sentido estrito em nível constitucional teria por consequência a limitação de sua justiciabilidade, o que acabaria por impor a “autocontenção” dos juízes que, caso assumissem o papel de “defensores da Constituição”, “iriam suscitar o aparecimento de situações freqüentes de inconstitucionalidade, tendo em conta o caráter generoso do programa de longo prazo contido nos preceitos relativos aos direitos sociais” (ANDRADE, 2004, p. 397 e ss.), teremos a baixa densidade normativa como uma *prévia desautorização genérica* para que tais direitos possam ter a prestação social neles contida reclamados via judicial, deixando-os ao encargo exclusivo do juízo de conveniência e oportunidade do legislador que, embora obrigado, não estaria sujeito ao controle por outro órgão que se entenda competente.

Não é difícil inferir que esse tipo de argumentação leva às conclusões mais conservadoras, no sentido de uma leitura paralisante e estática quanto à realização do conteúdo dos direitos sociais. Nela está *implícita a negação do caráter vinculante* dos direitos sociais, bem como está pressuposto que “as situações frequentes de inconstitucionalidade” *não seriam antijurídicas* no “sentido estrito”, uma vez que, em relação a elas, devem os juízes abster-se de suscitá-las. E tudo isso com base em uma razão, ao que parece, *quantitativa* (fundada na frequência com que as situações de inconstitucionalidade surgiriam) e não qualitativa (vez que a inconstitucionalidade da omissão não pode ser descaracterizada pelo simples fato de que é comum que se deixe de cumprir a Constituição!).

Por outro lado, é necessário reconhecer também as dificuldades específicas que o adimplemento dos direitos sociais implica – e que, em relação à densidade normativa, faz sobressair a necessidade de que escolhas políticas democráticas informem

os critérios de seu adimplemento –, pois o objetivo de contribuir para a atribuição de maior eficácia aos direitos sociais não pode ser atingido por meio da *supremacia de pressupostos ideológicos em detrimento da estrutura técnico-jurídica* dos direitos em exame, sob pena de recair-se na mesma conduta que aqui se critica.

Isso impõe uma *dupla cautela*: (a) evitar as armadilhas de uma leitura que ignore as dificuldades inerentes à concretização dos direitos sociais e (b) evitar as armadilhas de uma leitura acrítica que não se aperceba de que algumas das dificuldades atribuídas à concretização dos direitos sociais são *fictícias*.

Assim, torna-se necessário “desideologizar”⁶ as leituras dos direitos sociais para então se compreender em que termos lhes podem ser atribuídos aplicabilidade e justiciabilidade.

3.1. *Desideologizando a densidade normativa*

A despeito de a densidade normativa de cada preceito constitucional em concreto ser determinante para verificação objetiva do grau de aplicabilidade direta que dele se pode inferir, afirmamos que a leitura dessa densidade normativa é ideologizada.

Mesmo que se reconheça a importância da mediação concretizadora do legislador infraconstitucional, inclusive para fins de manterem-se abertas as opções democráticas de realização dos direitos sociais, é necessário admitir que a vagueza e a fluidez textual nunca consistiram, por si só, em empecilho à concretização de quaisquer direitos, sendo mesmo inerentes ao labor jurídico.

Tomem-se, por exemplo, os conceitos de boa-fé, negligência, abusividade, dano irre-

⁶ Todo conhecimento está imbuído de condicionamentos políticos, sociais, culturais e econômicos (LÖWY, 1994). O reconhecimento desse condicionamento é o primeiro e indispensável passo rumo a maior objetividade possível que, em não sendo nunca a idealizada, é tanto maior quanto maior for o exercício de distanciamento crítico persistente e contínuo do intérprete.

parável, entre tantos outros. Por essa razão, afirma-se ser “puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos” (MELLO, 1981, p. 245).

Por outro lado, o grau de densidade normativa de um direito social, considerado suficiente a ensejar aplicabilidade direta da norma, é um dos pontos mais polêmicos quando se discute a eficácia dos direitos sociais.

De acordo com Alexy (1997, p. 494), a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que podem ser atribuídos a um indivíduo é definitivamente uma questão de ponderação entre princípios.

Assim, o modelo proposto por Alexy (1997, p. 484 e ss.) comporta oito níveis (ou graus) de exigibilidade diferentes, a partir da combinação dos elementos de vinculação e não vinculação das dimensões subjetivas e objetivas e da outorga de direitos definitivos ou *prima facie*. Por meio desse modelo, pode-se compreender, desde logo, que, em sede de interpretação de direitos fundamentais (como um todo), não se está diante de um método de interpretação por subsunção, de tudo ou nada, mas de um método de ponderação e de gradação, que torna sempre necessariamente mais complexa a tarefa de reconhecer o grau maior ou menor de determinação de uma norma (Cf. DWORKIN, 2002, p. 35 e ss.).

Porém, o aspecto de maior relevância que se quer destacar ao se fazer referência à ideologização da densidade normativa é o de que *dois preceitos constitucionais com mesma baixa densidade normativa são interpretados de forma diferenciada quanto à sua força normativa, vinculatividade e aplicabilidade, conforme se trate de um direito de liberdade ou de um direito social*.

Assim, se não se quer adotar uma postura marcada de uma cegueira inadmissível, recusando as dificuldades óbvias inerentes à concretização dos direitos sociais, tampouco pode ser admitida a postura

marcada de outra cegueira igualmente inadmissível: a que impede se veja o quanto a classificação dos direitos fundamentais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, dispensa a *análise objetiva* da estrutura dos direitos fundamentais para atender uma classificação prévia, *já dada*, em que se encontram tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais.

Logo, a *classificação quanto aos efeitos dos direitos sociais* preexiste em relação à sua estrutura e é mesmo dela, em alguns casos, independente e calcada em critérios arbitrários.

Assim, usualmente atribui-se baixa densidade normativa aos direitos sociais quase sempre em comparação à estrutura normativa dos direitos de liberdade, indagando-se sobre se seria certo dotar os direitos sociais da mesma aplicabilidade que têm os direitos de liberdade, apesar de suas diferenças estruturais (Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 75).

Sugere-se aqui uma inversão desse questionamento: *quão diferentes, objetivamente, são as estruturas dos direitos sociais e de liberdade, que justifiquem o tratamento diferenciado quanto à sua aplicabilidade?*

Ora, a vagueza textual dos direitos de liberdade é frequentemente apontada pela doutrina, pois os direitos de liberdade também são marcados por formulações abertas e vagas, sem que deixem de ser diretamente aplicáveis pelo Judiciário, “mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes” (SARLET, 2001, p. 270). Assim, tal como os direitos sociais, também os direitos de liberdade englobam diferente conteúdo, variável estrutura e são, por isso, passíveis de *diversa concretização* (MIRANDA, 2000, p. 107).

Porém, apesar de reconhecida a abertura e vagueza textual também das normas dos direitos de liberdade, a esses uma muito *maior eficácia* é de plano reconhecida. O amplo reconhecimento doutrinário da vagueza e indeterminação textual dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos

de liberdade permite conduzir à conclusão de que seu tratamento díspar quanto à sua aplicabilidade provém, antes, do fato de os direitos de liberdade já terem ultrapassado seu momento histórico de afirmação, sendo hoje plenamente consagrados no *plano político*, e não propriamente em razão de sua estrutura *jurídica*.

Assim, é sua consagração política que lhe permite a dotação de um regime jurídico que consiste na sua plena eficácia imediata e que é tido pela doutrina tradicional como completamente distinto do regime jurídico dos direitos sociais (Cf. BARROSO, 2002, p. 106).

A respeito, tome-se um exemplo apto a ilustrar o que se tem dito:

“Ainda que todos os preceitos constitucionais se manifestem através de conceitos indeterminados: nos direitos, liberdades e garantias, trata-se de concretizar decisões constitucionais, de modo que o juiz pode definir os conceitos, *que devem considerar-se indiretamente determinados por remissão para um consenso pressuposto* (...) já se podem considerar direitos determinados os direitos concretos a prestações individualizadas, quando essas dependem de uma atuação legislativa que, além de obrigatória, é vinculada. Assim, pode haver um *direito dos indivíduos à protecção policial*, fundado na garantia do dever estadual de organizar uma polícia de segurança com determinadas características.” (ANDRADE, 2004, p. 194)

Há que se indagar, com esse exemplo, por que há um *consenso pressuposto* que permite ao juiz definir os conceitos indeterminados dos direitos de liberdade? Qual é a *diferença estrutural* que justifica transmutar um conceito indeterminado em conceito indiretamente determinado?

Igualmente: Por que tal pressuposto consensual não pode ser conferido aos direitos sociais, a fim de suprir-lhes a baixa densidade normativa?

Finalmente, por que se pode entender haver um direito individual à proteção policial e não se pode falar em um direito individual à educação, por exemplo? Qual é a significativa diferença, do ponto de vista da estrutura e densidade normativa, que justificaria a um ser exigível e ao outro, não?

Tudo indica que as respostas a essas perguntas teriam de desbordar do mero plano da densidade normativa e da abertura textual da norma para encontrar guarida em motivos outros que não os da estrutura normativa dos preceitos constitucionais de liberdade ou sociais. Aliás, é por essa singular razão que se tem de recorrer à ambígua categoria de um “consenso pressuposto”.

Disso resulta que a inoperância dos preceitos de direito social deva-se, muito mais, à incorreta compreensão de sua força normativa do que propriamente à pretensa debilidade jurídica que lhe é imputada, cujo propósito é a função dissimuladora da frustração que se lhe impõe. A *negação sutil* da vinculação dos direitos sociais ganha peso com o recurso à interpretação ideologizada da densidade normativa, permitindo que a prática judicial seja *conivente com sua sistemática violação*⁷.

Além disso, parece ter razão Ingo Sarlet (2001, p. 270) ao definir que a interposição legislativa somente é vista como indispensável não com base em motivos estruturais e normativos, mas antes pelo fato de que a realização dos direitos sociais demanda, em regra, elevados encargos financeiros (item 4).

⁷ “Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. (...) Trata-se de uma *negação sutil*, que costuma se dar por via de uma ‘*interpretação dogmática*’ do direito, enfatizando-se, por exemplo, a *inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos* e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida ‘*regulamentação*’ por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes” (FARIA, 2002, p. 98-99, grifos do autor).

3.2. As normas de direito social já foram densificadas

Finalmente, a discussão em torno à densidade normativa dos direitos sociais requer análise sobre a produção normativa infraconstitucional no ordenamento jurídico pátrio. De fato, a necessidade de integração do texto constitucional, na época de sua promulgação, impôs ao legislador ordinário a tarefa de elaborar duzentas e quarenta e duas normas regulamentadoras (Cf. PIOVESAN, 2003, p. 121). Hoje, porém, a maior parte das normas constitucionais de cunho social já foi densificada, tendo sido “devidamente integradas na maior parte por legislação infraconstitucional” (FRISCHEISEN, 2000, p. 83)⁸.

Isso quer dizer que, em grande medida, o problema da densidade normativa *só subsiste no plano retórico* e não é mais um problema que se possa seriamente considerar um obstáculo à atividade jurisdicional. As escolhas do legislador democraticamente eleito já se realizaram, faltando apenas que tais escolhas sejam concretizadas.

Como conclusão, é preciso dizer que, longe de se negar as dificuldades inerentes

⁸ A maior parte das políticas públicas constitucionalmente estabelecidas foi implementada em nível infraconstitucional, “compreendendo disposições atinentes: a) à seguridade social: artigos 194/204 da Constituição Federal; saúde: Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90 (Sistema Único de Saúde); previdência social: Leis n. 8.212/90 e 8.213/90 (Custeio e Benefícios Previdenciários); assistência social: que contém disposições às pessoas portadoras de deficiência e idosos que não podem se manter por si e por suas famílias: Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) e Lei n. 8.909/94 (Lei das Filantrópicas); b) à educação: artigos 205/214 da Constituição Federal e Leis n. 9.394/96 (Diretrizes e Base), 9.424/96 (Fundo de valorização do magistério – FUNDEF); c) à cultura: artigos 215/215 – Lei 8.813/91 (dispõe sobre incentivos fiscais); d) ao desporto: artigo 217 – Lei n. 9.615/98; e) à ciência e tecnologia – artigos 218/219; f) à comunicação social – artigos 220/224 – Lei n. 9.472/97 e Lei n. 9.612/98; g) ao meio ambiente – artigo 225 – Lei n. 9.605/98; h) à família, criança, adolescente e idoso – artigos 226/230 – Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) e Lei n. 8.842 (Política Nacional do Idoso); i) aos índios – artigos 231/232” (FRISCHEISEN, 2000, p. 81 e ss.).

à concretização das normas de direitos sociais, cuja vagueza da redação é manifesta – para além do reconhecimento de outros problemas inerentes à sua concretização, especialmente seus custos –, o que se está aqui a chamar atenção é que essas dificuldades são potencializadas quando se tratam dos direitos sociais e diminuídas, ou mesmo ignoradas, quando se tratam dos direitos de liberdade cuja redação seja marcada pelo mesmo grau de vagueza textual.

A densidade normativa das normas de direito social deve ser verificada *em concreto*, observando-se as peculiaridades de cada situação em particular e tendo-se em conta que a vagueza textual inerente a tais normas implica critério hermenêutico mais complexo do que as normas jurídicas enquadráveis no esquema tradicional da “subsunção”, impondo ao intérprete necessária ponderação dos valores em jogo.

Assim, recusar a fórmula de uma concretização constitucional seletiva requer a adoção de uma postura crítica e isenta, fundada na estrutura objetiva de *cada direito* e motivada pela pretensão de *imprimir eficácia aos direitos fundamentais como um todo*.

Disso resulta a negação da utilização do argumento da baixa densidade normativa – comum a todos os direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, repita-se – como *desautorização genérica apriorística* da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

O proposto exercício “desideologizador” das dificuldades inerentes à aplicação dos direitos sociais consiste, portanto, não na negação dessas dificuldades, mas na recusa de sua potencialização com base em critérios arbitrários.

4. Os custos dos direitos sociais e a reserva do possível

4.1. Todos os direitos são positivos

Há quem esgrima contra a exigibilidade dos direitos sociais o argumento liberal da neutralidade e não intervenção do direito e do Estado no domínio econômico. A

pretensa ingenuidade de acreditar que o direito seja, ou deva ser, neutro acerca da intervenção governamental na ordem econômica há muito vem sendo desmascarada, com pontos de vista os mais distintos, tendo em comum a observação de que Estado e direito, em relação à ordem econômica, podem ser tudo, menos neutros⁹⁻¹⁰.

Por outro lado, a ninguém é dado duvidar que a concretização dos direitos sociais envolve largo dispêndio financeiro, visto que exige implementação e manutenção de serviços públicos, nos quais consistem as prestações fáticas de cunho social. O conteúdo econômico desses direitos é, diz-se, a sua principal distinção em relação a outros direitos, que não envolvem alocação de recursos para sua implementação.

Com base no conteúdo econômico dos direitos prestacionais, parte significativa da doutrina fixou entendimento de que a eficácia desses direitos está condicionada à reserva do financeiramente possível, ou seja, à disponibilidade financeira do Estado para arcar com os custos da realização desses direitos. O princípio da reserva do possível permitiu a alguns juristas *negar categoricamente* a competência dos juízes, dado seu *deficit* de legitimidade democrática, para dispor acerca de políticas sociais que exijam gastos orçamentários (Cf. KRELL, 2002, p. 52).

Exemplo claro tem-se na afirmação de que “os direitos, aqui, se submetem ao natural condicionante de que não se pode conceder o

⁹ Eros Grau (2001, p. 28) é um dos que afirma que a implementação de políticas públicas pelo Estado “enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista”.

¹⁰ É pertinente relembrar a lição de Gramsci (1989, p. 96): “Em virtude do fato de que se atua essencialmente sobre forças econômicas, reorganiza-se e desenvolve-se o aparelho de produção econômica, inova-se a estrutura, não se deve concluir que os elementos da superestrutura devam ser abandonados a si mesmos, ao seu desenvolvimento espontâneo, a uma germinação casual e esporádica. O Estado, inclusive neste campo, é um instrumento de ‘racionalização’, de aceleração e de taylorização, atua segundo um plano, pressiona, incita, solicita e pune”.

que não se possui.(...) Os direitos a prestação peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento” (BRANCO, 2002, p. 146, grifos do autor).

Sem dúvida, como alerta Luís Roberto Barroso (2001, p. 107), a norma jurídica não tem o condão de, *per se*, conformar a realidade ao dever-ser por ela disposto, da mesma forma como “ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam”.

Por outro lado, há que se considerar que os obstáculos financeiros à concretização dos direitos sociais, tal como a discussão acerca da densidade normativa, foi ideologizado ao extremo, impedindo a discussão objetiva dos problemas que o tema suscita.

Assim, se de um lado não se pode descurar dos obstáculos concretos que se impõem à concretização dos direitos sociais, também não se pode descurar do desenvolvimento da consciência jurídica sobre a real impositividade que os mesmos ensejam.

Certamente não há que cair nas armadilhas do “modelo teórico da utopia” de que fala Flavio Galdino (2002, p. 169-171) e que consiste na premissa da inesgotabilidade dos recursos públicos e na irrestrita separação entre o caráter jurídico e os pressupostos econômicos de realização dos direitos.

Porém, tomando-se como verdadeira a tese esgrimida por Robert Alexy (1997, p. 187-188) de que as relações jurídicas não são mais do que uma designação abreviada de um conjunto de direitos a algo, a liberdades e a competências, conclui-se que todos os direitos são positivos e implicam custos pagos pelos contribuintes.

O que vale dizer que nenhum direito se encerra em prestações negativas: todo e qualquer direito possui conteúdo econômico, razão pela qual a escassez de recursos não afeta apenas as premissas da justiça social, mas, da mesma forma, as liberdades.

Como demonstram Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000, p. 35 e ss.), é errôneo pensar que um direito que implica tão-somente uma garantia contra invasão da seara estatal, por consistir em uma inação, não tem custos, ou seus custos são relativamente baixos. Ocorre, porém, que uma gama considerável de recursos estatais destina-se à proteção dessa sorte de direitos.

Em razão disso, Holmes e Sunstein (2000, p. 59 e ss.) afirmam peremptoriamente que todos os direitos são positivos e qualificam como fútil a dicotomia que classifica os direitos em negativos e positivos. Essa dicotomia não faz sentido, explicam, pois não há como pensar sistematicamente uma classe de direitos tão distintos entre si. A ideia de que os direitos negativos protegem a liberdade ao passo que os positivos promovem a igualdade também é prejudicada, pois todo e qualquer direito, inclusive aqueles acerca dos quais nos acostumamos a associar a uma inação estatal, requer uma complexa rede de atuação do Estado. Isso é demonstrado com a exemplificação do paradigmático direito de propriedade que, ao contrário do que se supõe, tem elevadíssimos custos para o Estado e isso apenas para fins de proteção/manutenção daquele direito na esfera jurídica e patrimonial de um indivíduo.

No mesmo sentido, Abramovich e Courtis (2003, p. 135 e ss.) afirmam não ser possível traçar uma distinção qualitativa entre o valor normativo de direitos de defesa e direitos sociais com base na suposta isenção de custos de uns e na alocação de significativos recursos de outros.

De fato, se os direitos sociais possuem marcado conteúdo econômico, o mesmo se diga em relação aos demais direitos de liberdade: imaginem-se os enormes custos requeridos para implementação do sistema eleitoral que assegura o direito ao voto ou mesmo o conteúdo econômico envolvido no asseguramento do direito à prestação (positiva) jurisdicional que viabiliza o direito (negativo) a que ninguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido

processo legal. Ou melhor, imaginemos tão-somente os custos decorrentes do princípio do duplo grau de jurisdição. O mesmo se dá em relação à garantia (negativa) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e a manutenção (extremamente custosa) das esferas legislativas federal, estadual e municipal que tornam possível o princípio da legalidade. Ou nos custos de registro dos direitos autorais e da propriedade intelectual. Os exemplos são inacabáveis. Basta ler o rol de direitos assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal e imaginar quantos deles subsistiriam sem custos diretos e indiretos relativos à sua observação pelo Estado.

No fim das contas, como afirma Canotilho (apud COUTINHO, 2003, p. 36), trata-se de “jogo de sombras”, pois um direito primordialmente prestacional, como o direito à jurisdição, não explica a razão pela qual é incluído entre os direitos, liberdades e garantias quando possui a mesma estrutura de outros direitos prestacionais.

Assim, a reflexão acerca dos custos dos direitos deve ser revista levando-se em consideração que a tradicional oposição entre direitos de liberdade e direitos sociais, quanto à intervenção estatal, cai por terra.

Sem dúvida, tais observações são imprescindíveis para compreensão do problema do conteúdo econômico dos direitos sociais e do quanto a alocação de recursos como óbice à realização dos direitos sociais tomou, mais uma vez, contornos ideológicos. Não é inoportuna a comparação entre a argumentação que afasta a normatividade dos direitos sociais pela ausência de reserva financeira àquela denunciada por Karl Marx, em *O Capital*, acerca também dos “embustes” que se impuseram aos direitos sociais, tocantes à regulamentação da jornada de trabalho de crianças, adolescentes e mulheres.

Tal como hoje se esgrime a inviabilidade financeira do Estado como óbice ao cumprimento da lei, àquela época esgrimia-se, do mesmo modo, a inviabilidade financeira

da indústria ao cumprimento da lei que impunha limites ao sistema de turnos de trabalho. Por essa razão, foram os inspetores fabris instruídos para “não interferirem contra os fabricantes por infração à letra da lei”, uma vez que não se admitia fossem “os grandes interesses industriais deste país ser tratados como coisa secundária” (MARX, 2001, p. 332, 320 e ss.). Passados cento e cinquenta anos, tem-se a impressão de que mudam os problemas, mas não as maneiras de combatê-los.

Mais uma vez, o tratamento díspar quanto às consequências dos custos envolvidos para concretização dos direitos fundamentais provém do fato de os direitos de liberdade terem sua legitimidade consagrada aprioristicamente, ao contrário dos direitos sociais que, em regra, *a priori*, têm contra si uma profunda desconfiança que culmina numa *desautorização prévia e genérica* em relação aos mesmos.

4.2. A reserva do possível: da mística à técnica

Somente conscientes desta potencialização, em nível ideológico, dos problemas relacionados aos custos dos direitos é que se pode, então, compreender o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*). Topos da jurisprudência constitucional alemã, segundo a qual os direitos sociais somente consistem em direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado quando houver disponibilidade de recursos financeiros para tanto, colocam a decisão acerca da disponibilidade de tais recursos no campo da discricionariedade governamental e parlamentar para composição dos orçamentos públicos, esvaziando o papel do Poder Judiciário a esse respeito (Cf. KRELL, 2002, p. 52).

É paradigmática a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca do “*numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), [que reconheceu] que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários

para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’” (MENDES, 1999, p. 47-48).

Essa decisão ganhou enorme repercussão doutrinária no Brasil, nem sempre de forma responsável, o que fez com que Andreas Krell (2002, p. 51 e ss.) a ela se referisse como uma falácia da reserva do possível que é fruto de um direito constitucional comparado equivocadamente. A falácia de que trata Krell consiste no evidente descompasso entre as realidades brasileira e alemã, notoriamente sobre o problema da exclusão social, redundando em que o conceito alemão de redistribuição da riqueza (*Umverteilung*) – que serve de fundamentação à ideia de reserva do possível – tenha conotação completamente distinta da que tem no Brasil. Daí decorre que a discussão sobre os limites do Estado Social e a contenção das prestações estatais que se trava na Alemanha não possa ser transplantada para cá, em razão de não se haver concretizado um Estado de Bem-Estar.

Parece-nos que uma adequada interpretação desse princípio impõe três observações. Em primeiro lugar, deve-se salientar que a Corte alemã negou que o Estado fosse obrigado a criar vagas nas universidades públicas suficientes para atender a *todos* os candidatos.

Em segundo lugar, que o direito constitucionalmente garantido do cidadão que satisfaz às condições subjetivas de admissão ao estudo universitário de sua escolha encontra-se “sob a reserva do possível, no sentido do que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade” (BVERFGE, p. 333 apud ALEXY, 1997, p. 425, grifo do autor).

Em terceiro lugar, o Tribunal expressou haver um direito *prima facie* de todo cidadão que tenha sido aprovado a ser admitido em uma instituição educacional de sua escolha, deixando em aberto os termos em que tal direito *prima facie* pode converter-se em um direito definitivo (Cf. ALEXY, 1997, p. 425).

Em síntese, salienta-se que o Tribunal rejeitou pedido de criação de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos, pedido que, para além de fugir à reserva do financeira e faticamente possível, afigurou àquele Tribunal como *desarrazoado*, ou seja, *acima da expectativa social aceitável*, reconhecendo, entretanto, um direito *prima facie* que poderia, sob certos pressupostos, converter-se em direito a prestações por parte do Estado. A reserva do possível deve ser entendida, portanto, não como inviabilidade *a priori* de realização dos direitos sociais, mas antes como *necessidade de ponderação dos bens em jogo* (ALEXY, 1997, p. 498).

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de *mero topos retórico destinado à desqualificação a priori dos direitos sociais*, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos *contornos místicos*.

Aliás, o princípio da reserva do possível, pensado no contexto do processo constitucional, *no mínimo*, impõe como condição a que se alegue a reserva do possível, num eventual impedimento à concretização de um direito social, a demonstração da incapacidade financeira do Estado, ou seja, o ônus de provar que o Estado não pode arcar com os custos da implementação do serviço público no qual consiste o direito social. Afinal, como é regra em processo, essa não pode ser abstratamente pressuposta.

Além disso, a interpretação equivocada da ideia da reserva do possível no Brasil, ao pretender a limitação da eficácia dos direitos sociais exclusivamente à disponibilidade financeira do Estado na gestão dos serviços públicos básicos em que consistem aqueles, secundou (ou até mesmo ignorou)

o fato de ter a Corte Constitucional alemã entendido que a exigibilidade do direito social deva *pautar-se pela razoabilidade*, não se podendo exigir, *independentemente da disponibilidade financeira do Estado*, o cumprimento de prestação que supere aquilo que razoavelmente dele se pode cobrar.

Mais acertada, portanto, é a posição de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 29 e ss.) que impõe ao adimplemento dos direitos sociais a sujeição ao princípio da razoabilidade, tido não somente como “técnica de balanceamento de interesses”, mas como princípio legitimador apto a conferir proporcionalidade e equilíbrio às decisões judiciais. Se se admite que os direitos sociais são direitos fundamentais na medida em que atendem ao mínimo existencial, continua o autor, o princípio da razoabilidade adquire papel central na determinação do que pode e do que não pode ser exigido como direito fundamental social. Somente o que sobreexcedesse o *mínimo razoável* é que poderia ser limitado pela reserva orçamentária.

Finalmente, mas não menos importante, Flavio Galdino (2002, p. 213) chama atenção para que a negação dos direitos sociais, com base na limitação orçamentária, pressupõe *um orçamento determinado*, ignorando que os recursos públicos são captados em caráter permanente e que a captação não cessa nunca, nada impedindo, portanto, que um orçamento posterior assumira a despesa relativa aos gastos sociais.

Assim, há que se guardar cautela quanto à apropriação do princípio alienígena da reserva do possível, pois, enquanto a Alemanha já superou o modelo de Estado de Bem-Estar Social, o Brasil nem atingiu a Modernidade, não tendo cumprido minimamente as promessas de liberdade e de igualdade para a parcela mais significativa da população¹¹ (Cf. ARRUDA JR., 1997, p. 82).

¹¹ Aliás, evidencia-se nisso uma ironia: O Brasil vive ainda, em relação às conquistas do Iluminismo, numa pré-modernidade, ao mesmo tempo em que se vê forçado a ingressar na pós-modernidade neoliberal, vendo-se compelido a retroceder quanto às políticas

Logo, a adoção *acrítica* da reserva do possível para o caso brasileiro representa a *legitimação cínica da omissão do Estado*, diante do quadro crônico de falta de recursos financeiros para satisfação mínima das áreas sociais, sobretudo quando se excluem as vias de controle jurisdicional sobre os gastos públicos.

Diante, mais uma vez, dos contornos ideológicos dados à reserva do possível, contornos esses que fazem do instituto um argumento meramente retórico voltado à desautorização da exigibilidade dos direitos sociais e, por outro lado, diante do fato de que a reserva do possível aponta para um dado real de que os direitos sociais implicam alocação de recursos e que a ausência desses recursos é óbice – ao menos momentâneo – ao seu adimplemento, parece-nos crucial o tratamento do princípio da reserva do possível sob o aspecto jurídico, dando-lhe contornos técnicos que possam contribuir para definir em que casos e sob quais condições a reserva do possível tornaria inexigível uma norma de direito social.

Iniciando pela comparação da reserva do possível com outras esferas jurídicas, nas quais a capacidade financeira do devedor é levada em consideração, é possível apontar para consequências no plano material e no plano processual.

No plano material, a capacidade financeira do devedor pode determinar o vencimento antecipado da dívida (arts. 333 e 1.425 CC), justificar a recusa do cumprimento da prestação até que a parte que teve seu patrimônio diminuído satisfaça a prestação que lhe compete ou dê garantia à satisfação (art. 477 CC), bem como servir à estipulação do *quantum* devido em indenização de cunho extrapatrimonial. Como se vê, em nenhuma circunstância a incapacidade financeira do devedor da obrigação volta-se contra o credor, donde nos parece lícito concluir que a reserva do possível

públicas que mal chegaram a ser implantadas, sem nunca ter vivenciado a Modernidade.

não tem o condão de esvaziar a pretensão do titular de um direito social¹².

No plano processual, a capacidade financeira do devedor importará no momento da fase executiva e somente nessa fase. A razão disso é que a inexecutibilidade de um título judicial nunca teve o condão de invalidar o título. Da mesma forma, não se tem notícia de que, na fase processual cognitiva, o juiz tenha deixado de reconhecer a pretensão do autor e de declarar seu direito porque o réu não poderia, no futuro, suportar a execução do *decisum*. A fase cognitiva e a fase executória guardam autonomia¹³ – inclusive no paradigma do processo sincrético – e a impossibilidade fática de executar o julgado não interfere na função que tem o juiz de declarar o direito e entregar a prestação jurisdicional, dando razão ao autor que tem direito, como apregoa a máxima chiovendiana.

Logo, esclarecido que a incapacidade financeira, no plano processual, não tem o condão de afastar a declaração de direito do autor que tem pretensão fundada, resta avaliar, aí sim, sua consequência na fase executiva.

A incapacidade financeira do devedor, tendo em vista que, de regra, a execução se dá sobre o patrimônio do próprio devedor, acarreta a inutilidade dos atos executórios. Ainda assim, essa inutilidade não é tida por definitiva, uma vez que a inexistência de bens é causa tão-somente de *suspensão do processo executivo*, consoante regra do art. 791, III, CPC.

¹² A pretensão decorre de um dever constitucional determinado (densificado). A respeito, sugerimos consultar nossa classificação quanto à tipologia eficaz das normas de direito social. Da mesma forma, os temas relativos ao pedido e ao ônus da prova foram tratados na parte processual de nossa tese “Exigibilidade dos Direitos Sociais...”.

¹³ Tome-se a explicação de Araken de Assis (2006, p. 86) sobre eficácia executiva: “a satisfação do autor vitorioso (...) não decorre do juízo positivo acerca da sua razão, e consequente procedência da demanda ajuizada. Ela depende da prática de atos materiais tendentes a outorgar ao vitorioso o bem da vida”.

De regra, porém, a execução contra o Estado relativamente ao adimplemento dos direitos sociais consistirá em pedido de cumprimento de obrigação de fazer e não em execução patrimonial indireta contra a Fazenda Pública. Assim, e tendo em vista que o tema concernente ao pedido que consiste no dever estatal de prestações fáticas decorrente de norma de direito social foi tratado em outro lugar e que desborda dos limites do trabalho aqui proposto, apenas para delimitar os contornos jurídicos do princípio da reserva do possível, dizemos que a execução *lato sensu* das obrigações de fazer implica um fazer do devedor; nesse caso, porém, o fazer mostra-se complexo e com repercussão patrimonial. Parece-nos que, analogamente, a falta de recursos orçamentários pode suscitar a *suspensão do processo sincrético*¹⁴ em que se pede o adimplemento do *facere* com repercussão patrimonial, de que o devedor não dispõe no momento.

Tudo isso estaria em consonância com a advertência de que a captação orçamentária estatal tem caráter permanente e dinâmico – e não estático – e que recursos momentaneamente inexistentes, num dado exercício financeiro, poderão estar previstos na dotação orçamentária seguinte.

Feitas essas observações, entendemos que o princípio da reserva do possível pode ter as seguintes consequências jurídicas: (a) pode tornar o direito social ineficaz e, portanto, inexigível ou (b) pode gerar a suspensão do processo ou (c) não produzir nenhuma consequência jurídica, permanecendo incólume a esfera de eficácia e exigibilidade do direito social pleiteado. Expliquemos melhor as três hipóteses.

¹⁴ A aplicação da hipótese de suspensão processual é *análoga* porque fazemos menção à tutela inibitória prevista no art. 461 do CPC que, a princípio, teria as hipóteses de suspensão previstas pelo art. 265 do CPC. Como, entretanto, trata-se de processo sincrético, ou seja, de processo em que as fases cognitiva e executiva fundam-se e, mais ainda, de hipótese que a doutrina – não sem críticas, mas que se mostram neste momento inoportunas – intitula de execução *lato sensu*, a regra do art. 791, III, CPC encontraria adequada aplicação.

a) O princípio da reserva do possível pode tornar o direito social *ineficaz* e, portanto, inexigível quando, sob o aspecto material:

O pedido não se pautar pela razoabilidade, que é condicionante do reconhecimento do dever do Estado no caso concreto, de um lado, e do direito definitivo, de outro. A razoabilidade é condicionante do reconhecimento dos gastos que o Estado deve arcar para o adimplemento dos direitos (razoáveis) reconhecidos. Assim, o pedido que exigir o cumprimento de prestação que supere aquilo que razoavelmente se pode cobrar do Estado ou, ainda, que sobreexceder o mínimo razoável deverá ser indeferido, sendo ineficaz e inexigível, em razão da reserva do possível.

b) O princípio da reserva do possível, sob o aspecto processual, pode *suspender o processo* em que se exige o adimplemento de direito social, diante das seguintes condições:

Em sendo razoável o pedido, não pode a incapacidade financeira do Estado, como se viu, tornar inexigível um direito que, sob todos os aspectos jurídicos, é eficaz. Ora, se a captação de recursos por parte do Estado tem caráter permanente, não cessando nunca, isso equivale a dizer que a incapacidade financeira do Estado para adimplir o direito social pleiteado somente pode gerar um impedimento provisório. Assim, inexistindo recursos orçamentários suficientes para adimplir o direito social que se exige, a reserva do possível, nessa hipótese, vai gerar a suspensão do processo em que se pleiteia o direito social.

A outra condição inafastável a que a alegação de reserva do possível possa suspender a eficácia da norma de direito social é que o Estado *cumpra o ônus da prova* quanto à incapacidade imediata de arcar com os custos relativos ao adimplemento do direito social requerido.

c) Finalmente, o princípio da reserva do possível não *produz nenhuma consequência jurídica*, sendo imediatamente exigível o direito social quando:

Deixar o Estado de cumprir o ônus da prova que lhe compete, assim entendido tanto a perda da oportunidade probatória quanto quando as provas não demonstrarem a desoneração do Estado em seu dever legal.

O ônus de provar o fato que enseja um impedimento quanto à pretensão do autor, seguindo regra do art. 333 do CPC, é do réu. Admitindo-se que a reserva do possível gera a suspensão do processo, tem-se a consequência necessária de que o ônus de comprovar a incapacidade financeira da administração é dela própria.

Aliás, nem se cogite de qualquer presunção, nesse ponto, a favor do Estado. Mesmo porque, se houvesse que se falar em presunção, esta seria a de solvência da administração (*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*). Some-se a isso a absoluta impossibilidade de o autor poder desincumbir-se deste ônus caso se conjecturasse, por mero amor ao debate, na hipótese de inversão do ônus da prova.

Logo, em sendo o ônus da prova um critério para a formação do convencimento e da decisão do juiz, tem-se que a mera alegação da reserva do possível em processo em que se defende a administração-ré, desacompanhada de meios de prova suficientes para demonstração da sua incapacidade financeira imediata, não a isenta do cumprimento do seu dever constitucional determinado, obrigando ao adimplemento da prestação fática em que consiste o direito social exigido.

5. A separação de poderes como óbice à aplicação judicial dos direitos sociais

5.1. A separação de poderes no marco do Estado Constitucional Democrático

A avaliação crítica do último suporte do tripé denegatório da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais inicia por pensar o Estado Constitucional Democrático de cunho social e novos paradigmas à interpretação do princípio da separação dos poderes nele forjados, em razão da so-

breposição de competências que manifesta a relativização daquele princípio em sua formulação clássica.

De um lado, têm-se as reservas do legislador e do administrador¹⁵, supostamente invadidas pelo controle judicial das omissões legislativas e, em especial neste caso, administrativas. De outro, se tradicionalmente o exercício do poder executivo jamais prescindiu de uma esfera independente de regulamentação, a crescente complexidade da agenda política, que demanda a articulação entre uma pauta de reivindicações e atores conflitantes e mesmo antagonísticos, torna muito mais árduo o processo de execução das leis e a implementação das políticas nelas adotadas, exigindo ampliação daquela esfera ou espaço livre para a disposição normativa do executivo.

Diante desse quadro de redesenho das funções estatais classicamente estabelecidas pelo princípio da separação de poderes, pergunta-se se o mesmo encontra-se superado, o que nos remete à sua configuração original, em Locke e Montesquieu.

Locke engendrou a divisão de poderes como princípio de limitação do poder monárquico em razão da representação popular e como técnica de garantia de direitos e liberdades individuais.

Jeremy Waldron (2003, p. 78) afirma que Locke encerra um enigma: em sendo o defensor da legislatura limitada, defende ser a mesma suprema, nunca sujeita a nenhum outro corpo. De fato, Locke por várias vezes afirma, em seu *Segundo tratado*, que o poder legislativo é o poder supremo da sociedade política¹⁶.

¹⁵ Por reservas do legislador e do administrador, fazemos, neste momento, referência ao que se chama de *reserva geral*, calcada na própria noção de separação de poderes e que indica o “núcleo essencial” ou a “função primária específica” de cada um deles. Adiante, essas categorias ganharão conceitos distintos (a ponto de se falar em “reservas de administração”, por exemplo) a serem oportunamente explicados. A respeito, ver: CANOTILHO, 1999, p. 686-689.

¹⁶ Veja-se: “esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sa-

Entretanto, é importante compreender que Locke fundava-se na noção do poder legislativo como o “poder conjunto de cada membro da sociedade” e na noção de lei como expressão do bem público, do “consentimento da sociedade”, sendo a concepção do legislativo como poder supremo uma consequência dessas premissas. É para preservação dos fins desse poder que previa que aqueles que elaboram a lei tivessem de a ela submeter-se, a fim de assegurar que a mesma fundasse-se naquela vontade comum e não fosse a expressão momentânea de uma vantagem particular. A submissão à lei seria, portanto, premissa de imparcialidade do legislador quanto aos seus próprios interesses. Da mesma forma, para Locke a separação entre legislativo e executivo seria, fundamentalmente, uma garantia de transitoriedade daqueles que detivessem o poder legislativo – e portanto garantia de sua submissão às próprias leis –, em contraposição à perenidade do poder executivo¹⁷.

Montesquieu, por sua vez, radicaliza a necessidade de que um poder contenha o outro. Com ele, a garantia de liberdade política do cidadão contra a ameaça de execução tirânica do poder concentrado em um só homem decorre não apenas da limitação de cada poder, mas no exercício do *controle dessa limitação* contido na fórmula “le pouvoir arrête le pouvoir”, que encontraria seu ideal num regime em que vigorassem

grado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha depositado”. Ainda: “para a preservação da comunidade não possa haver mais de *um único poder supremo*, que é o legislativo” (LOCKE, 1998, p. 503, 518, grifos do autor).

¹⁷ “O poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleias, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis, e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas as leis que formularam (...). Porém, como as leis de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução e assistência, é necessário haver um *poder permanente* que cuide da execução das leis”. LOCKE, 1998, p. 515, p. 503-504, grifos do autor).

contrapesos ao poder do rei (RIBEIRO apud MONTESQUIEU, 2005, p. 38).

Assim, Montesquieu (2005, p. 173, 176) elabora sua defesa de que uma parte “prende a outra com sua mútua faculdade de impedir”¹⁸. O princípio da separação de poderes por ele concebido idealiza um poder estático: “Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”¹⁹.

Assim, é pela organização estatal estanque provida pela teoria da separação de poderes e pela despersonalização do poder que se concebe o Estado moderno como garantia dos direitos individuais e contra o absolutismo.

Das muitas críticas feitas à tese da separação de poderes, destacamos a de Karl Loewenstein (1986, p. 56), que vislumbrou a impossibilidade da distinção entre as funções legislativa e executiva, visto que seriam diferentes técnicas do exercício da liderança política e da atividade de governo.

A atualidade dessa crítica faz-se sentir num momento em que há a preocupação com o esvaziamento das opções políticas inerentes à administração. Afinal, não é injustificado o temor de substituição do político pelo técnico. Se um rigoroso enquadramento técnico pode ser antitético ao convívio democrático, deve ser “a criatividade do político que ‘atualiza’ as exigências

¹⁸ A tese de contenção mútua do poder fica evidente em Montesquieu (2005, p. 173-174): “Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes. (...) Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o poder de frear o executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas”.

¹⁹ A propósito, a expressão “aller de concert”, aqui traduzida como “avançar concertadamente” (tradutora Cristina Murachco), também é traduzida como ir ou avançar “em conjunto”, certamente mais apropriado.

nas normas e, mesmo sob um controle pelo Judiciário, o poder deve ter certos espaços nos quais valora, à sua vontade, as decisões que toma” (SANTOS, 2004, p. 96).

Ora, se muito antes do desafio do pluralismo político constitucional já se previa uma esfera mínima necessária para que o executivo exercesse suas prerrogativas²⁰, então muito mais razoável essa preocupação faz-se hoje.

Hoje, o paradigma de Estado Constitucional, ao mesmo tempo em que exige muito mais do poder executivo, também sobre ele intervém e limita muito mais. O pluralismo político e cultural acolhido pelo modelo estatal constitucionalista impõe dificuldades que desafiam não só cada um dos poderes do Estado, mas em especial as relações que entre eles estabelecem-se²¹.

Somando-se a isso, a juridicização e constitucionalização de toda sorte de prerrogativas, que se deixa entrever pelo rol crescente de dimensões dos direitos fundamentais – que cresce não só do ponto de vista numérico, mas também quanto à sua complexidade²² –, acentua a sensibiliza-

²⁰ “o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discrição daquele que detenha o poder executivo (...) muitas questões há que lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo (...) é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo” (LOCKE, 1998, p. 529).

²¹ Marcelo Neves (2006, p. 19) compreendeu perfeitamente essas dificuldades: “Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna. Não se trata apenas de uma fórmula para ‘domesticar’ ou ‘domar’ o Leviatã. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã”.

²² É errada a suposição de um desenvolvimento histórico linear dos direitos fundamentais, no qual as últimas dimensões expressariam a superação das primeiras. Ao contrário, todas as dimensões se implicam reciprocamente. No caso brasileiro, essa afirmação é autoevidente, pois, ao passo que as preocupações com a bioética e com a biogenética ganham espaço

ção das relações entre poderes ao colocar a justiça constitucional como catalisadora das mais distintas articulações sócio – político – culturais, o que igualmente desencadeia difíceis relações que se travam entre supremacia constitucional e democracia.

Por tudo isso, ao mesmo tempo em que a noção de separação de poderes vem sendo desafiada e se lhe impõe reinvenção conceitual, por outro lado, ela deixa de ser apenas um mecanismo de afirmação de direitos, alçando-se um sistema de preservação da própria democracia.

Como afirma Clèmerson Clève (1993, p. 42), se uma interpretação rígida e dogmática da separação dos poderes não funciona, por outro lado, como “idéia racionalizadora do aparato estatal ou enquanto técnica de organização do poder como garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado”.

Finalmente, se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência (e não de independência dos poderes), com o necessário controle recíproco, nisso não residindo o exercício de funções próprias de outro poder (GRAU, 2001, p. 330).

Aliás, talvez o principal embaraço que se apresente seja justamente o de redefinir quais sejam as funções próprias de cada poder e o quanto das funções próprias de outro poder é necessário absorver a fim de desincumbir-se de suas próprias funções.

5.2. Por um ativismo judicial democraticamente responsável

Não é difícil, portanto, notar que a oposição do princípio da reserva de poderes à justiciabilidade dos direitos sociais merece ser contextualizada.

não somente na literatura acadêmica especializada, mas também na agenda política, ao mesmo tempo não cessam as preocupações em relação à tortura e, em especial, o tema de que nos ocupamos: a implementação dos direitos sociais básicos.

A favor das reservas do legislador e do administrador e contra o controle judicial das normas de direito social, sobretudo as programáticas, tem-se a complexidade de critérios necessariamente envolvidos na solução, que desborda do esquema conflitual individual tradicionalmente posto em juízo.

Uma decisão que envolva um direito social vai seguramente deparar-se com o problema dos custos da efetivação desse direito e, em consequência disso, das prioridades orçamentárias do Poder Público, o que significa, em última análise, decisão acerca das prioridades na implementação das próprias políticas públicas consagradoras dos direitos sociais (e isso não na perspectiva individual, mas na análise acerca das prioridades da coletividade, vista como um todo).

Nesse sentido, é relevante a reflexão de que a intervenção judicial não deva modificar a distribuição geral de recursos de forma a prejudicar o conjunto de beneficiados pelos direitos sociais, chamando-se atenção para a relevância de uma visão sistemática e geral dos custos e também dos potenciais afetados pelo benefício²³ (Cf. PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Com razão, escreve Böckenförde (1993, p. 79) que ninguém pretende a substituição do ordenamento constitucional democrático por um Estado judicial. Por outro lado, se não se deseja um governo de juízes, cujas ferramentas decisórias tradicionais são inoperantes para resolução de conflitos em que se imponha resolução de impasses políticos e de interesses sociais coletivos e antagônicos, para além do seu *deficit* democrático,

²³ Que são também afetados pela decisão, mesmo quando em demanda individual, ao menos de forma indireta. Se uma decisão determinar que o Estado realize, de forma imediata, um transplante de órgãos em paciente que demonstra urgência de tratamento, isso certamente afetará os demais que estão na fila de espera que, por sua vez, já é organizada (também) pelo critério da necessidade e da urgência. Esse é um dos motivos pelos quais se propugna a priorização da tutela coletiva dos direitos sociais sobre a individual.

igualmente não se quer um *desgoverno*. Por isso, devem ser rechaçadas as *omissões abusivas* do legislador – e, acrescente-se, do administrador – em sede de direitos fundamentais, caso que dá ensejo ao controle judicial da omissão (Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 66; ALEXY, 1997, p. 422). Assim, pode-se ver um impasse entre o *governo de juízes* e o que se chamou de *desgoverno*, apresentando-se riscos de abusos dos dois lados.

Além disso, a crítica à ausência de legitimidade democrática dos magistrados não pode desconsiderar a necessária contextualização social da teoria democrática, sob pena de reduzi-la a outro topos retórico destituído de valor. Sobretudo numa democracia marcada antes por ser delegativa do que representativa, e isso justamente porque a extrema desigualdade social subtrai a capacidade de se fazer representar, alimentando um ciclo de dependência política no qual “há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo” (WEFFORT, 1992, p. 108).

A relação entre ausência de políticas públicas asseguradoras dos direitos sociais e o enfraquecimento da democracia em seu sentido substancial não pode, portanto, ser ignorada. Assim, se é correto o temor de que um ativismo judicial exacerbado incorreria em degradação da esfera política, podendo constituir-se em ameaça à democracia, por outro lado, o problema maior do argumento acerca dos riscos de um governo de juízes é a forma *conservadora* com que, às vezes, é o mesmo manejo, chegando-se ao extremo de falar em uma ditadura da Constituição (ANDRADE, 2004, p. 195).

Ora, a resposta à ideia de uma ditadura da Constituição reside no fato de que, no Estado de Direito, o poder estatal não preexiste à Constituição, mas é por ela constituído e limitado, pois o princípio do Estado de Direito não pressupõe unidade política e poder ilimitado, que só posteriormente é

necessário circundar de barreiras (HESSE, 1998, p. 159).

Igualmente, os poderes estatais não são independentes entre si. Se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência e não de independência dos poderes, com o necessário controle recíproco, cabendo ao Judiciário, justamente “sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico”, nisso não residindo o exercício de funções próprias de outro poder. O que o princípio da *supremacia da Constituição* determina ao Poder Judiciário é “assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o *poder*” (GRAU, 2001, p. 330-331).

Ora, pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e conseqüentemente o controle jurisdicional, inclusive da Administração; não há que se falar em ingerência indevida quando se tem, ao oposto, justamente exercício da função primária específica.

Da mesma forma, permitir-se que as premissas constitucionais vinculantes fiquem dependentes exclusivamente do juízo de oportunidade e conveniência do poder obrigado (devedor da prestação constitucionalmente estabelecida), sem nenhum controle dos demais poderes estatais, ao contrário de ser a consagração da separação de poderes, é justamente o rompimento desse princípio, o desfazimento do sistema de freios e contrapesos.

Para Mauro Cappelletti (1999, p. 42), o papel que se espera do juiz no Estado social de direito é que, como “ramo” do Estado que são, contribuam com a “tentativa do estado de tornar efetivos tais programas”, contribuição que se realiza na forma de exigência “do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que,

por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

No mesmo sentido, tem-se apontado, em relação à dimensão política dos direitos sociais, que a norma adquire comensurabilidade de natureza política, vez que é possível ponderar as prioridades governamentais e legislativas. O direito social assume contornos de instrumento de governo e administração ao orientar os critérios legitimatórios das políticas sociais e transforma a política numa moeda universal (MACEDO JR., 2005, p. 562-563)²⁴.

Certamente não desejamos um deslocamento absoluto²⁵ da arena política e do espaço de conformação dos interesses coletivos para o Judiciário, o que implicaria um enfraquecimento e, portanto, um retrocesso quanto às garantias democraticamente formais conquistadas historicamente.

Por outro lado, dessa conquista histórica não pode resultar uma estagnação que

²⁴ O autor utiliza uma “situação” que ilustra bem sua explanação: “Após perderem diversas batalhas políticas (no Congresso) no sentido de limitar o uso de tabaco, a política pública com relação ao setor parece estar se alterando em razão de ações judiciais propostas pelos 18 Procuradores-Gerais de diversos Estados americanos que agora chegaram a um acordo no valor de 206 bilhões de dólares a serem pagos nos próximos 25 anos. A matéria critica o fato de que o uso das ações como meio de pressionar os produtores constitui-se em mecanismo não transparente e não democrático para a elaboração de políticas de governo” (idem, p. 559).

Também ilustra bem esta mutação nas esferas de decisão – utiliza-se a expressão mutação, e não simplesmente transferência – o filme “O Júri”. Nesse filme, o advogado de uma viúva, cujo marido faleceu num destes inexplicáveis *mass murderers* dentro da empresa em que trabalhava, litiga contra a indústria fabricante da arma utilizada para matar a vítima. Claramente, a disputa era de cunho político. O advogado, interpretado por Dustin Hoffman, esclarecia ao júri que aquela seria uma condenação inédita, a partir da qual a violência no país passaria a ser um problema da indústria armamentista. A discussão dos jurados não deixou passar em branco o caráter predominantemente político que sua decisão assumiria, consistindo nisso o seu principal dilema.

²⁵ O termo “absoluto” é indispensável, uma vez que, em sendo também política a atividade judicial decisória, não há como vislumbrar-se (ou tampouco desear) uma separação estanque entre as duas esferas.

finda por ser, em termos práticos, um igual enfraquecimento e retrocesso da democracia, sendo oportuno o alerta de Canotilho (apud COUTINHO, 2003, p. 30-31) quanto à transmutação das esferas de poder no contexto da globalização neoliberal, que estabelece níveis privados de governança²⁶, com forte impacto nas regulações econômicas, destituídos de quaisquer controles.

Os índices de marginalização e exclusão social e de concentração da riqueza²⁷ – *mais de um terço da população brasileira não possui saneamento básico*²⁸ – não admitem o conformismo, mormente quando constitucionalmente (e mesmo supranacionalmente) reconhecidos os direitos sociais básicos à existência digna: a impossibilidade de fruição dos direitos sociais mais elementares é, por si só, a maior ameaça à democracia.

O desafio que um *ativismo judicial democraticamente responsável* impõe é o de, em não abrindo mão das conquistas históricas, tampouco entregar-se à estagnação, ou seja, se não se quer retroceder em relação às conquistas da democracia formal, igualmente não se quer deixar de caminhar

²⁶ O documentário “A Corporação” aborda o problema da governança privada e da falta de controle sobre as corporações, indicando o quanto os direitos fundamentais foram sendo, aos poucos, subvertidos em direitos à serviço das “pessoas jurídicas” (ACHBAR; ABBOTT; BAKAN, 2003).

²⁷ De acordo com o Atlas da Exclusão Social no Brasil, 41,6% dos municípios brasileiros possuem o menor Índice de Exclusão Social registrável (0.0 a 0.4), sendo os piores resultados apresentados nas regiões Norte e Nordeste (POCHMAN; AMORIM, 2003, p. 25). Por outro lado, no Atlas destinado ao estudo dos ricos no Brasil, afirmam: “Tem sido marcante no Brasil a inalteração do jogo distributivo, mesmo quando se trata do aparecimento de novos jogadores e da mudança do perfil de geração e apropriação da riqueza” (Idem), verificando-se que a participação dos 10% mais ricos na riqueza total do país era de 75,4%, no final da década de 90, havendo que constatar também que esse percentual mostrou-se sempre *crecente* no período entre o fim do século XIX até o fim do século XX (Ibidem, p. 28).

²⁸ Os dados são do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e foram divulgados no Jornal do Commercio de 31 de maio de 2008 (Caderno de política, p. 9).

progressivamente para uma democracia substancial.

Em vista das tensões entre os poderes, a necessidade de redefinição (e não de superação) da separação de poderes, com preocupação com a democracia em seus aspectos formal e substancial exige postura dialética que coloca a *própria atividade judicial como objeto de ponderação do juiz*, que deve questionar a adequação da seara judicial como arena de solução dos conflitos em pauta (vez que tal análise deve dar-se sempre em concreto e não abstratamente), norteado, porém, pela imposição constitucional de realização gradual e crescente dos direitos que caracterizam o Estado de Direito democrático. Recusa-se, de um lado, a *absoluta* obliteração das instâncias legislativas e administrativas e, de outro, recusa-se igualmente a utilização – equivocada – do mote da separação dos poderes para engessamento do papel do juiz na construção – interdependente – da sociedade e do Estado desenhados pela Constituição.

Sem dúvida, pode contribuir decisivamente para a solução desse desafio a existência de um *direito processual constitucionalmente adequado*, que possa estruturar as tutelas conforme os efeitos que decorrem especificamente de cada direito social em jogo, especialmente quanto ao controle das omissões administrativas, bem como o controle judicial do orçamento público.

Finalmente, apresentam-se quatro argumentos favoráveis à proposta de um *ativismo judicial democraticamente responsável*:

O primeiro é o de que o Judiciário não pode suprimir ou substituir a esfera de conformação das escolhas políticas inerentes ao legislador no Estado democrático. Entretanto, essa não supressão do “espaço próprio” do legislador não pode ser traduzida em termos de inoperância e ineficácia total dos direitos sociais. Como se disse, a função específica do Judiciário, em razão da qual o poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar a exequibilidade dos direitos, em clima de interdependência e não de inde-

pendência de poderes (Cf. GRAU, 2001, p. 330-331). É só quando o sistema de freios e contrapesos funciona que se pode efetivamente falar em separação de poderes.

O segundo é o de que não se admite *omissão abusiva* dos poderes públicos (ALEXY, 1997, p. 422; BÖCKENFÖRDE, p. 66), razão pela qual caberá sempre, ao menos, o controle das omissões legislativas e o controle das omissões administrativas, nos casos em que a abusividade da omissão ficar demonstrada (razão que propugna, uma vez mais, para que tal análise seja sempre em concreto e não abstrata).

O terceiro argumento é o de que, em havendo um *direito processual constitucionalmente adequado* e tutelas adequadas a tornar acionáveis cada um dos efeitos que podem decorrer das normas de direito social, em cada caso concreto (sem converter toda e qualquer pretensão de direito material em direito subjetivo a ser reclamado no esquema tradicional individual conhecido), as chances de um ativismo desmedido decrescem muito.

O quarto é o de se reconhecerem posições jurídicas exigíveis em caso de preservação do *mínimo existencial*, a fim de preservar também o “espaço próprio” dos cidadãos e também para salvaguardar o Estado constitucional, cujo *proprium* justamente é a existência de um tribunal constitucional que fiscalize a vinculação das normas constitucionais. Não se esqueça que o controle jurisdicional de constitucionalidade chega a ser qualificado como “coluna de sustentação do Estado de direito” (BONAVIDES, 2006, p. 301) e que o marco definitivo do Estado constitucional é precisamente a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis ou, de forma mais ampla, do controle do poder em geral (SANCHÍS, 1998, p. 33).

Enfim, se a complexidade de fatores que influenciam a tomada de decisões políticas concernentes à destinação orçamentária não permite a substituição do político pelo jurídico, é necessário dizer

que a complexidade não para por aí. Em verdade, reconhecer e respeitar a primazia do político nessa seara não aniquila, e nem mesmo atenua, o aspecto jurídico de que se revestem as *normas* de direito social. Portanto, a posição que se quer marcar é que a opção entre cumprir, ou não, os preceitos constitucionais determinados não está dada: essa não é uma opção, nem política, nem jurídica.

Muitas outras opções entre o cumprir e o não cumprir, felizmente, persistem e a necessidade de estabelecer critérios para sua eleição desafia todos os poderes estatais a cumprir novos papéis e a reordenar a ideia da sua harmonia.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais*. estudos de directo constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 2002.

BVERFGE: coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, nº 33, S. 333.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Lisboa: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição federal de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-111.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flavio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

GRAU, Eros. *A Ordem econômica na constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madri: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela processual coletiva das omissões administrativas*. Tese de doutorado. Recife, UFPE, 2007.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ed. Ariel, 1986.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1994.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: RT, 2005.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. o processo de produção do capital. Livro 1. v. 1, 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: *Revista de Direito Público*. n. 57-58. São Paulo: RT, jan./jun. 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. direitos fundamentais*. 3 ed. Tomo 4. Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PECES-BARBA, Gregório. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

_____. *Ley, principios, derechos*. Madri: Dykinson, 1998.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

Meios consensuais de solução de conflitos

Instrumentos de democracia

Lilia Maia de Moraes Sales e
Cilana de Moraes Soares Rabelo

Sumário

1. Introdução.
2. Classificação e diferenças.
3. A negociação.
4. A conciliação.
5. A mediação.
6. Identificação dos meios consensuais de resolução de conflitos como práticas democráticas.
7. Conclusão.

1. Introdução

O conflito faz parte do cotidiano das pessoas, devendo ser interpretado como algo necessário ao aprimoramento das relações interpessoais e sociais. Aponta-se assim a necessidade de que as controvérsias sejam resolvidas de forma adequada, permitindo um sentimento de satisfação e de contemplação às pessoas envolvidas. A importância da adequação do meio de solução ao tipo de conflito aponta para uma diversidade de mecanismos de solução como também para a percepção de que se faz necessário avaliar o tipo de conflito vivido para que se possa encontrar um mecanismo de solução que se encaixe à necessidade.

Nesse contexto é importante desapegar-se da visão de que só é possível a resolução de um conflito por um caminho exclusivo ou quando houver intervenção estatal e passar a construir a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias

Lilia Maia de Moraes Sales é Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; professora titular da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito; professora adjunta da Universidade Federal do Ceará; Diretora-presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará (Mediação Brasil); Advogada.

Cilana de Moraes Soares Rabelo é Bacharel em Direito e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora da Faculdade Christus.

a partir das necessidades e dos interesses das partes. Bolzan de Moraes (1999, p. 115) sobre o tema discorre:

“Trata-se da exigência de garantias e meios concretos rumo à democratização do acesso à Justiça – à solução de conflitos –, princípio basilar do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de um repensar os modos de tratamento dos conflitos, com o objetivo de implementar mecanismos de pacificação social mais eficientes, que não desvirtuem os ideais de verdade e justiça social do processo, proporcionem a desobstrução da Justiça e assegurem as garantias sociais conquistadas.”

Esses mecanismos possíveis, entre os quais citam-se a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, colocam-se ao lado da tradicional jurisdição como uma opção que visa vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, apresentando-se também como mecanismos de inclusão social, na medida em que as partes se tornam corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para suas contendas, e, ainda, de pacificação social, já que um dos objetivos dos mesmos é que as partes aprendam a administrar seus conflitos por meio do diálogo. Essa ideia é melhor aprofundada a seguir.

2. Classificação e diferenças

Pode-se estabelecer classificações e diferenças entre os meios de solução de conflitos sob várias perspectivas, entre as quais: referência à jurisdição e ao poder decisório. A partir da referência jurisdicional, em dois grupos: o judicial, também denominado modelo tradicional triádico, em que o conflito é dirimido por um juiz togado, que declara de quem é o Direito, e o extrajudicial, que pode ser subdividido em negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Outros mecanismos ainda podem ser citados, apesar de não serem utilizados

no Brasil; é o caso do *mini-trial*, avaliador neutro, med-arb.

A classificação também pode-se dar sob dois outros enfoques, dependendo de quem tem poder decisório para a resolução do conflito: pode ser uma solução heterônoma, em que um terceiro decide a questão, enquadrando-se nesse enfoque a jurisdição e a arbitragem; ou autônoma (modelo consensual) em que as próprias partes procuram solucionar o conflito, não havendo, portanto, a delegação do poder de resposta, já que a mesma é construída. São exemplos desse modelo a negociação, conciliação e mediação, mecanismos que serão estudados neste artigo.

No modelo triádico, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário, estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social mediante imposição das soluções normativas previamente expostas por meio de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen (1986).

Dessa forma, está diante de um dos maiores paradigmas da sociedade atual: levar ao Judiciário todos os conflitos para que este defina quem tem razão, ou seja, a imposição da decisão como a única solução. Esse modelo é em grande parte caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas como indivíduos isolados, e atribuição de um ganhador e um perdedor, em que um terceiro imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito, impondo uma decisão – “paz” por meio de sua imposição.

O crescimento da utilização desses mecanismos tem-se mostrado em diversos países, dadas a percepção da necessidade de adequação das soluções ao tipo de conflito, as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do

inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as consequências da má administração desses problemas. Nos mecanismos consensuais, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir os conflitos, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, diminuição de custos e maior possibilidade de discussão de todos os aspectos inerentes ao conflito (não se restringindo apenas àqueles dados descritos nas peças processuais). Os mecanismos consensuais, assim, foram ganhando espaço nas sociedades em função, especialmente, da necessidade de se perceber o conflito, avaliá-lo e de encontrar caminhos para uma solução pacífica e construída, não apenas uma solução imposta. Buscou-se fortalecer os indivíduos que vivenciam o conflito, a partir do reconhecimento de suas responsabilidades como protagonistas desses processos de solução.

Os métodos alternativos/consensuais/adequados de resolução de conflitos não foram criados ou aprimorados para substituir o modelo tradicional de utilização do sistema judicial, nem para descongestioná-lo (não havendo, inclusive, qualquer relação de hierarquia entre o Poder Judiciário e os mecanismos consensuais), mas sim para propiciar opções viáveis, alternativas para as pessoas que buscam soluções diferenciadas, específicas, e, talvez, especializadas para suas distintas inter-relações.

A questão, portanto, é de adequação e não de hierarquia. O fundamental é que cada mecanismo de solução seja adequado ao tipo de conflito, a depender da especialidade fática de cada questão. Os itens seguintes discorrem sobre as particularidades de cada mecanismo de solução.

3. A negociação

A negociação pode ser percebida de duas maneiras, uma num sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo

entre as partes se faz necessário, e a outra num sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescinde da intervenção de um terceiro. É a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois, diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito está resolvido.

O Projeto de Negociação da *Harvard Law School* foi pioneiro em pesquisas relativas ao assunto e em buscar estudar os diversos perfis dos negociadores. O projeto acabou identificando dois perfis básicos de negociadores: o negociador considerado afável, que faz concessões e que frequentemente troca de posições já que procura preservar o relacionamento; e o negociador rígido, que, ao contrário, nunca muda de posição, pensa apenas em suas necessidades e vê a outra parte não como parceira, mas como um oponente que precisa ser combatido.

A pesquisa supramencionada também concluiu que o ser humano é um ser naturalmente negociador, que recorre constantemente, mesmo sem ter consciência disso, ao instrumento da negociação.

Os pesquisadores identificaram ainda que uma das maiores dificuldades do instrumento da negociação reside exatamente no ponto inicial do processo, no que se convencionou chamar de posições (BRAGA NETO, 2003). Segundo os pesquisadores, o objetivo da negociação não é atingir a meta determinada de uma ou de outra parte (aqui denominada posição), mas, sim, atender aos interesses comuns e opostos das partes, muitas vezes ocultos pelas posições. A essa negociação convencionou-se chamar negociação cooperativa, ou estruturada ou, ainda, negociação por princípios, que pode ser conceituada como “comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo que atenda aos interesses comuns e opostos das partes.”

A negociação pode ser enfocada num caráter mais restrito, como já dito anteriormente, e acontece sempre que as partes prescindem da intervenção de um

terceiro imparcial e independente, pois a busca da solução se faz apenas por aqueles diretamente envolvidos na controvérsia. Assim, pode-se utilizar o conceito de Caetano (2002, p. 99), “o ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto, ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”.

Nesse tipo de negociação, as partes, por meio de uma comunicação direta, encontram sozinhas uma resposta para a resolução do conflito. Teoricamente, os conflitos mais adequados a esse exemplo de negociação são aqueles em que as pessoas possuem condição de diálogo, sem que haja necessidade de um terceiro que o facilite – normalmente conflitos de ordem patrimonial.

Trata-se de um evento muito comum na vida de todos, que faz parte do cotidiano das pessoas. Está presente desde em uma discussão para decidir o local de uma reunião até na discussão de cláusulas contratuais de uma futura transação. A negociação pode assumir tanto um caráter informal, em que as partes não são levadas a assinar nenhum documento, quanto um caráter mais formal, se, logo após a negociação, as partes reduzem suas vontades em um contrato.

Deve-se considerar, no entanto, que o mais importante em uma negociação é a conversa franca, a boa-fé das partes. Isso facilita sem dúvida a efetividade do acordo, já que as chances de ser respeitado pelas partes são maiores, uma vez que a solução é decidida por elas mesmas.

4. A conciliação

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Esse conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir

e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito. O conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria às partes.

O instituto da conciliação encontra guarida no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que muitas vezes busca seu estímulo. O Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro de 1850, (CAETANO, 2002) já instituía: “Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento das partes”. O Código de Ética e Disciplina do Advogado prevê em seu artigo 2º:

“Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

.....
Parágrafo único. São deveres do advogado: (...)

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.”

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43) previu a existência de Juntas de Conciliação e Julgamento, e a Lei nº 9.958/2000, alterando e acrescentando artigos à CLT, estatuiu que “as empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho”.

O Código de Processo Civil confere ao juiz, tratando a causa de direitos patrimoniais disponíveis, a designação de audiência de conciliação a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão

comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir¹. Ainda no mesmo Código, encontra-se a previsão do artigo 447, que permite ao juiz conciliar as partes quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais privados e em causas relativas à família.

Por seu turno, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevê a busca da conciliação das partes por esses órgãos da Justiça Ordinária, devendo o processo, julgamento e execução das ações interpostas obedecerem a critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. É o que preveem os artigos abaixo transcritos:

“Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, *sempre que possível, a conciliação ou a transação*;

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as *vantagens da conciliação*, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.”

Pode-se então afirmar, no Direito brasileiro, a coexistência de dois tipos de conciliação: a *Conciliação judicial*, disposta em lei e acima mencionada, e a *Conciliação extrajudicial*. Esses dois tipos de conciliação se distinguem na medida em que, na primeira, há a existência de um conciliador determinado pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, o fato de a conciliação acontecer em sede de processo judicial acaba por ser marcada pelo formalismo e pelo tom adversarial. Na Conciliação extrajudicial, as partes desejam e elegem um terceiro experiente para a condução do conflito.

A conciliação extrajudicial com base na cooperação se aproxima da mediação. É muito comum a confusão entre os procedimentos. Tanto na primeira quanto na

¹ Artigo 277 (procedimento sumário) e artigo 331 (procedimento ordinário).

segunda percebe-se um processo construtivo de decisão, em que a titularidade da mesma remanesce com as partes. Possuem, entretanto, como principal nota de divergência o fato de que o mediador não sugere soluções para o conflito, pois tem a função de facilitar o diálogo, estimulando as partes a encontrarem autonomamente a solução, ao passo que o conciliador pode apresentar propostas de solução, de acordo com o que foi discutido pelas partes. Nesse sentido, o objetivo maior da conciliação é a composição das partes para finalizar uma demanda, quer judicial, quer extrajudicial.

A distinção também passa, necessariamente, pela abordagem do conflito. A conciliação é um procedimento mais célere. Frequentemente se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo no futuro, preferindo estas buscar um acordo de forma imediata para pôr fim a uma controvérsia ou a um processo judicial². São, portanto, conflitos esporádicos, menos complexos, que não revelam um entrelaçamento de sentimentos que venham a esconder um real conflito.

Segundo Braga Neto (2003, p. 23), a conciliação consiste no emprego de somente quatro etapas, a saber:

- *Abertura*, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade;

- *Esclarecimentos* das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu tur-

² Como no caso de um abaloamento de veículos ou numa relação de consumo, em que as partes não convivem, mas precisam de um terceiro para ajudá-las a refletir qual a melhor solução para a controvérsia.

no, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, mediante o desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo à criação de opções;

- *Criação de opções*, quer por sugestões trazidas pelo terceiro, quer por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de atingir o almejado consenso pela solução, e posteriormente;

- *O acordo*, sua redação e assinatura.

Aos conflitos oriundos de relações emocionais ou continuadas cabe a escolha de um processo mais profundo, de interferência sutil e adequada à complexidade do problema. Isso porque o ideal nesse tipo de conflito é que se resolva tanto o problema real quanto o problema aparente; tanto o conflito em si como a causa desse conflito. Nesse processo, é importante que se tenha oportunidade de trabalhar os interesses e necessidades das partes, bem como o futuro das mesmas, não restringindo a solução à problemática posta em discussão.

5. A mediação

A mediação é um meio não adversarial de solução de conflitos marcado pela interação de um terceiro. É um *mecanismo que exige a gestão do conflito pelas próprias partes, que tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes*. A intervenção deste terceiro geralmente se efetiva quando, por falta de diálogo ou confiança, as partes não conseguem chegar a uma solução satisfatória.

A mediação se assemelha em alguns aspectos à conciliação, entretanto não pode o mediador, como ocorre na conciliação, opinar acerca de qual seria a melhor solução para a controvérsia. Seu papel se restringe ao auxílio da comunicação entre as partes, para que possam juntas encontrar a solução adequada para o problema em questão.

Outro aspecto que diferencia a mediação da conciliação é que o conflito adequado àquela decorre de uma relação continuada. Essa diferença se dá exatamente porque a forma de atuação do mediador permite a descoberta dos conflitos reais subjacentes aos aparentes, próprios das relações envolvidas por laços de afeto. Assim, o mediador, para melhor auxiliar nas questões controversas, deve ter mais tempo para investigar toda complexidade que envolve a inter-relação.

Célia Regina Zapparolli (2003) defende que a mediação, como procedimento, visa facilitar a administração pacífica de um conflito pelas próprias partes. Ou seja, uma pessoa capacitada e imparcial – o mediador – usa de técnicas específicas de escuta, análise e definição de interesses que auxiliam a comunicação dessas partes, objetivando a flexibilização de posições rumo a opções e soluções eficazes a elas e por elas próprias. Para Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenci (1999), a mediação corresponde ao uso de um terceiro que auxilia para que se atinja compreensão, facilitando a comunicação e negociando um acordo em situações de conflito.

Adolfo Braga Neto e Lia Sampaio (2007) entendem que a mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito, estimulando o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

A mediação visa conscientizar e mobilizar as partes à administração de seus próprios problemas, mediante um facilitador imparcial³, que não decide, mas apenas

³ Já que a neutralidade, como entendem alguns, idealizada por uma ciência objetiva, cuja subjetividade não interfere na constituição do saber e na práxis do mediador, é praticamente impossível de ser verificada. Dificilmente, um mediador, mesmo o mais treinado, não desenvolverá sentimentos no decorrer do processo. Neutro significa “não envolvido”, o que quer dizer que o mediador não deve envolver-se emocionalmente com

auxilia as partes íntegras à conversão desses conflitos em ações. Com o procedimento da mediação, as partes são introduzidas à cultura da administração pacífica de seus próprios problemas, à conversão de um conflito de interesses em possibilidades reais. Portanto, permite o desenvolvimento do protagonismo, ou seja, fortalece a capacidade de as pessoas analisarem situações e tomarem decisões efetivas sobre si mesmas.

Um trabalho de mediação bem-feito busca não só a assimilação de novos comportamentos, no sentido de novas respostas às demandas divergentes, mas também a flexibilização de crenças das partes envolvidas e o ganho de autonomia.

Pode a mediação ser aplicada em diversos contextos, incluindo relações comerciais, comunitárias, ambientais, familiares, trabalhistas.

Ainda não há no Brasil lei específica sobre a mediação⁴, portanto, sua prática e fundamentação teórica têm-se estruturado segundo a experiência e a formação do profissional que intervém como mediador. É um campo profissional que se beneficia da multidisciplinariedade, geradora de uma interação interdisciplinar em busca de soluções transdisciplinares (BRAGA NETO;

qualquer uma das partes para conduzir a negociação de forma imparcial. Para ser neutro na sua atividade, seria necessário que o mediador não tivesse expectativas ou que seus sentimentos e emoções não interferissem em sua maneira de perceber e interpretar o mundo. Além disso, seria preciso que ele, contrariando um dos paradigmas da mediação – o da transformação social em direção à cultura da paz – não buscasse promover qualquer mudança nos seus mediados. Também não é necessário que o mesmo seja uma tábula rasa, já que quanto maior o seu arcabouço de conhecimento maior a possibilidade de interação e facilitação para a administração do conflito pelas partes. Deve o mediador, dentro do possível, manter-se equidistante das partes, intervir minimamente no processo, para apenas conduzi-lo, regê-lo, não induzir “saídas” e procurar favorecer uma distribuição equitativa de poder entre as mesmas.

⁴ O Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos, ainda não foi definitivamente aprovado pelo Congresso Nacional.

SAMPAIO, 2007, p. 21). Os autores nem sempre coincidem na maneira de catalogar os modelos práticos de mediação. As três escolas mais citadas são a Escola Tradicional – Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular-Narrativa (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 22-24).

A *Escola tradicional – Harvard*, desenvolvida por Fisher, Uri e Patton em 1991 e proveniente do campo empresarial, centra-se na satisfação individual das partes e visa à obtenção de um acordo. Esse modelo separa as pessoas do problema; enfoca os interesses e não as posições; cria opções para benefício mútuo e insiste nos critérios objetivos. Nesse modelo o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito.

A *Escola Transformativa*⁵, desenvolvida por Bush e Folger, busca a transformação das pessoas no sentido do crescimento da revalorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro, e, portanto, o acordo é visto como uma possibilidade e não como uma finalidade própria do processo mediativo. O foco dessa escola se concentra nas transformações de caráter e nas formas de relacionamento.

E a *Escola Circular-narrativa*, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Soares, construiu um modelo de mediação voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgatam a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Nesse método, procura-se desconstruir velhas narrativas, dando oportunidade para que novas sejam construídas e então surja (ou não) o acordo. Por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, e o importante é melhorar as relações interpessoais. Apoiar-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social.

Aponta-se, além da restauração da comunicação e facilitação do diálogo, como

⁵ Estabelece-se a concepção sistêmica, que vê o mundo em termos de relações e de integração.

principais objetivos da mediação: a busca pela solução dos conflitos, a prevenção da má administração dos conflitos, a inclusão social e a paz social.

A *solução dos conflitos*, por meio do restabelecimento do diálogo, pode ser apontada como o mais evidente objetivo da mediação. É necessário lembrar, entretanto, que, conforme o modelo transformativo e o circular-narrativo, o acordo configura-se como uma consequência da mediação e não o seu principal objetivo. Nesse aspecto, o mais importante é que a mediação facilite o diálogo entre as partes e propicie momentos de criatividade para que elas possam analisar qual seria a melhor opção diante da relação existente, mesmo que não consigam efetivamente chegar a um acordo. Adolfo Braga Neto (2003, p. 34) expõe que “[...] Nesse sentido o acordo passa a ser a consequência lógica resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento e não sua premissa básica”.

Dessa forma, pode-se afirmar, inclusive, que ao se conseguir facilitar o diálogo a mediação foi exitosa, mesmo que no momento do processo mediativo as partes não cheguem de imediato a uma solução.

Como afirmam Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenici (1999), o diálogo não leva necessariamente ao acordo, mas pode resultar em entendimento e respeito entre adversários. Uma vez que o processo de mediação pode humanizar as pessoas em relação às outras, ajudá-las a transcenderem seus pressupostos e perceberem umas às outras como pessoas reais, com preocupações e necessidades.

A mediação estimula também a *prevenção da má administração dos conflitos*, uma vez que incentiva a avaliação das responsabilidades de cada parte naquele momento (evitando atribuição de culpas); a conscientização da adequação das atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo para a concretização desses direitos e para as mudanças desses

comportamentos; a transformação da visão negativa para a positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); a convivência com as diferenças; e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, criando uma cultura do “encontro por meio da fala”, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos.

Assim, a mediação, como um meio para facilitar o diálogo entre as partes, estimula a cultura da comunicação pacífica; e as partes, depois de participarem de um processo de mediação, se, novamente, em dada circunstância da vida, não conseguirem administrar sozinhas seus conflitos, passam a requerer um novo processo mediativo para a problemática da questão.

Outro objetivo da mediação é a possibilidade de *inclusão social* conferida às partes, já que as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo de mediação. A pessoa participa efetivamente, sentindo-se valorizada e incluída, tendo em vista a sua importância como ator principal e fundamental para a análise e a solução do conflito. A mediação apresenta-se com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados.

Esse é, especialmente, o viés democrático da mediação. No momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, e sabe-se que o *processo de democratização* pressupõe a existência de cidadãos ativos.

Ao se falar em processo de democratização, parte-se do pressuposto que, no Estado Brasileiro, a democracia, ou pelo menos o sentimento democrático, ainda encontra-se em construção. Robert Dahl (2005) defende que não existe de fato uma

democracia perfeita, mas sim regimes em processo de democratização, denominados Poliarquias. Para tal pensador, há dois pressupostos caracterizadores do processo de democratização: a inclusividade, com participação efetiva do cidadão na vida política, e a contestação pública, como o direito que o cidadão possui de se opor aos atos do governo.

Há na mediação uma quebra de paradigma social na medida em que o cidadão, antes acostumado a atribuir ao Estado a resolução de seus conflitos, com a prática da mediação, passa a exercer autonomia para gerir seus conflitos, pesquisando a causa e o meio mais adequado para sua solução. Assim, a mediação é um poderoso instrumento democrático, pois funciona como facilitadora dos pressupostos de concretização da democracia na medida em que fomenta a inclusão e a emancipação social e transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação.

Nesse sentido Muszkat (2005, p. 15) visualiza: “[...] Aprendi a ver a mediação como importante veículo de transmissão de democracia. Democracia como forma de horizontalizar as relações humanas e de desconstruir as diferenças”.

Célia Regina Zapparolli (2003) assevera que a mediação vai além do procedimento, do veículo pontual e eficaz para a administração e resolução pacífica de conflitos, de redução dos processos judiciais e da violência. Ela é fundada em um conhecimento profundo que pode ser usado como instrumental poderoso pelos operadores das mais diversas searas, tendo uma importância fundamental na mudança ética e cultural, na conscientização, para que as pessoas sejam senhoras de seus destinos, empoderadas e investidas na autogestão e resolução pacífica de seus próprios conflitos, com autorresponsabilização.

Outro objetivo da mediação estudado neste tópico se refere à *paz social*. A paz social é uma mera utopia? Pode ela ser conceituada? Pode de fato ser alcançada?

Embora se reconheça que seja de difícil conceituação, pretende-se ressaltar nesse estudo que a paz social não se restringe apenas ao campo da violência moral ou física, já que o caminho da tão almejada paz social passa também pela efetivação dos direitos fundamentais.

Como o processo de mediação pode ajudar na busca e concretização da paz social?

Primeiro, é necessário perceber o conflito numa vertente positiva, como afirmado anteriormente. O conflito faz parte das relações humanas, tanto pessoais quanto interpessoais, e pode ser visto como forma de crescimento pessoal e social, a partir do momento em que abre espaço para reflexões e mudança de posições e ressignificação de valores. Dos conflitos podem-se extrair grandes oportunidades de crescimento, transformação.

Segundo, a mediação estimula as pessoas envolvidas no conflito a resolvê-lo, a administrá-lo, a partir do diálogo e com a conscientização sobre o papel corresponsável de cada parte. Ressalte-se ainda o estímulo à substituição da cultura adversarial do perde-ganha pela cultura do ganha-ganha. Assim, assumindo a complexidade que caracteriza o ser humano e seus relacionamentos, estimula a tomada de decisões conjuntas, trazendo a capacidade de promover o bem-estar da comunidade.

Em princípio pode parecer muito conveniente a condição de sempre delegar poderes a um terceiro (ao Estado, por exemplo) para a resolução de seus conflitos. Entretanto, com o passar do tempo, tal facilidade pode tornar-se um incômodo, já que, ao outorgarem a terceiros a solução de um conflito, as partes acabam por optar pela submissão à visão de mundo dos outorgados, ao seu direcionamento, às suas decisões, o que lhes retira o processo autônomo de tomada de decisão, e principalmente a conscientização de cada um do seu papel corresponsável para a deflagração do conflito e para a resolução do mesmo.

A solução de conflitos sempre apresentada por um terceiro estimula uma “paz sem voz”, quando num Estado Democrático há a exigência da participação ativa das pessoas nas decisões. Por isso é que a mediação busca a “paz com voz”, por meio da fala, da comunicação – aqui parafraseando o compositor Marcelo Yuka (Grupo Rappa). A paz com participação, com valorização do ser humano. O sentimento de inclusão promove uma mudança de cultura que estimula a participação ativa das pessoas na solução individual, e, conseqüentemente, na coletiva.

Difícilmente um conflito possui natureza e caráter exclusivamente jurídico. O conflito decorre de ações/omissões e sentimentos humanos, e restringi-lo à sua face jurídica seria, conseqüentemente, restringir o universo humano e suas relações interpessoais. Os Direitos de Ação e de Defesa, constitucionalmente privilegiados, quando enfocados de forma restrita, não levando em conta o contexto, a integridade dos seres envolvidos e seus interesses reais, acaba por prejudicar os próprios sujeitos à tutela (ZAPPAROLLI, 2003, p. 58).

A utilização desses procedimentos é viável para solução de várias espécies de conflitos, sobretudo aqueles que advêm de relações continuadas, que no âmbito da discussão judiciária, por meio de uma ação em que será discutido apenas o direito em si, não possuem a oportunidade de serem dirimidos.

É necessário perceber os reais interesses das partes para um conhecimento mais aprofundado do conflito, uma vez que as pessoas sempre se deparam com discursos concretos e fechados de posições, em que existem, subliminarmente, desejos conscientes e inconscientes, ou seja, os interesses e as necessidades que na realidade são os verdadeiros motivadores da existência dos conflitos (BRAGA NETO, 2003).

Além disso, como já afirmado anteriormente, o conflito, nos métodos não adversariais de solução, são trabalhados na ótica

da cultura do ganha-ganha, procurando se concentrar nos interesses que as partes ainda têm em comum.

Salomão Lopes Teixeira (2007, p. 26) bem resume a problemática da atuação adversarial na resolução do conflito:

“O conflito, na visão competitiva, abrigada pelo Estado, acaba por revelar um contexto em que mais importantes que as partes são as referências ao sistema de resolução (no caso, o judicial). Isto é um modo de desvalorizar as pessoas e as desmotivar ou, antes, as motivar para mais combate [...]. O Direito, em tal sistema, engessa-se e não parece se revestir de maiores preocupações que não as de conformar os interesses de cada um dos litigantes às regras estabelecidas. A vontade das partes deve operar-se em consonância com a legislação existente e pugnar dentro de seu traçado. É como se o Direito tivesse chamado a si a tarefa de deter o curso da vida dos litigantes, a partir de determinado conflito que apresentam ao Estado para solução.”

A cultura da resolução estritamente adversarial e formal intensifica a má administração dos conflitos e, muitas vezes, resulta em violência, tanto entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. Tal cultura, além de absorvida pelos seres humanos, que naturalmente já lidam com aspectos derivados do maniqueísmo, foi reforçada tradicionalmente nas faculdades de Direito brasileiras⁶, que só nos últimos anos vêm implementando disciplinas em que se discute a administração pacífica dos conflitos.

No Brasil, pelo fato de o processo de mediação ainda não ser regulamentado⁷,

⁶ Informa Zapparolli (2003) que as escolas jurídicas brasileiras em sua grande maioria são herdeiras da década de 1980, auge do direito processual.

⁷ O projeto de lei que regulamentava o procedimento da mediação ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional - PL nº 94, de 2002/ PL 4.827 de 1998.

inexiste uniformidade quanto aos princípios norteadores, bem como à sua dinâmica. A doutrina (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007) aponta como princípios: autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade, confidencialidade e acolhimento das emoções pelos mediados.

O princípio da autonomia das partes deve orientar o procedimento da mediação sob dois enfoques: garantir a elas o poder de optarem pelo processo, uma vez conhecida essa possibilidade, e conscientizá-las sobre a total liberdade na tomada de decisão durante ou ao final do processo.

É de grande importância a imparcialidade do mediador. Este deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que seus preconceitos ou valores pessoais interfiram na condução do processo. Deve ainda buscar o equilíbrio no procedimento, procurando abster-se de qualquer conduta, seja verbal ou não, que denote preferência entre as partes. A mediação é um processo que busca resgatar a empatia entre as partes em conflito. Essa busca restará prejudicada se o mediador demonstrar preferência por uma posição colocada em foco, já que a outra parte poderá valer-se dessa situação para não refletir sobre suas posições e não rever seus posicionamentos.

Caso haja ligação do mediador com uma das partes envolvidas no processo, tanto sua imparcialidade quanto sua independência estarão comprometidas. Assim, deve o mediador informar as partes acerca da existência de fato anterior que permita eventual dúvida sobre sua independência antes de aceitar o encargo de mediá-las.

Como já dito anteriormente, as partes, ao recorrerem a um processo de mediação, em sua grande maioria, estão com dificuldades na condução do diálogo, seja por desconfiança, por mágoa ou por sentimentos conflituosos. Ao mediador cabe preliminarmente o restabelecimento desse diálogo e, sendo exitoso, inspirar confiança às partes. Quanto maior for a interação do

mediador com as partes, mais fácil será para este entender as emoções presentes.

O princípio da competência roga que o mediador somente deve aceitar o encargo de conduzir esse instrumento se estiver convicto de suas qualidades para atender os mediados em seus questionamentos, expectativas e preocupações. Treinamento, experiência em mediação, empatia, compreensão de diferenças culturais são atributos considerados fundamentais a um mediador. Caso este, em contato com as partes no início do processo, vislumbre qualquer dificuldade na condução, deve declinar do encargo.

As informações numa mediação são privilegiadas e confidenciais, não podendo o mediador revelá-las. O dever de sigilo dos mediadores sobre fatos conhecidos no exercício de sua atividade é resguardado quanto à obrigatoriedade de prestar testemunho, desde, claro, que a ordem pública não seja contrariada.

O mediador deve ser capaz de acolher as emoções dos mediados e conseguir trabalhá-las no decorrer do processo. Nesse ponto é importante ressaltar que emoção, no entendimento desse trabalho, é uma reação físico-químico-biológica dos indivíduos ao responderem a determinados estímulos trazidos por outras pessoas ou relativos a fatos ou situações relatadas. Essas reações, sejam conscientes ou não, são naturais ao longo do processo de mediação, que, muitas vezes, trata de temas vitais ao interesse das partes.

As estratégias para lidar com as emoções devem considerar as características de personalidade dos indivíduos e também os fatores socioculturais por detrás dos conflitos. O mediador deve trabalhar para que ao longo do processo os mediados reconheçam a legitimidade das emoções do outro. Isso não necessariamente significa aceitação, mas sim reconhecimento do direito de que cada parte tem de possuir sentimentos específicos em relação a determinadas situações.

Com o prosseguimento do processo mediativo, os mediados devem aprender a identificar seus interesses, separando-os de suas posições. Cabe ao mediador auxiliá-los nesta tarefa, procurando demonstrá-los através do que foi exposto ou mesmo silenciado no decorrer do processo. As emoções, uma vez dirigidas aos interesses, serão mais bem aceitas e entendidas.

O processo de mediação não segue um rito universal. Cada instituto que possui como objeto de trabalho a mediação de conflitos pode apresentar um procedimento próprio. Adolfo Braga Neto (2003) mais uma vez sugere uma dinâmica bem estruturada a ser seguida pelo mediador, que se desdobra em: pré-mediação, investigação, criação de opções, escolha das opções, avaliação das opções e acordo.

Na pré-mediação, ocorre o primeiro momento de contato dos mediados com o processo. É nessa fase também que o contrato de prestação de serviço de mediação é apresentado. É um momento importante, uma vez que propicia a construção de uma abordagem apropriada com as partes que visa facilitar o nascimento de sua confiança no procedimento.

Na investigação, o mediador tece os esclarecimentos acerca do procedimento e tenta analisar, por meio de sua escuta e percepção, as várias formas de comunicação e a complexidade da relação entre os mediados. Nessa fase, é importante que o profissional encarregado de coordenar o procedimento aporte técnicas para conseguir definir a controvérsia, os interesses e as necessidades dos mediados. É importante ainda que o mediador incentive a cooperação entre as partes.

Na fase de criação de opções, cabe ao mediador estimular as partes a refletirem sobre as eventuais opções para a solução da problemática. Na verdade, é o momento no qual se estudam os caminhos que podem ou não ser seguidos. Posteriormente, na escolha de opções, o mediador auxilia as partes a fazerem a melhor escolha entre

as diversas opções trazidas à mesa, tendo como referência, claro, os interesses, desejos e necessidades das partes. Ressalte-se, entretanto, que nesse auxílio não cabem sugestões de solução pelo mediador, sob pena de se comprometer a autonomia na tomada de decisão.

Após a fase de escolha de opções, passa-se para a etapa de avaliação, em que, em conjunto com os mediados, é realizada uma projeção para o futuro de acordo com as opções apontadas. Na sequência, prepara-se o acordo, por meio da construção conjunta do termo final de tudo aquilo que foi escolhido e identificado como solução pelos mediados.

A mediação como proposta de resolução de conflitos denuncia a necessidade de um novo pacto social. Deve ser compreendida como um novo saber que responde a diversas demandas e corresponde aos ideais de construção democrática a partir do momento em que possibilita resgatar o protagonismo dos próprios atores que compõem o cenário das situações de conflito.

6. Identificação dos meios consensuais de resolução de conflitos como práticas democráticas

A natureza democrática desses institutos são expressas por suas características. A mediação, a conciliação e a negociação são procedimentos que procuram resolver os conflitos de maneira ativa, participativa, pacífica e inclusiva, por meio da valorização do diálogo, do respeito às partes, da formação de parcerias e com ativa participação e responsabilidade das pessoas.

Os pontos de contato entre os institutos e a democracia se revelam nas questões como o acesso à justiça⁸, participação, inclusão social, o exercício da cidadania, o respeito aos direitos fundamentais e o resgate da dignidade humana, pois, como afirma Dynair Daldegan (1999, p.114),

⁸ Aqui entendida numa acepção ampla, e não numa acepção restrita, de acesso ao Poder Judiciário.

“Seu fundamento básico tem sido o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, bem como a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis, e a crença de que cada indivíduo pode e deve participar e ter o controle das decisões que dizem respeito a sua vida, a prevalência dos valores éticos que devem nortear os acordos particulares, e uma maior tolerância às diversidades caracterizadoras da cultura moderna-contemporânea.”

Esses institutos, por estimularem a participação das pessoas envolvidas numa contenda, considerando-as capazes de encontrar as soluções mais adequadas para o conflito, contribuem para uma nova visão de cidadania, na qual o indivíduo se torna protagonista e responsável por suas escolhas.

Há assim uma estreita vinculação entre uma democracia de qualidade e a prática cidadã. Quanto mais democratizada a participação dos cidadãos nas decisões políticas, com a disponibilização tanto de mecanismos de intervenção popular (referendo, plebiscito, etc.) quanto de espaços e oportunidades para uma participação efetiva, com o respeito às diferenças e a procura da construção de consensos, mais intensa será a noção de cidadania ali observada.

Nesse sentido, a mediação, a conciliação e a negociação se aproximam da visão ampliada de prática cidadã, já que colaboram no sentido de conscientizar as pessoas acerca de seus direitos (participar, ser ouvido, opinar), bem como de seu papel como agente de transformação da realidade, como sujeito de um novo processo de transformação social. São, portanto, práticas que fomentam a democracia.

Esses aspectos demonstrados remetem a um ponto indispensável ao presente trabalho: o de que o processo democrático – e, enquanto *processo*, construção⁹ – encontra-

⁹ José Murilo de Carvalho (2001), ao analisar a realidade brasileira, destaca que, apesar do impulso

se intimamente vinculado ao exercício da cidadania, desenvolvendo-se de forma circular, na medida em que a efetividade da prática cidadã possibilita a construção de uma democracia forte, que, por sua vez, irá estimular a atuação de um maior número de cidadãos conscientes de sua tarefa, gerando uma vida democrática mais rica e intensa (FAZOULI, 2002, p. 63).

Os referidos institutos são mecanismos que se encaixam nesse processo de construção democrática, no momento em que estimulam a participação ativa, consciente e responsável, buscando valorizar o ser humano, que, por sua vez, passa a se sentir incluído. São instrumentos que contribuem para o fomento da cidadania e da participação, já que têm como um de seus requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e decisão da melhor solução do conflito.

Baseados na autonomia e partindo da premissa de que as pessoas são capazes de realizar uma comunicação eficaz, com foco no diálogo, a mediação e a conciliação incentivam o reconhecimento, pelas próprias partes, de seu papel de cidadão, não aquele identificado como povo destinatário das ações e prestações do Estado, mas do povo enquanto ator político (LIMA; BERCOVICI, 2005, p. 17) e apto a tomar parte nos debates relativos aos assuntos tanto individuais quanto coletivos.

7. Conclusão

Os mecanismos consensuais de solução de conflitos apresentam-se como práticas de estímulo à democracia, tendo em vista que requerem a participação ativa das partes envolvidas no conflito na construção de uma solução. O diálogo impulsiona o empoderamento das pessoas, caracterizando-as como imprescindíveis para a solução

democrático advindo da Constituição de 1988, a estabilidade democrática ainda não se encontra fora de perigo, em virtude de não resolvidos, pela democracia política, os problemas econômicos mais sérios e de ainda persistirem os problemas na área social.

adequada da controvérsia. Assim, aponta-se como positivo para a consolidação da democracia a utilização desses mecanismos em várias esferas de atuação – no âmbito judicial ou extrajudicial, na comunidade, na escola, na empresa, no hospital ou em outro espaço no qual conflitos existam e necessitem de soluções construídas.

Referências

- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre a mediação e a arbitragem*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- DAHL, Robert A. *A poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Pacionirk. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. A mediação ontem e hoje: suas indicações. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 109-118, jul./dez. 1999.
- FAZOULI, Fábio Rodrigues. Cidadania, Democracia e estado democrático de direito. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 1, p. 61-97, 2002.
- HARVARD. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/>>. Acesso em: 22 jun. 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. *Seqüência*: revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 25, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.
- LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN; LITTLEJOHN. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.
- MEDIAÇÃO. Disponível em: <<http://www.mediars.com.br/conceitos/conciliacao.asp>>. Acesso em: 11 jun. 2008.
- TEIXEIRA, Salomão Lopes. *A mediação e o desafio da complexidade*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2007.
- ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.

A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia

Gianluca Maria Bella

Sumário

1. Introdução. 2. A fecundação medicalmente assistida e a legislação internacional. 3. Perfis comparados de fecundação artificial. 3.1. Bélgica. 3.2. Canadá. 3.3. Alemanha. 3.4. França. 3.5. Itália. 3.6. Reino Unido. 3.7. Espanha. 3.8. Estados Unidos.

1. Introdução

O debate entre filósofos, políticos, juristas, biológicos, religiosos e laicos sobre a fecundação artificial ou, se preferir, “procriação medicalmente assistida” (P.M.A.), como é denominada em alguns países, continua até hoje muito vivaz e problemático. A bioética (etimologicamente dependente de *bios*/vida e *ethos*/moral) ocupou-se de tal delicada e discutida matéria em várias ocasiões, sem até hoje ter alcançado um justo equilíbrio entre laicos e católicos a respeito do verdadeiro significado de “família”.

Na sociedade contemporânea, caracterizada e fortemente influenciada pelo poder tecnológico, o homem pós-moderno considera-se como o *dominus* de grandes potencialidades, às quais pretende correspondam a máxima autonomia e liberdade. Consequentemente, da importância mesma do poder tecnológico derivam os perigos para a vida, para a liberdade e para a segurança, dos quais dependem os novos direitos, ou seja, os “direitos de última geração”.

Gianluca Maria Bella é Consultor Jurídico em direito estrangeiro. Bacharel em Jurisprudência pela Università degli Studi di Napoli Federico II – Itália. Especialista em Direito Administrativo e Ciência da Administração pela Università degli Studi di Napoli Federico II – Itália. Doutor em Direito pela Università degli Studi del Molise – Itália. Advogado e Consultor da Agência Consular da Itália. Delegado para os estados de Maranhão e Bahia da Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio do Nordeste.

Os “direitos de primeira geração” são todos aqueles que visam limitar o poder do Estado e reservar ao indivíduo ou a grupos restritos de indivíduos uma esfera de liberdade de ação; os “direitos de segunda geração” são os direitos políticos que se caracterizaram pela mais ampla difusão e frequente participação de membros da coletividade no interior do poder político; enfim, os “direitos de terceira geração” são os direitos sociais, que expressam novos valores, como aqueles do “bem-estar” e da igualdade não somente formal, que poderiam também ser chamados como “liberdades através e por meio do Estado”.

Nessa perspectiva, pretende-se que o Estado fixe algumas proibições e limitações à técnica, mas tendo em conta as diferenças culturais da atual sociedade e, portanto, superando as antigas culturas monoéticas caracterizadas por uma única moral válida para todos os consorciados. Tal “exigência” foi determinada, por um lado, pela graduação dos valores éticos e sociais, considerados já ultrapassados, e, por outro, pelo aumento considerável das imigrações, que determinaram conseqüentemente novas regras comportamentais e novos modelos éticos. Pense-se nas mudanças significativas nas relações entre homem e mulher.

O atual desenvolvimento da técnica e da pesquisa sobre a genética e sobre a ginecologia representa formas de intervenção tecnológica acima do indivíduo que determina inevitavelmente uma mudança antropológica. Portanto, todas as formas de “engenharia genética” consentem obter os mais amplos e diferenciados resultados. Pense-se em uma mulher de idade já avançada que pode artificialmente procriar (o “fenômeno das mães-avós”) ou em um casal não fértil que pode criar recorrendo à doação de semente do marido ou do companheiro estável (fecundação homóloga) ou de uma terceira pessoa (fecundação heteróloga) ou, enfim, em uma viúva que pode gerar com o gérmen conservado do marido já falecido (fecundação *post mortem*).

Trata-se de hipóteses de fecundação simplesmente inimagináveis no passado.

2. A fecundação medicalmente assistida e a legislação internacional

A fecundação homóloga é reconhecida em quase todos os países que têm legislado nessa área, enquanto a fecundação heteróloga é consentida em alguns Estados da América do Norte, no Reino Unido, na Espanha, na Áustria e na França; é proibida na Itália.

Porém, a legislação canadense não faz diferença entre fecundação homóloga e heteróloga, pois admite que o doador possa ser qualquer pessoa, também um terceiro, que simplesmente forneça o material reprodutor. As legislações espanhola, sueca, norueguesa, austríaca e francesa preveem para o casal que acessa a fecundação medicalmente assistida de tipo heteróloga uma especial tutela da privacidade, que, nos Estados Unidos, é baseada no conceito de “liberdade”, enquanto na Europa, no conceito de “dignidade” da pessoa (WITHMAN, 2004).

A fecundação heteróloga põe diferentes problemas ético-jurídicos acerca da legitimidade do nascido no interior da família e do eventual desconhecimento de paternidade. Os Estados que a reconheceram e aceitaram-na proclamaram normas especiais para resolver essas questões.

A fecundação em vidro (*Fivet*) é limitada à fecundação homóloga na Áustria, Noruega e Suécia, enquanto é admitida, também a fecundação heteróloga, nas legislações do Reino Unido, da Inglaterra, da Áustria, da Espanha, onde a conservação de embriões é prevista por um período não superior a cinco anos.

As leis australiana, francesa, italiana, alemã e sueca proíbem o dito “útero em aluguel”, ou maternidade subrogada, em que um casal contrata uma mulher (mãe uterina) para levar à conclusão a gravidez e ceder o nascido ao casal comitente. Nos

Estados Unidos, salvo algumas diferenças entre estados, tal prática é admitida, assim como é admitida a venda de ovócitos mediante contratos de compra e venda sob pagamento de um preço, que é estipulado entre a agência e a doadora, que tem direito ao anonimato.

A técnica de FMA (fecundação medicamente assistida) torna-se problemática quando a mulher comitente é também estéril e, portanto, recebe em aluguel o óvulo para a formação do embrião de outra mulher (mãe genética), a qual consequentemente torna-se também mãe biológica. Dessa forma, a mãe subrogada (mãe uterina) na conclusão da gravidez entrega o recém-nascido ao casal comitente.

Ao contrário, a lei alemã não admite que a mãe biológica e a mãe genética (que efetivamente pariu) sejam dissociadas, pois somente a univocidade da maternidade garante o bem-estar do recém-nascido.

A atual legislação internacional unanimemente proíbe a reprodução de seres humanos até para o laudável objetivo de curar doenças genéticas por meio de células estaminais¹. Com a criação em série de indivíduos com os mesmos caracteres genéticos, realizar-se-ia a violação do princípio da dignidade humana, prescrito pelo art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem, elaborada pela UNESCO, e pelo art. 1 do Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e sobre a Biomedicina de Oviedo de 4 de abril de 1997. A proibição absoluta em campo internacional não se baseia somente em motivos éticos ou filosóficos, mas também em dados científicos, segundo os quais a clonagem humana determinaria o nascimento de clones portadores de malformações e patologias de vários tipos. A distinção entre clonagem humana e terapêutica não é aceita pelo Parlamento Europeu, que, pela Resolução de 7 de setembro de 2000, determinou que não somente a “clonagem reprodutiva humana”,

¹“Le cellule staminali consentono la riproduzione del tessuto o organo delle cellule stesse”.

mas também aquela terapêutica estão em contraste com as normas de segurança pública, elaboradas pela União Europeia.

Da clonagem humana diferencia-se a “clonagem terapêutica” (legalizada na Grã-Bretanha), em que se consente a reprodução de tecidos ou órgãos por meio de células-tronco do mesmo paciente. Dessa forma, evita-se o perigo de rejeito, pois trata-se de células do mesmo paciente. Apesar de tudo, em caso de violação da proibição de clonagem, são previstas severas sanções, também de caráter penal. A pesquisa sobre a clonagem humana é bem problemática, também por causa da proibição em campo internacional, pois essencialmente achada contrária a qualquer princípio ético e confessional.

Por esse motivo, nos Estados Unidos, no *Oregon National Primate Research Center*, foi desfrutada a técnica baseada na fusão de um óvulo com um núcleo extraído por uma célula de gameta adulto.

Na Suécia, desfrutando a técnica já praticada em 1997 no *Roslin Institute*, de uma célula adulta (o “caso da ovelha Dolly”) foi clonado um macaco, do qual foram extraídos embriões que depois foram colocados no útero de outras macacas². Os pesquisadores festejaram esse resultado científico, tendo em vista a futura clonagem humana, embora a experimentação anteriormente realizada não alcançasse totalmente os resultados, pois nenhuma das macacas, às quais foi implantado o embrião, terminou a gravidez.

Recentemente na empresa científica californiana *Stemagen*, foram clonados cinco embriões humanos obtidos por células adultas da pele e, na Grã-Bretanha, a Autoridade para a Embriologia e a Fecundação autorizou a Universidade de Newcastle e o *King's College* de Londres a criarem embriões híbridos com óvulos de animais.

²“Oltre alla clonazione della pecora Dolly avvenuta nel 1997 ve ne sono state altre: nel 2000 nell'Univerty delle Hawaii è stato clonato un topo; nel 2001 in U.S.A. un bovino; nel 2002 nel Texas un gatto; nel 2003 in Italia un puledro; nel 2005 a Seul un cane”.

Outra área problemática é representada pela “diagnose pré-implante”, especialmente na Itália, onde alguns juizes das cidades de Cagliari e de Florença a admitiram, embora em contraste com as linhas-guia do Ministério da Saúde (Lei n. 40 de 2004). A diagnose pré-implante consiste num exame genético que permite individuar eventuais patologias do embrião. Em outros termos, por esse procedimento, constata-se o estado de saúde do embrião antes do transplante no útero da mulher.

A *ratio legis* dos Estados que admitem a diagnose pré-transplante sobre o embrião fecundado em vidro é de evitar tratamentos genéticos sobre embriões doentes. Em outros termos, a fecundação artificial é colocada na mais geral proibição de selecionar por escopos terapêuticos os embriões para os casais não férteis e não inférteis que sofram de graves doenças genéticas, que podem ser individuadas pela diagnose genética pré-transplante dos embriões no procedimento de fecundação em vidro. Portanto, se o procedimento de fecundação artificial fosse admitido e os pais manifestassem a vontade de evitar o nascimento de um filho gravemente doente, desfrutariam a interrupção das operações de transplante do embrião, sem recorrer, posteriormente, ao aborto terapêutico.

Relativamente às técnicas admitidas para a fecundação medicalmente assistida, essas são executadas por meio da fecundação em vidro (Fivet) ou por inseminações artificiais. No primeiro caso, o concebimento é realizado em laboratório, e, no segundo, dentro do corpo da mulher. A legislação alemã, suíça, italiana e austríaca prevê que as técnicas de produção dos embriões, tendo em conta o desenvolvimento técnico-científico, não devem criar um número de embriões superiores àqueles estritamente necessários para um único e contemporâneo implante (no máximo, três).

O requisito universalmente requerido na maior parte dos países é aquele da impossibilidade de o casal gerar de forma

natural. Por exemplo, na Áustria, na Itália e na Espanha, é admitida somente no caso em que não forem possíveis outras técnicas contra a infertilidade; na Espanha e na França, quando for necessário para evitar a transmissão de uma doença hereditária.

Em campo internacional, alguns Estados, como França, Espanha, Reino Unido, Áustria, Suíça, Alemanha, Suécia, Hungria, Canadá, Estados Unidos, Austrália e Noruega, optaram por uma legislação proibidora e outros, por uma legislação muito liberal. Evidentemente, cada Estado enfrentou as questões de forma diferente diante de uma matéria na qual, como já percebemos, é ainda aberto o debate sobre as posições éticas e religiosas, baseadas principalmente no mito da família tradicional, formada pelo casal heterossexual unido em casamento.

A tutela da vida pré-natal, ou seja, do embrião coloca-se no difícil debate, ainda em andamento, entre os católicos e os laicos a respeito de qual é o momento do “começo da vida humana” e quais sejam as “fases do seu desenvolvimento”. Segundo os católicos, o começo da vida coincide com a fase da fecundação, enquanto, segundo os laicos, coincide com o 14º dia da gestação. O critério que tem o caráter da moralidade estabelece que “o começo ontológico do procedimento materno-energético que cria e identifica o novo indivíduo coincide com o momento no qual realiza-se a formação da primeira cópia do seu genoma”³, que acontece após 30-40 horas a partir da fusão dos dois gametas⁴.

O elemento fundamental da fecundação artificial é a relação entre embrião vida/sujeito/pessoa física.

A formação do embrião é admitida no Reino Unido, enquanto a pesquisa é proibida na Áustria, Noruega, Suíça e Alemanha. A legislação espanhola permite a pesquisa sobre o embrião, enquanto a francesa permite prévia autorização escrita do casal doador e

³ “Il genoma consiste nella mappa di identificazione di tutti i segmenti di Dna dei geni”.

⁴ “I gameti sono uova e spermatozoi preparatiper la fecondazione naturalmente o artificialmente”.

prévia autorização da autoridade judiciária. Na Itália, é proibida a experimentação sobre cada embrião humano, enquanto é permitida a pesquisa para finalidades terapêuticas, finalizadas à tutela da saúde do embrião mesmo. Nos Estados Unidos, ao contrário, é proibida a criação de embriões para finalidades de pesquisa, enquanto na Bélgica é admitida a pesquisa sobre os embriões em vidro em determinadas situações.

Na maior parte dos Países (Áustria, Itália, Noruega, Hungria, Suécia, Austrália, França, Alemanha), vigora a proibição da inseminação *post-mortem*, que é admitida, ao contrário, em vários Estados americanos e no Reino Unido. Na Espanha, é admitida até nos seis meses posteriores à morte sob a condição de que haja uma expressa vontade contida num testamento ou num ato público do *de cuius*. A proibição italiana, ao contrário, acha a própria justificação no consentimento do menor de idade de ter ambos os pais, também se não se acha sinalização naquela Constituição ou em outras leis. Portanto, do exame comparado das diferentes legislações, acha-se que o debate não é ainda concluído na difícil procura de um justo equilíbrio entre direito e ética.

3. Perfis comparados de fecundação artificial

3.1. Bélgica

A Bélgica, com a Lei de 11 de maio de 2003, autorizou a pesquisa sobre os embriões humanos e a clonagem terapêutica com proibição daquela reprodutiva, aderindo dessa forma ao “princípio da procriação”, estabelecido na Declaração da Conferência do Rio de 1992 sobre o Ambiente e o Desenvolvimento e no Tratado Europeu de Maastricht, como elemento fundamental das políticas ambientais e sanitárias no âmbito europeu e no direito internacional⁵.

⁵ “Il c.d. principio di precauzione deve essere applicato in tutte quelle decisioni allorquando non sia possibile stabilire con certezza la previsione de eventi gravi ed irreversibili”.

Como todas as outras leis, também aquela belga desfruta uma terminologia técnica, pela qual fornece algumas definições, especialmente aquela de “embrião humano” produzido por um único embrião fecundado por um conjunto de tecidos.

Na Bélgica, assim como em outras Nações, verificaram-se opiniões contrastantes entre os “fatores da vida”, que excluem qualquer manipulação e proteção do embrião, pois acham que os embriões em excesso⁶ teriam dignidade humana, e aqueles que acham que os embriões não colocados no projeto de parentesco poderiam ser utilizados livremente para a experimentação científica.

O Legislador belga, no art. 3, inciso 5, da mencionada Lei, admitiu a pesquisa sobre os embriões em excesso ou sobre aqueles criados *ad hoc* somente nos primeiros quatorze dias de desenvolvimento dos mesmos e taxativamente depois de ter sido demonstrada a inexistência de uma técnica alternativa

3.2. Canadá

O Senado canadense, em março de 2004, aprovou a «Lei em matéria de tecnologias reprodutoras» (*Assisted Human Reproduction Act*), após intensos debates de natureza jurídica, ética e científica, alcançando gradualmente uma opinião aceita por todas as partes. O Legislador, bem ciente do fato que as normas proclamadas têm um significado extremamente técnico, deu definições exatas de «embrião», como “organismo humano” durante os primeiros cinquenta e seis dias do seu desenvolvimento por causa da fertilização, e de «doador», como um “sujeito do qual se extrai o material reprodutivo humano” (HERDER, 2002), portanto sem distinções entre fecundação homóloga e heteróloga.

⁶ “Gli embrioni in soprannumero sono oggetto di un processo di crioconservazione e possono essere congelati e trasferiti in un altro ciclo in modo tale che la donna non debba di nuovo sottoporsi a processi di stimolazione ovarica”.

Essa Lei foi considerada por parte da doutrina entre as legislações mais liberais, mas, no mesmo tempo, limitadoras, pois protege especialmente a saúde da mulher em relação àquela do seu companheiro e garante a saúde e o bem-estar do nascituro. Em outros termos, a normativa é caracterizada pelo princípio da “autodeterminação”, da saúde, da segurança e da dignidade de todas as pessoas envolvidas nas várias fases das técnicas reprodutivas. As atividades de fecundação artificial são submetidas à vigilância e ao controle de uma Agência (*Assisted Human Reproduction Agency of Canada*), que registra as informações relativas à saúde dos doadores e das pessoas que têm desfrutado a fecundação assistida e os concebidos. A lei prevê uma série de normas para a tutela da privacidade, e, portanto, todas as informações são sigilosas e podem ser resolvidas exclusivamente pelo consenso da pessoa interessada (FOSTER, 2002).

3.3. Alemanha

No direito alemão, a Lei de 13 de dezembro de 1990, após ter estudado as definições de fecundação assistida “em vivo” e “em vidro”, admite aquela heteróloga promovida pelo marido ou pelo companheiro (SEIDEL, 2002). Os procedimentos de conservação, de diagnóstica pré-implante e de pesquisa sobre os embriões artificiais enfrentam os efeitos da fecundação artificial no direito civil (a maternidade em aluguel e a paternidade na fecundação artificial heteróloga) e na Constituição (tutela da dignidade humana, da família e do casamento), além da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção do Conselho de Europa. A importância dessa lei é, por um lado, a proteção do embrião e, por outro, a procura da intervenção do Estado mediante promulgação de leis idôneas a justamente equilibrar o direito à dignidade e à personalidade da mulher e do doador com os interesses do nascituro.

Nesse contexto, colocam-se as linhas diretrizes do Conselho Científico da Ordem Nacional dos Médicos, que ressaltou o caráter vinculador do médico na observância da técnica para a fecundação artificialmente assistida. As linhas diretrizes especificam que é admitida a fecundação homóloga, enquanto, para a fecundação heteróloga, é necessário o consenso de uma Comissão médica nomeada pela Ordem dos Médicos (maternidade subrogada). Não é admitida a fecundação entre casais homossexuais ou solteiros.

A normativa sobre a tutela do embrião proíbe transferir mais de três embriões no mesmo ciclo menstrual (art.1, c. 1, n. 3 Lei fundamental); a limitação do número de embriões se reduz em dois no caso de mulheres abaixo de 25 anos. A técnica da fecundação assistida deve ser necessariamente perseguida por um médico, a fim de evitar sanções penais.

3.4. França

Na França, a fecundação medicalmente assistida é disciplinada pela Lei nº 94-654 de 29 de julho de 1994 (relativa à doação e à utilização do próprio corpo, à procriação medicalmente assistida e à diagnose pré-natal). Essa Lei se caracteriza por ser fortemente limitadora da fecundação artificial, sendo considerada como um remédio não natural contra a infertilidade patológica e, portanto, não é admitida para as mulheres solteiras ou *partners* de casais homossexuais.

A fecundação heteróloga é consentida, sob a condição de que não haja desconhecimento de paternidade e no caso que não haja risco de transmissão de doenças.

Não é admitida a fecundação *post mortem*, nem a gravidez subrogada.

3.5. Itália

Na Itália, a legislação da fecundação medicalmente assistida é muito articulada entre proibições, sanções, *referendum* e discussões.

Trata-se de uma verdadeira *diatriba* entre valores, direitos, interesses e pretensões, na qual o legislador se vira com cautela na tentativa de balançar opostas opiniões.

A fecundação artificial é disciplinada pela Lei nº 40 de 25 de fevereiro de 2004 (Normas em matéria de procriação assistida) e pelas linhas diretrizes dos decretos do Ministério da Saúde de 21 de julho e de 04 de agosto de 2004. A partir da sua promulgação, a Lei em questão subiu vivazes críticas e reações devidas também à revitalização das discussões entre católicos e laicos. Consequentemente, foram propostos quatro *referenda*, entre outros, aquele sobre a ab-rogação da inteira lei por inconstitucionalidade. As referendas não tiveram sucesso e, portanto, a Lei nº 40 de 2004 permanece em vigor.

Além das críticas, o Legislador entendeu «favorecer a solução dos problemas reprodutivos dependentes da infertilidade humana» por «causa acertada e certificada pelo médico», no caso em que não haja outras medidas terapêuticas eficazes, assegurando «os direitos de todos os sujeitos envolvidos, incluído o concebido».

O decreto do Ministério da Saúde de 21 de julho de 2004, usando os dois termos como sinônimo, define a esterilidade e a infertilidade como uma doença, cujo tratamento é a fecundação medicalmente assistida⁷.

Ao contrário, alguns acham que a fecundação artificial não é um tratamento contra a esterilidade e infertilidade, pois não se trata de remediar uma doença, mas na realidade de criar uma nova vida. Segundo o art. 01 da Lei nº 40 de 2004, que se ocupa do embrião e tem como referência o inciso 02 do art. 01 cód. civ., “os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento do nascimento”.

⁷ “La sterilità-infertilità consiste nell’assenza di concepimento oltre i casi di patologia riconosciuta dopo dodici/ventiquattro mesi di regolari rapporti sessuali. E come una malattia la classifica l’Organizzazione Mondiale della Sanità, mentre la terapia sarebbe la fecondazione artificiale, secondo la legge 40/2004”.

Às técnicas de fecundação artificial podem recorrer somente os casais de sexo diferente, maior de idade, e em idade potencialmente fértil, casados ou conviventes, e ambos em vida. Foi instituído um específico Registro Ministerial das estruturas autorizadas para a utilização das técnicas de fecundação medicalmente assistida.

É proibida a fecundação *post mortem* e aquela heteróloga; é admitida somente aquela homóloga. O acesso às técnicas é limitado aos casos de esterilidade ou infertilidade que devem ser documentados com certidão médica e depois que os interessados tenham sido detalhadamente informados pelo médico sobre as medidas, sobre os problemas bioéticos e sobre os possíveis efeitos colaterais, sanitários e psicológicos consequentes à aplicação das técnicas de fecundação. Além disso, o médico deve informar que os nascidos após fecundação artificial adquiram o *status* de filhos legítimos e naturais não efetivamente por causa do nascimento, mas devido a declaração de nascimento e depois que os pais tenham dado o próprio consenso por escrito conjuntamente ao médico responsável da estrutura. O consenso dado pode ser revogado até o momento da fecundação do óvulo.

Enfim, na Itália, como em outros Estados, está em vigor a proibição de “útero” ou maternidade subrogada. Para a tutela do embrião, o art. 15, inciso 1, da mencionada Lei admite somente a pesquisa para a finalidade terapêutica e diagnóstica, excluindo qualquer tipo de pesquisa clínica e experimental.

3.6. Reino Unido

O Reino Unido foi o primeiro País no mundo onde foram utilizadas as técnicas de fecundação em vidro. Em 1978, por essa técnica nasceu um ser humano. Diante desse acontecimento e preocupado com as consequências futuras, o Governo criou uma Comissão (*Report of the Committee of Inquiry Human Fertilization and Embryology*)

com a função de, por um lado, aprofundar a pesquisa médica e científica na área da fecundação humana e do embrião e, por outro, de fornecer as devidas garantias de caráter social e ético. É evidente que esta “revolução reprodutiva” não pode ser isenta de críticas por parte daqueles que são preocupados pelos desenvolvimentos incontrolados da manipulação da vida humana. Portanto, a Comissão pediu ao Legislador para regulamentar a fecundação medicalmente assistida, achando um justo balanço entre os interesses envolvidos.

Em 30 de outubro de 1990, foi proclamada a Lei «Human Fertilization and Embryology Act 1990», que se caracteriza por ser a mais liberal a respeito entre as dos outros Países.

Os conceitos mais importantes enunciados nesta normativa são: a permissão de criação de embriões humanos e a utilização de embriões em excesso inutilizáveis para a pesquisa científica, além da possibilidade de criação de embriões para escopo científico, sob a condição de que não tenham ainda passados 14 dias do óvulo fertilizado; é proibida a reprodução de seres humanos.

Ao longo dos anos, a Lei que criou os códigos de regulamentação dessa matéria foi discutida e interpretada por juízes, que, na maioria dos casos, optaram pela afirmação da liberdade e das autonomias individuais. Nesses termos, a utilização das técnicas de procriação medicalmente assistida é consentida também para mulheres solteiras e a “fecundação em vidro” (*Fivet*) é admitida também no caso de fecundação heteróloga. É proibida a inseminação *post mortem*.

A diagnose pré-implante, pela qual é possível saber se o embrião fecundado é afeito ou não a doenças genéticas, de modo que a mulher autônoma e livremente possa decidir utilizar ou não a fecundação artificial, é admitida na maioria dos casos.

Em 2005, a Lei de 1990 foi submetida a uma releitura por parte do Departamento de Saúde inglês (*Select Committee on Science*

and Technology) e foi reduzida ao mínimo a intervenção do Estado nessa matéria.

3.7. Espanha

A Espanha foi certamente um dos primeiros Países europeus a aceitar a aposta de uma intervenção do legislador numa área minada como aquela das “biotecnologias reprodutivas”. Em 22 de novembro de 1988, foi proclamada a Lei 35 em matéria de liberdades sexuais. Como em outros Países, essa Lei foi objeto de fortes críticas, sobretudo em relação à falta de um preventivo debate ético, social e jurídico.

O objetivo da Lei foi o de disciplinar o acesso às técnicas de fecundação e aos eventos imediatamente consequentes, a partir de uma correta e imparcial informação e sem “pressões ideológicas, políticas ou confessionais”.

As técnicas reprodutoras admitidas são: a inseminação artificial e a fecundação em vidro com transferência do embrião. O pedido de acesso a essas técnicas deve provir de uma mulher maior de idade bem informada sobre o sucesso do resultado e dos eventuais riscos.

A Lei 35 de 1988 não requer que a mulher seja casada, pois esse requisito assume relevância somente em relação aos nascidos por causa de fecundação. O pedido de acesso às técnicas deve ser completado pelo consenso escrito do marido, obviamente se a mulher é casada. Esse consenso é necessário fundamentalmente para permitir ao recém-nascido assumir o estado de filho legítimo. O consenso exclui qualquer impugnação de legitimidade da filiação. Até as mulheres solteiras e as viúvas podem acessar as técnicas da fecundação medicalmente assistida.

As críticas mais fortes provêm da previsão de utilização da técnica da “fecundação *post mortem*”, que prevê implicitamente a possibilidade de conservar uma lembrança do *partner* falecido. Tal decisão é tomada no momento em que a viúva é frustrada psicofisicamente. Além disso, a mulher pode

utilizar um embrião de doador externo ao casal (fecundação heteróloga). Em caso de fecundação heteróloga, esta deve ser realizada mediante um contrato, revogável, estipulado a título gratuito entre o doador de embrião e um Centro médico, que acertará o bom estado psicofísico de saúde e a ausência de doenças genéticas hereditárias ou infectivas do doador.

Como dito, para a gravidez subrogada nas várias formas de acesso às técnicas de fecundação medicalmente assistida, é necessário o preventivo consenso, que deve ser livre, ciente, expresso e escrito. Tal consenso, segundo o art. 2, inciso 4 da Lei, pode ser revogado até o momento anterior à inseminação ou à transferência no útero do ovócito já fecundado.

Em relação ao número de “pré-embriões”⁸ que podem ser transferidos para o corpo da mulher, a Lei deixa tal decisão ao médico, tendo em conta a idade, a conformação física e a esterilidade. Em suma, o médico decide cada vez o número de pré-embriões a serem transferidos ao corpo da mulher, a fim de evitar excesso, embora os embriões em excesso possam ser conservados nos bancos dos Centros médicos por cinco anos e sem a especificação da eventual destinação, uma vez vencido tal prazo (?).

A Lei 45 de 2003, que modificou a Lei 35 de 1988, previu uma nova disciplina

⁸ “L’espressione ‘pre-embrione’ è stata utilizzata dall’Exposicìon de motivos al posto di embrionali. Infatti L’Exposicìon de Motivos distingue tra ‘pre-embrione’ e feto. Il pre-embrione è il ‘gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell’ovulo da quando è fecondato sino approssimativamente a quattordici giorni dopo, quando si annida stabilmente all’interno dell’utero terminato il processo di impianto che si è iniziato giorni prima, e appare in lui la linea primitiva.’ L’embrione è riferito alla ‘fase di sviluppo embrionale che, continuando la precedente se si è completata, segnala l’origine e l’incremento dell’organogenesi o formazione degli organi umani’, una fase la cui durata sarebbe di circa due mesi e mezzo. Per feto si intende ‘la fase più avanzata dello sviluppo embriologico’ nella quale si può riconoscere l’embrione come dotato di ‘apparenza umana’ e con gli organi formati che maturano a poco a poco preparandolo per assicurare la sua vitalità e autonomia dopo il parto”.

para a conservação dos embriões e dos pré-embriões, admitindo a conservação dos mesmos por parte do Ministério da Saúde e por um período igual àquele da vida fértil da mulher, para uma eventual posterior transferência intrauterina.

No ano 2005, o Ministério da Saúde espanhol autorizou a pesquisa sobre células-tronco, apesar da forte oposição da Igreja Católica.

No dia 16 de fevereiro de 2006, foi aprovado pela Câmara dos Deputados um projeto de lei que revê em alguns casos algumas normas contidas na anterior Lei 35/1988 modificada pela Lei 45/2003. O projeto ressalta a proibição de pesquisa para a clonagem humana e define o pré-embrião como «embrião em vidro, constituído por um grupo de células dependentes da divisão progressiva do ovócito, pela fecundação até 14 dias posteriores».

Algumas mudanças nas leis anteriores foram:

- a lista taxativa das técnicas reprodutoras, descritas na Lei 35 de 1988, é substituída pela faculdade concedida ao governo de atualizar as técnicas, acompanhando o desenvolvimento das pesquisas científicas;

- o consenso para a doação de embriões pode ser revogado não somente por “infertilidade sobrevinda”, como previsto na lei anterior, mas também “onde haja a exigência”. A doação pode determinar “um incentivo econômico” segundo os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

- o anonimato dos doadores é anulado “em caso de perigo certo para a vida ou a saúde do filho” e não como antes em caso de comprovado perigo, como previsto na Lei 35 de 1998;

- o prazo para o acesso à técnica de fecundação *post mortem* é prorrogado de seis a doze meses. É confirmada a proibição de maternidade de substituição;

- os pré-embriões conservados poderão ser destinados para o uso pessoal da mulher e do marido.

A diagnose pré-implante será possível para acertar a existência de doenças graves que não poderão ser curadas após o nascimento. É admitida a utilização de embriões para finalidades de pesquisa, com a possibilidade de fecundação de ovócitos animais com líquido seminal humano, concluindo a experimentação após a primeira divisão celular.

Os Centros e os serviços médicos, nos quais se praticam as técnicas de fecundação medicalmente assistida, serão submetidos a controles periódicos para verificar se permanecem os requisitos técnicos necessários para o funcionamento. São instituídas nas comunidades autônomas Comissões com atividade de suporte e de colaboração à *Commissiòn Nacional de Reproduciòn Humana Assistida*.

3.8. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o debate sobre o embrião e as relativas técnicas de fecundação medicalmente assistida é centralizado nos princípios constitucionais de inspiração liberal e na relação entre o Estado e o cidadão, segundo a qual ao Estado e ao legislador deva ser preclusa qualquer ingerência na autonomia individual.

De opinião diferente, são as doutrinas que ressaltam a importância da defesa do embrião, do concebido e do recém-nascido por parte do legislador e da jurisprudência.

A legislação norte-americana mais significativa em matéria de fecundação medicalmente assistida é constituída pela Lei federal de 24 de outubro de 1992 (*Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*), que, por intermédio do *Center For Disease Control and Prevention*, certifica os resultados positivos da aplicação das técnicas de fecundação assistida; pelo Decreto Clinton de 03 de outubro de 1995, instituidor da *Protection of Human Research Subjects on National Bioethics Advisory Commission*, que deve emitir pareceres acerca dos planos bio-

éticos na área da pesquisa e sobre a bioética da pesquisa; pelo Decreto Bush de 28 de novembro de 2001, que substitui aquele do seu anterior, fundador do Conselho Presidencial de Bioética (*The President's Council on Bioethics*), que expressa os pareceres de bioética a serem submetidos ao Presidente sobre a pesquisa, sobre o embrião, sobre as células estaminais, sobre a fecundação medicalmente assistida e sobre a clonagem.

Fundamentalmente, o Decreto Bush, como aqueles dos predecessores, proibiu a criação de embriões para finalidades de pesquisa. Nesse contexto, pode-se reconhecer o direito fundamental da pessoa ao acesso às técnicas de fecundação artificial, somente se tal direito se torne garantido pela Constituição ou pela liberdade da pessoa de decidir se e de que forma chegar até a procriação.

O Legislador pôs alguns limites, como a proibição da pesquisa sobre fetos e embriões em excesso. Foi estabelecido que o número máximo de embriões a serem transferidos deve ser calculado em referência à idade, e, de qualquer forma, nunca superior a cinco por paciente.

A fecundação heteróloga masculina é consentida a partir do ano 1990 e o doador não goza do anonimato; o consenso do marido à fecundação artificial heteróloga vincula o mesmo à paternidade. Relativamente à doação de gametas femininos, a fecundação subrogada consente, em alguns Estados, o pagamento dos custos da gestação e dos relativos riscos, sob a condição que o casal unido em casamento tenha obtido a homologação do mesmo pelo Foro. A mãe uterina deve renunciar ao seu direito parental, mantendo, ao contrário, a liberdade de interromper a gravidez por motivos de saúde.

Em relação à fecundação *post mortem*, o Legislador norte-americano reconhece a existência do ligame jurídico da filiação sob a condição de que haja um consenso expresso em vida.

Referências

FOSTER, Jennifer, SLATER, Barbara. Privacy and assistend human reproduction: a discussion paper. *Health Law Review*, n. 1, v. 1, 2002.

HERDER, Matthew. Donate a definition. *Health Law Review*, n. 1, 2002.

SEIDEL. *Munchener commenta zun Burgerlichen Csetzbuch em Rebman*. Alemanha: Monaco, 2002.

WITHMAN, J. Q. *The two western cultures privacy*. Yale: L. J. 2004.

O Magistrado e o ideal de Justiça

Reis Friede

Muito embora possa ser considerado correto afirmar, em termos amplos e genéricos, que o Magistrado, no desempenho de seu mister, possua uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente – agindo como Estado em nome do próprio Estado – o poder estatal, por intermédio da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o Magistrado uma autoridade e um poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem.

Por essa razão, não podem os Juízes – como erroneamente supõem os menos avisados – realizar o que se convencionou atecnicamente chamar de Justiça, de forma ampla, subjetiva e absoluta, considerando que o verdadeiro e único poder, outorgado legítima e tradicionalmente aos Magistrados – desde o advento da tripartição funcional dos poderes – é a prestação jurisdicional, com o conseqüente poder de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente, majoritariamente criado – em sua vertente fundamental – pelo Poder Legislativo, rigorosamente limitado à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que se convencionou chamar de Justiça à sua acepção básica, objetiva e concreta e, portanto, dependente

Reis Friede é Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito / UFRJ, é Mestre e Doutor em Direito.

da efetiva preexistência de um denominado Direito Justo.

“(…) hoje, entende-se por Justiça a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um Juiz faz Justiça quando, imparcialmente, sem propender emocionalmente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta.” (JAIME, 1992)

“A Justiça consiste em aplicar a pena conforme a lei” (WHITAKER, 1991, p. 31).

“Se as leis são injustas, mudem-se as leis. Caso sejam inconstitucionais que assim sejam declaradas. Não cabe ao juiz deixar de aplicá-las de acordo com sua ideologia, consciência e critério, apoiada em uma suposta ‘justiça social’. Já ensinava Ennecerus que, ante a insubordinação do direito positivo ao direito ideal ou à justiça absoluta, deve caber ao legislador a tarefa de corrigir a injustiça através da derrogação da lei má, mas não ao Juiz recusar-lhe aplicação em nome de uma justiça ideal” (BARROS, 1992)

Essa é exatamente a prisão e a consequente servidão a que estão vinculados os Membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiros), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de – ao dizer o direito a ser aplicado – realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como Justo ou, em termos mais amplos, como Justiça, até porque, apesar de sua *independência política* (corolário parcial, para alguns autores, da garantia constitucional do devido processo legal), o Juiz se encontra, de forma permanente, inexoravelmente adstrito à lei em seu sentido mais amplo, conforme já, inclusive, prelecionava a lei alemã de 22 de março de 1924, *verbis*:

“A Justiça é distribuída por juízes independentes, única e exclusivamente subordinada à lei”.

Imperioso ressaltar que é, de fato, muito difícil para o Magistrado compreender e, principalmente, manter-se nessa limitada condição de humilde servo da lei *lato sensu*, realizador, portanto, de uma Justiça adstrita (e, por efeito, limitada), irremediavelmente dependente da criação de um Direito Justo (material e processual) por um outro poder, absolutamente soberano e independente, mas, por vezes, *data maxima venia*, distante e divorciado da realidade social e dos verdadeiros anseios dos integrantes do povo, na qualidade de permanentes e potenciais jurisdicionados.

“O problema que se pode arguir, de início, é saber-se se um Juiz pode, aplicando a justiça, ser justo. Modernamente esses dois conceitos não são sinônimos. As leis são coercitivas, educativas, estruturantes sociais por excelência. Mas podem ser injustas (...)” (JAIME, 1992).

“(…) O Magistrado não é um homem para se contrapor à ordem jurídica. O Magistrado é um homem para dar concreção a uma ordem jurídica. Ordem jurídica que tem uma feição política irrefutável, porque não tem sentido que você imagine uma contradição dialética dentro do exercício do próprio Poder” (PASSOS, 1991)

“Na verdade, embora com atividades restritas, os Juízes possuem opiniões pessoais sobre assuntos políticos. O bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento, e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica” (SANCHES, 1992 apud MACHADO, 2003)

No entanto, essa específica condição do Magistrado é, em princípio, absolutamente imutável – quer por sua própria vontade em eventual comunhão ou não com uma das Partes do Processo, quer com a plena concordância de ambas as Partes e, até mesmo, com o aval do próprio órgão Ministerial na

qualidade de *custos legis* –, considerando que a legislação em vigor, especialmente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 35, I, da Lei Complementar no 35/79) é expressa no sentido de ser dever indeclinável do Juiz “cumprir e fazer cumprir, com *independência, serenidade e exatidão* as *disposições legais* e os atos de ofício”. É importante salientar que a rigorosa observância desse dever é a única garantia real dos jurisdicionados, na medida em que as decisões do Poder Judiciário são absolutamente soberanas e não se sujeitam, em princípio, ao controle direto de qualquer outro Poder. Por outro lado, resta lembrar que o descumprimento desse dever pode vir a constituir, pelo menos em tese, até mesmo, *crime de prevaricação* no caso específico do Juiz vir a praticar ato, proferir decisão ou prolatar sentença – com dolo específico de satisfazer interesse ou sentimento pessoal – contra disposição expressa de lei (art. 319 do Código Penal).

“No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves consequências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem dele as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado.” (Ministro Antônio de Pádua

Ribeiro, em cerimônia comemorativa do primeiro aniversário do STJ)

Não é por outra razão que, não obstante a insistência de um ou outro Juiz em procurar realizar o denominado “Justo Abstrato”, a grande totalidade dos Magistrados se veem conscientes na inafastável obrigação de ter que aplicar, independentemente de sua livre vontade, convicções pessoais e ideologias políticas, a lei objetiva adequada ao caso concreto, ainda que esta possa produzir, em sua correta interpretação, um resultado que aparentemente o Julgador possa, em seu Juízo particular de valoração, entender como objetivamente “injusto”.

“Constituirá, sem dúvida, um perigo insuperável, uma absoluta negação do valor segurança o admitir-se que os Juízes e, muito menos, as partes possam litigar com base no que é justo, dado, sobretudo, à invencível dificuldade de se estabelecer qual é o justo de cada um” (DANTAS, 1992, p. 15-16).

Essa virtual limitação, é conveniente frisar, atinge a todos os espectros de pronunciamentos judiciais, positivos ou negativos, na efetiva aplicação de um dado dispositivo legal que, por qualquer motivo, deva ser observado em um caso concreto levado ao conhecimento do Magistrado.

“Ora, para que algum Juiz pudesse ser realmente justo, teria de possuir poderes que a sociedade ainda não lhe outorgou. Sua onipotência precisaria ser reconhecida, pois para fazer-se justo, muitas vezes, teria que reformular toda a estrutura social daquele momento histórico. O Juiz não faz e nem propõe leis; este poder pertence ao Legislativo e, em certos regimes políticos, o Executivo pode sugerir-las, pode decretá-las (...).”

“O lógico seria que os Juízes fossem consultados na feitura das leis para informar serem elas justas ou não. Mas isto não acontece. E, uma vez impostas as leis, mesmo as injustas,

serão cumpridas com convivência pacífica dos Juízes”. (JAIME, 1992)

É por essa razão que, independentemente da simples vontade, derivada da valoração particular e subjetiva do Juiz, não pode o mesmo, em nenhuma hipótese, afastar-se do denominado “império da lei e da ordem jurídica”, devendo-se ater, de forma serena e complacente, à rigorosa observância dos preceitos legais em vigor que se harmonizam com a defesa dos valores mais sublimes que traduzem a verdadeira essência do Direito.

“O direito, portanto, não é uma coisa que gera justiça. O direito é uma coisa que gera ordem. Em termos de exercício de poder, pode ou não gerar justiça”. (PASSOS, 1991)

Por outro lado, não poderíamos deixar de registrar que essas referidas e eventuais limitações, derivadas da imperatividade das normas relativas ao Direito Positivo vigente, não atingem apenas aos Magistrados, mas evidentemente a todos os integrantes da denominada tríade basilar da Justiça (o que inclui, além dos Juízes, os Advogados e os Membros do Ministério Público), bem como ao próprio somatório dos cidadãos em nosso País e até mesmo no estrangeiro.

Trata-se, de maneira efetiva, da inafastável imperatividade – e, por via de consequência, rigorosa observância – das normas jurídicas de direito positivo – por todos (mas, em especial, pelos aplicadores da lei) – como natural imposição da segurança das relações sócio-jurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas.

Por efeito, devemos deduzir não ser possível – a título de aplicação do denominado direito alternativo, uso alternativo do direito ou a qualquer outro – produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal – na qualidade de garantidora última da estabilidade social –, criando (sem legi-

timidade e competência para tanto) um verdadeiro direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação.

“A lei não pode nunca envolver uma injunção de ordem geral que na realidade traduza o que seja mais conveniente para cada um em particular, ela não pode determinar com absoluta exatidão o que seja bom e direito para cada membro da comunidade a um só tempo, seja qual for. As diferenças da personalidade humana, a variedade a que se entregam as pessoas e a inexorável instabilidade de todos os negócios humanos tornam impossível, seja como for, ditar regras gerais que se mostram boas para todas as questões em todos os tempos” (PLATÃO apud MARINS, 1992).

“A criação da lei pelo próprio Juiz, para o caso concreto, como propõe o chamado direito alternativo, é uma extravagância tão grande como a que é atribuída a D^a Maria I, Rainha de Portugal, conhecida como ‘a louca’, que dividia os pleitos que lhe eram submetidos mediante aplicação de uma imaginária ‘lei mental’. Os veredictos daquela soberana variavam de acordo com seu humor ou com maior ou menor grau de lucidez que passava ao proferir a Justiça.” (VALADARES, 1994)

Também, a esse propósito, devemos concluir, sem qualquer vacilação, que o cerne da questão do *Justo* – e, por extensão, da Justiça como elemento axiológico fundamental do Direito –, portanto, não se encontra propriamente na valoração genérica e subjetiva de cada Julgador, ou mesmo circunstanciado pela força da paixão interior de cada Magistrado; mas, ao contrário, no rigor da aplicação racional da lei, de forma serena, equilibrada e, fundamentalmente, *imparcial* pelo Julgador.

“A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei” (ARISTÓTELES, 1993).

“Nada é mais inimigo da verdadeira justiça do que a paixão. E nada a atropela mais do que a pressa. Os julgamentos apaixonados não são julgamentos, são libelos, são atos unilaterais eivados de nulidade” (MEIRA, 1992)

O Magistrado (e, por extensão, o órgão jurisdicional), é importante frisar, somente realiza a *Justiça* em sua amplitude maior quando, de maneira *inflexível e independente* – sem propender para esta ou aquela causa –, afirma o direito, amparado única e exclusivamente pela imperatividade da lei em seu sentimento amplo, interpretando e aplicando, consoante o arcabouço técnico-jurídico próprio, a norma jurídica, de forma absolutamente *imparcial* e distante, por efeito, da paixão e da emoção, próprias das partes envolvidas que necessária e constantemente rondam as diversas causas.

“É necessário que o órgão jurisdicional não corra perigo de carecer da *independência, inflexibilidade e imparcialidade* indispensáveis ao seu ofício (...).” (CHIOVENDA, 2002, p. 312)

Imparcialidade, ao lado do equilíbrio e da serenidade, constituiu-se, por efeito conclusivo, na palavra chave, no valor máximo a ser buscado, de todas as formas, pelos Membros do Poder Judiciário em sua missão última de produzir – em suas decisões – o que convencionalmente ousamos chamar de *Justiça* em sua acepção mais ampla. Não é por outra razão, portanto, que a *capacidade subjetiva do Julgador*, pelo menos em tese, deve ser sempre questionada, incluindo, nessa avaliação, a constatação do real dis-

tanciamento do Magistrado em relação às paixões trazidas pelas partes, como bem assim, de suas próprias, permitindo que a *razão* e o *ideal ético* (a vontade livre dirigida unicamente à realização do bem comum) possam sempre – e em todas as hipóteses e circunstâncias – prevalecer.

Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*. Livro 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.
- BARROS, Hélio Cavalcanti. Direito alternativo. *Jornal do Brasil*. 22 maio 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Boookseller, 2002.
- DANTAS, Francisco W. L. Uma abordagem hermenêutica sobre o chamado direito alternativo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, jul. 1992.
- JAIME, Jorge. Dois conceitos: justiça e justo. *Jornal do Comércio*. 9 jul. 1992.
- MARINS, Vitor A. A. Bomfim. Sobre o Juiz, a lei e a idéia de Justiça. v. 36, n. 7. *Revista de Direito Civil*. 1992.
- MEIRA, Sílvio. Clamor pela Justiça. *Jornal do Comércio*. 4 set. 1992.
- PASSOS, J. J. Calmon de. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. *Livro de estudos jurídicos*. n. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- MACHADO, Agapito. O princípio da isonomia e os privilégios processuais. *Jus Navigandi*, 2003. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6242>>.
- VALADARES, Ney Magno. *A ética do magistrado*. palestra proferida na Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em 8 abr. 1994.
- WHITAKER, Fernando. Direito penal do trabalho. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 9, 1991.

Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”

Renato Gugliano Herani

Sumário

1. Direito pré-constitucional no processo democrático brasileiro. 2. “Recepção de leis”: compreensão crítica do fenômeno. 3. Modelo atual de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais. 4. STF e seu absentismo na aferição da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais. 5. Direito pré-constitucional: pauta irrecusável do processo constitucional objetivo.

1. Direito pré-constitucional no processo democrático brasileiro

A Constituição brasileira de 1988 completa duas décadas e ainda está longe da implementação de expressiva maioria dos princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Democrático de Direito. A deficiência da postura estatal intervencionista no cumprimento das realizações dos direitos sociais suscita reflexões acerca de uma Justiça constitucional mais ativa no processo de realização substancial do sistema de direitos sociais fundamentais.

Na crítica atual de Lenio Luiz Streck (2004, p. 185), alinhada à tese constitucional substancialista, a Justiça constitucional brasileira está longe do ativismo diante da sociedade, por ainda ser permeada por dogmática jurídica marcada pela postura absenteísta própria do modelo liberal-

Renato Gugliano Herani é Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em SP.

normativista, distanciando-se assim do intervencionismo capaz de construir uma concepção substancial da democracia – expressão do “reconhecimento de uma igual *dignidade* em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio social” (GUERRA FILHO, 2007, p. 156).

Um fator apontado por Streck (2004, p. 185), que contribui para esse cenário, é a postura do Poder Judiciário de ausência na formulação de uma “filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição”. Essa crítica incide diretamente sobre o modelo de aferição da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais há muito praticado no Brasil, para o qual Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 220) defende curial ajustamento à tendência contemporânea, a fim de dar à fiscalização abstrata extensão suficiente para apanhar o direito preexistente, o que implicaria radical alteração no atual modelo. Alteração também conclamada no bojo da atual composição do Supremo Tribunal Federal, já que, para Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 67), não se afigura despropositado cogitar da revisão da jurisprudência da Corte Suprema a fim de promover a extensão do controle abstrato de normas, para agasalhar as normas pré-constitucionais, integrantes de um “espaço residual expressivo” subsistente para o controle difuso relativo às matérias imunes à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, “que tem sido responsável pela repetição de processos” (MENDES, 2005, p. 93).

Tais suscitações revelam ser – a despeito de duas décadas de vigência da Constituição de 1988 – curial o esforço reflexivo acerca do fenômeno que lida com a relação internormativa de compatibilidade vertical entre a lei pré-constitucional e a Constituição, costumeiramente identificado como *recepção legislativa*, tendo em vista o atual modelo de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais praticado no sistema jurídico brasileiro.

Em tão breves linhas, não é possível delinear, ancorando-se em prudente fundamentação, uma proposta de extensão da fiscalização do direito pré-constitucional. E não é esse o propósito deste trabalho. Importa sim demonstrar como ainda vigora a condição secundária do processo constitucional objetivo na aferição da compatibilidade/incompatibilidade de leis pré-constitucionais com a Constituição vigente, o que, sem dúvida, acarreta retardos no processo de implementação e consolidação da democracia brasileira.

2. “Recepção de leis”: compreensão crítica do fenômeno

Apesar de há muito batizado como *recepção legislativa*, o emprego da expressão parece induzir o pensamento a uma deturpada leitura do fenômeno a que substancialmente se propõe identificar, e isso pode provocar equívocos em sua ontologia e estrutura lógico-normativa.

O termo *recepção legislativa* encontra raízes em Hans Kelsen em sua conhecida passagem presente na obra *Teoria geral do direito e do Estado* em que descreve o fenômeno de derrubada de uma ordem jurídica e substituição por outra no mesmo âmbito espacial desencadeada com a emergência de uma nova Constituição em suplantação de outra até então vigorante. Kelsen (2005, p. 172) se refere a “caso de recepção (semelhante à recepção do Direito romano)”.

Identifica nesse fenômeno analogia ao movimento vivenciado com especial destaque na Alemanha nos séculos XV e XVI. Naquela ocasião, o País foi palco de “adoção de uma nova ordem jurídica, ordem essa, até certo ponto, completamente estranha àquilo que mais tarde se chamaria ‘germanismo’”. Este acontecimento se chamou de *recepção*” (FERREIRA SOBRINHO, 1987, p. 25-47), *recepção do direito romano na Alemanha*, fenômeno dado como “a cientificização do direito alemão e dos seus juristas ou [...] um direito dos juristas” (Idem).

O fenômeno de incorporação do direito romano ao sistema jurídico alemão, que, “se não chegou a impressionar como algo que lhe foi exclusivo, impressionou pelo fato de ter desencadeado a adoção de uma nova ordem jurídica” (FERREIRA SOBRINHO, 1987, p. 25-47), inaugurou a perspectiva do fenômeno da recepção em que se cogita a transposição de institutos estrangeiros para outros ordenamentos jurídicos pela via do direito comparado, engendrada em conjugação com adaptações às condições reais do povo destinatário dessa transposição (Idem). Tal perspectiva se tornou “um dos importantes objetivos ou finalidades do Direito Comparado” (DANTAS, 2003, p. 7-21), e “faz com que não se veja o sistema jurídico como algo *estático* em relação aos modelos estrangeiros, mas sim *dinâmico*, sempre passível de receber *influências externas*” (Idem), assim, “representa a aproximação dos *diversos modelos jurídicos existentes no plano internacional*, também entendida como *Transferência Jurídica*” (Ibidem).

O fenômeno aqui tratado não é o da *Transferência Jurídica*, vale dizer, o de recepção de institutos jurídicos alienígenas via direito comparado ao ordenamento jurídico brasileiro inaugurado com a Constituição de 1988. Está voltado para o plano do direito interno, sobretudo se cinge à relação entre a Constituição e as leis que lhe são anteriores. Relações que decorrem da suplantação de ordenamentos jurídicos no mesmo âmbito espacial determinada pela substituição de uma Constituição por outra e pelo aproveitamento fragmentário da malha normativa produzida pelos processos legislativos anteriormente vigentes, por meio de transposição para o novo sistema jurídico não por simples incorporação, mas por transmutação do velho para o novo.

A problemática da *recepção de leis* se instala no contexto de sucessão tempo-espacial de ordenamentos jurídicos, desencadeada com a substituição de textos constitucionais. É sob a perspectiva do ordenamento jurídico que esse fenômeno encontra sua

identificação estrutural, mais precisamente no campo da relação temporal entre ordenamentos (BOBBIO, 1997, p. 161). Constitui fenômeno cuja problemática se caracteriza por nascer no exterior para gerar efeitos no interior de um ordenamento jurídico. Em outras palavras, originariamente se manifesta no momento de sucessão de ordenamentos situados no mesmo âmbito espacial e em diferente âmbito temporal.

Hans Kelsen (2005, p. 7) alerta para a ideia de que qualquer “tentativa de definição de um conceito deve adotar como ponto de partida o uso comum da palavra, denotando o conteúdo em questão”. Se assim é, deve haver correlação entre o uso comum da palavra à qual se atribui um conceito a ser definido e o conteúdo referido pela palavra. É nesse ponto que está o problema da utilização do vocábulo *recepção*, pois esse não guarda, no uso comum, referência adequada – mormente no contexto do constitucionalismo moderno – ao conteúdo do fenômeno a que se refere.

No uso comum, o termo *recepção* faz alusão a ato ou efeito de receber (AURÉLIO, 1972, p. 1027). Potencializa a ideia de mero recebimento de leis anteriores pela ordem constitucional constituída posteriormente a elas; e, com isso, a de convivência do velho com o novo. A ideia torna-se ainda mais viva ao se perceber que o enunciado acolhido pela nova ordem permanece o mesmo. Essa visão reforçaria a concepção de mero recebimento de normas jurídicas produzidas em um sistema jurídico-constitucional sucedido por outro. Recebimento no sentido de hospedagem, com a conservação do originário fundamento de validade e da individualidade textual e semântica de normas estranhas ao novel sistema, mas que compõem o novo ordenamento jurídico ao lado das normas posteriormente produzidas.

No entanto, tal visão é equivocada na medida em que oculta o efeito principal do fenômeno aqui estudado, qual seja, a (re)criação normativa. A racionalização da

recepção legislativa se constrói, nos tempos modernos, a partir da admissão de certos postulados essenciais do Estado constitucional: o da supremacia da Constituição e o da rigidez constitucional, que conduzem o pensamento jurídico à ideia de Constituição como fundamento de validade da ordem jurídica. Portanto, o surgimento de uma nova ordem constitucional implica necessariamente a renovação do complexo normativo para adequação ao novo parâmetro de validade. A nova Constituição provoca, por sua força de inicialidade fundante, a perda de eficácia de todo o direito anterior, e aquele que for compatível com a nova Constituição recobra a eficácia instantaneamente (FERREIRA FILHO, 1999, p. 97). Portanto, o Poder Constituinte tem como produto final de sua atividade, além do surgimento de uma Constituição, o desencadeamento do processo de novação de toda a legislação pré-constitucional.

“Construir ou reconstruir tudo desde a base seria esforço demasiado pesado ou impossível em curto tempo e, entretanto, seria gravemente afectada a segurança jurídica” (MIRANDA, J., 2003, p. 461). Assim, a renovação de todo o arcabouço legal por regular processo legislativo estabelecido pela nova ordem constitucional apresenta impossibilidade prática intransponível, motivando na doutrina de Kelsen (2005, p. 172) a ideia de uma fonte de direito abreviada:

“Se as leis introduzidas sob a velha constituição ‘continuam válidas’ sob a nova constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção (semelhante à recepção do Direito romano). A nova ordem recebe, *i. e.*, adota normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) a normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. A ‘recepção’ é um

procedimento abreviado de criação de Direito”.

Com a nova Constituição, toda a legislação pretérita deve compatibilizar-se com a nova ordem. Em assim ocorrendo, automaticamente a lei pretérita recebe novo fundamento de existência e validade. Não haveria, pois, necessidade de criação de uma nova rede legislativa.

A compatibilidade entre o “velho” e o “novo” não tem como resultado o aproveitamento ou não do “velho”, mas sim o surgimento ou não do “novo”. É equivocado dizer que a compatibilidade da lei anterior com a nova Constituição faz com que o ordenamento jurídico passe a compor-se de normas velhas. É para o que alerta Norberto Bobbio (1997, p. 177) sustentando que a *recepção* não coaduna com a simples permanência do velho no novo. Traduz, na dicção de Jorge Miranda (2003, p. 463), o ato de dispor *ex novo* ou, na de Lenio Luiz Streck (2004, p. 700), o ato de transmutar o “velho texto” em “texto novo”. Isso implica reconhecer que a estrutura normativa é preenchida por normas criadas por processo legislativo institucionalizado pela nova ordem e outras (re)criadas por outra fonte de criação do direito, que parece mais apropriado denominar *novação legislativa*.

A cada emergência de uma Constituição, a renovação de todo o arcabouço legal pelos regulares processos legislativos estabelecidos pela nova ordem constitucional em curto período de tempo constitui esforço impossível de realizar, de modo que se tornaria, pois, impraticável a substituição de toda a legislação infraconstitucional com a introdução de uma nova Constituição. Anos e mais anos seriam necessários de atividade legislativa intensa para a completude do vácuo legal. Enquanto não criadas as novas leis, como seria a regulação das condutas sociais?

Percebe-se assim um campo de tensão entre a coerência lógica do pensamento jurídico e a verdade de fato peculiar aos centros emanadores das leis (que é a inca-

pacidade de renovação a um só tempo de toda a malha legislativa). Esse campo de tensão instigou a racionalidade jurídica a enfrentar a incapacidade legislativa. Desenvolveu o fenômeno do aproveitamento da lei velha na (re)criação de lei nova no sistema jurídico recém-instalado. E assim surge a novação legislativa como verdadeira fonte de direito.

Miguel Reale (1987, p. 140) designa, por fonte de direito, “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”. Norberto Bobbio (1995, p. 161) já conceitua como “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. As fontes de direito se apresentam como regras de estrutura do ordenamento capazes de determinar o ingresso de uma norma e, por conseguinte, o reconhecimento como tal no ordenamento jurídico.

A recepção emerge como uma das diversas fontes de direito presentes no ordenamento jurídico, voltada a suprir a incapacidade legislativa perceptível quando do surgimento de uma nova ordem jurídica. E tem a função essencial de promover a completude do ordenamento jurídico com o aproveitamento das leis velhas recriando novas normas. Norberto Bobbio (1995, p. 164) também reconhece na novação uma fonte de direito. Entende que, na doutrina juspositivista das fontes, admite-se a existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados. Hierarquizado na medida em que existe uma fonte predominante, ou seja, no plano mais alto, que é a lei, e complexo porquanto conjuga outros fatos ou atos produtores de normas, que formam fontes subordinadas, entre elas o processo de reconhecimento, ou, no seu dizer, recepção, assim denominado:

“Quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que

produz regras de conduta a que o Estado *reconhece* (isto é, atribui) *a posteriori* (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo”. (BOBBIO, 1995, p. 164)

A regra de novação se operacionaliza no momento exato da promulgação da Constituição. No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 é um “marco demarcatório para a exurgência do novo e sepultamento do velho” (STRECK, 2004, p. 702). Ocasão em que essa se depara com toda a malha legislativa precedente, e pertencente ao ordenamento velho (NEVES, 1988, p. 97). Automaticamente ocorre a novação ou não das leis pré-constitucionais. Esse ato de novação, instantâneo à promulgação de uma nova Constituição, não é dotado de procedimento formal preordenado, e, no entanto, dele culmina, tal como do processo legislativo, a transformação de uma prescrição em direito vigente. É uma criação abreviada de direito, de certa maneira desprovida de atos sequencialmente institucionalizados para a produção de prescrições jurídicas. O ato exigido é a compatibilidade com a nova Constituição decorrente de uma construção interpretativa verificada no momento em que se concretiza a sucessão de textos constitucionais.

Essa regra de novação tem como elementos: a Constituição (superveniente) como parâmetro de novação (MORTATI, 1958, p. 131) e a norma pré-constitucional como objeto. Sua aplicação pode produzir dois resultados: a) a lei pré-constitucional materialmente compatível com a Constituição considera-se novada, implica dizer que, do ponto de vista interno do sistema, a lei pré-constitucional adapta-se aos critérios de existência e de validade, e assim cria, com a nova Constituição, uma relação intrassistemática de fundamentação-derivação (NEVES, 1988, p. 102); b) as leis pré-constitucionais materialmente incompatíveis, não são novadas, vale dizer, “simplesmente se desconsidera sua existên-

cia. São reputadas, para todos os fins, como não-normas” (TAVARES, 2006, p. 170).

A regra de novação existe independentemente de norma expressa. Em qualquer sistema constitucional, há uma cláusula tácita de novação, desde que não haja previsão contrária no próprio texto constitucional. No Brasil, a Constituição de 1891 está presente no artigo 83; a de 1934, no artigo 187; e a de 1937, no artigo 183.

Assim, com a nova Constituição, toda a legislação pretérita se submete à regra de novação, que desencadeia um processo de verificação e solução de compatibilidade com a nova ordem que se estabelece. Esse processo desenvolve-se com a participação do Poder Judiciário, especialmente do órgão máximo, responsável pela preservação e implementação das normas constitucionais vigentes, por meio dos mecanismos institucionalizados para a defesa da Constituição. Sem dúvida, o Poder Judiciário desempenha papel central no processo de constitucionalização do direito pré-constitucional.

A problemática da aplicação da regra de novação está justamente no ato de verificação e solução da compatibilidade/incompatibilidade das leis pré-constitucionais com as novas normas constitucionais. Esse ato se cumpre por meio de um esforço hermenêutico desenvolvido por órgãos jurisdicionais competentes. Com isso, pode ocorrer de a lei pré-constitucional não ser novada no ato simultâneo à promulgação de uma Constituição superveniente, por ser com esta incompatível, e ainda assim continuar produzindo ou irradiando efeitos jurídicos concretos no seio da coletividade, porquanto ou os órgãos competentes ainda não reconheceram a incompatibilidade da lei (inexistência) ou foi reconhecida como tal por alguns órgãos jurisdicionais, mas por outros não.

Da mesma forma que se admite possível uma lei pós-constitucional pertencer ao ordenamento jurídico ainda que válida e inválida simultaneamente dada a dispari-

dade das decisões de verificação, também é possível uma mesma lei pré-constitucional ser considerada novada por alguns órgãos jurisdicionais e não novadas por outros. Isso porque o reconhecimento da incompatibilidade da lei pré-constitucional se depara com, segundo Marcelo Neves (1988, p. 49), “a multivocidade significativa do discurso jurídico (problema semântico) e a pluralidade de órgãos encarregados de interpretar e aplicar as normas jurídicas (problema pragmático)”. E, para que essa dicotomia seja superada definitivamente, é imprescindível a atuação de um órgão uniformizador da jurisprudência (NEVES, 1988, p. 49) – encarregado de extirpar os efeitos jurídicos que a lei pré-constitucional produz no sistema jurídico.

Portanto, o papel do Poder Judiciário na teoria da recepção é fundamental, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pela uniformização do discurso de harmonização do edifício normativo-constitucional.

3. Modelo atual de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais

A exigência do Poder Judiciário no enfrentamento da verificação e da solução das compatibilidades/incompatibilidades das leis pré-constitucionais torna importante a discussão em torno da natureza da lei pré-constitucional não novada. Em que plano da manifestação normativa se encaixa a norma pré-constitucional novada ou não novada? Para responder tal pergunta, é necessário estudar os planos de existência, validade e eficácia da lei pré-constitucional, não só em relação ao sistema jurídico sucedido, como em relação ao sistema jurídico sucessor. A lei pré-constitucional não novada, ou seja, incompatível com a nova Constituição, constitui, perante o novo sistema jurídico, ato inexistente, ato inválido ou ato ineficaz? Essa abordagem foi objeto de debate no julgamento da ADIn n. 75, julgada em

1.4.1992, quando o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão da incompatibilidade de lei pré-constitucional com a Constituição superveniente na seara da teoria do negócio jurídico. Contudo, não chegou a descrição nítida dos planos de manifestação da lei pré-constitucional.

Justamente no esforço de definição do plano de manifestação da lei pré-constitucional não novada que determinou o surgimento de inúmeras teses. Teses essas que norteiam e delineiam o controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais nos diversos países, e no Brasil não é diferente. A doutrina se subdivide essencialmente em cinco correntes que identificam a incompatibilidade como: a) inconstitucionalidade superveniente, que afeta a validade da lei (CANOTILHO, 2003, p. 1013); b) revogação por sucessão intertemporal, que retira a vigência da lei (LEAL, 1947, p. 390); c) revogação decorrente de inconstitucionalidade (BITTENCOURT, 1949, p. 131); d) inexistência da lei (TAVARES, 2006, p. 170); e) afirmação substancial segundo a opção político-constitucional (ZAGREBELSKY, 1988, p. 142).

Há muito a jurisprudência constitucional brasileira acolhe a tese da revogação para excluir o direito pré-constitucional do objeto de controle concreto de constitucionalidade. Sob a égide da Constituição de 1937, Castro Nunes (1943, p. 600) já anunciava a impossibilidade da declaração da inconstitucionalidade de leis não novadas. Na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal manteve-se na linha de não tratar o conflito entre lei pré-constitucional e a Constituição como arguição de inconstitucionalidade, mas como problema de derrogação (RE n. 19.887, n. 19.656, n. 20.325, todos julgados em 19.6.1952; RE n. 17.961, julgado em 22.7.1952). Tal premissa norteou a fixação dos mecanismos de controle do referido conflito. Assim, na vigência da Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal não alterou seu entendimento, pelo contrá-

rio, recrudescendo-o para não mais conhecer do processo constitucional objetivo se o objeto fosse a incompatibilidade de lei pré-constitucional com a Constituição vigente, tal como confirmado na Rp n. 1016-SP, julgada em 20.9.1979, e, no mesmo sentido, a Rp n. 765-CE, julgada em 24.4.1980, a Rp n. 1303/DF, em 1.7.1986, a Rp n. 1334-PR, em 6.5.1987, e o RE n. 91.604, em 9.12.1981.

Nesse período de vigência da Constituição de 1988, consolidou-se a prevalência do critério cronológico na solução do conflito internormativo entre lei pré-constitucional e a Constituição. No julgamento da ADIn 2, em 6.2.1992, dirigida contra artigos do Decreto-lei n. 532 de 16.4.1969 e artigos do Decreto federal n. 95.921 de 14.4.1988, a questão da novação foi amplamente debatida, tendo prevalecido o entendimento do Ministro Paulo Brossard, acompanhado de oito votos, que mantinha a linha tradicional da jurisprudência da Suprema Corte, de que a desconformidade arguida entre a nova Constituição e atos normativos pré-constitucionais seria redutível à revogação destes, para declaração da qual não seria idônea a ação direta.

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, o Poder Legislativo introduziu o controle do vício de não-novação no universo de objeto próprio do controle abstrato-concentrado com o advento da Lei n. 9.882/99. Essa lei inclui, entre as hipóteses de cabimento da ADPF, os casos em que for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição (artigo 1º, parágrafo único, inciso I).

Apesar do avanço promovido pela Lei n. 9.882/99 no campo do controle de novação, o Supremo Tribunal Federal ainda se mantém firme em sua opção político-constitucional de renegar o controle concentrado de novação com a amplitude que se deve, sob o argumento de que o conflito entre lei pré-constitucional e a Constituição superveniente encerra um problema de

revogação e não de arguição de inconstitucionalidade, razão por que não poderia ser tratado em sede de controle abstrato, mas apenas em controle difuso, não obstante a lei pré-constitucional incompatível provocar substancialmente clara violação ao pressuposto da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico e, com isso, ofender a supremacia constitucional.

4. STF e seu absentismo ao exercício de aferição abstrata da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais

O atual modelo de aferição da legitimidade constitucional das leis anteriores à Constituição de 1988, há muito praticado no Brasil, é marcado por exagerado absentismo da jurisdição constitucional na verificação e solução das incompatibilidades das normas precedentes com a ordem constitucional vigente, e, por isso, não ajustado à tendência contemporânea de dar à fiscalização abstrata extensão e eficácia suficiente para abarcar o direito preexistente, como há muito ocorre em países da Europa, como Itália (GUASTINI, 2005, p. 60), Portugal (art. 282 da Constituição de 1976), Espanha (ENTERRÍA, 1985, p. 87), entre outros, Alemanha (MARTINS, 2005, p. 45).

Alguns números demonstram a acahnada prática do controle abstrato de constitucionalidade no esforço da imprescindível filtragem hermenêutico-constitucional das leis e atos normativos anteriores à Constituição de 1988. Até 26.5.2008, o banco de dados do STF acusou o ajuizamento de 142 ADPFs, sendo que apenas 25 delas destinam-se a questionar a compatibilidade constitucional de leis anteriores à Constituição. A ADPF n. 10 foi a primeira a impugnar atos normativos pré-constitucionais (artigos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 27.2.1980), ajuizada em 5.12.2000, ou seja, mais de uma década depois da promulgação da Constituição vigente. Em 8.7.2002, foi distribuída a ADPF

n. 33 impugnando o Decreto do Estado do Pará n. 4.307/86. Essa ação representa, no período de 5.10.1988 até o momento, a única em controle concentrado de constitucionalidade em que há decisão de mérito sobre a legitimidade constitucional de um ato normativo pré-constitucional. Das 20 ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas, apenas as de n. 2 e n. 6 objetivaram nuclearmente dirimir controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade de lei pré-constitucional. Ambas foram extintas por ilegitimidade ativa, sem que o STF se manifestasse quanto à possibilidade jurídica de confirmação da constitucionalidade de leis pré-constitucionais por meio desse instrumento. Por fim, desde a ADIn n. 2, ajuizada em 4.6.1997, o STF se mantém fiel ao remoto entendimento de declarar sua incompetência para conhecer e julgar em sede de processo constitucional objetivo as incompatibilidades de lei pré-constitucional com a Constituição superveniente, por entender que a ação direta destina-se tão-somente à aferição de constitucionalidade de normas pós-constitucionais.

Esses dados indicam que, mesmo depois do advento da Lei n. 9.882/99, por meio da qual, pela primeira vez, o Legislador prescreveu as leis pré-constitucionais como objeto próprio do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade (artigo 1º, parágrafo único, inciso I); a prática da fiscalização abstrata das leis pré-constitucionais é exageradamente minguada no Brasil.

Reforça essa evidência o fato de o ajuizamento da ADPF n. 130 ocorrer somente em 19.2.2008, insurgindo-se contra a eficácia da Lei n. 5.250, de 9.2.1967 – a Lei de Imprensa. A emergência da Constituição de 1988 determinou o rompimento político-jurídico da sociedade brasileira com um passado de opressão militar para inaugurar uma nova ordem comprometida com ideais democráticos e sociais, e que com ela toda a malha legislativa precedente deve compatibilizar-se materialmente. Para tanto o Poder Judiciário – em especial o STF – as-

sume relevante papel na uniformização da solução dos problemas provocados por leis pré-constitucionais incompatíveis com os princípios e regras constitucionais vigentes. Leis que ainda geram efeitos concretos no seio da coletividade, como a Lei n. 5.250/67 que é remanescente dos idos da ditadura militar.

Com mais de 20 anos de vigência da Constituição Federal, ainda, e não raramente, há severos debates promovidos em processos intersubjetivos nos tribunais estaduais envolvendo questões relativas à novação ou não de um sem-número de atos normativos pré-constitucionais que, ao final, alcançam o Supremo Tribunal Federal, passando por todas as instâncias, depois de anos de debate. É o caso, por exemplo, dos embates travados a respeito da não-novação de artigos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9.2.1967) ou até mesmo de sua integralidade, tais como os artigos 51 e 52, que trazem previsão de limite de cálculo da verba indenizatória por danos morais decorrentes de responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação, por incompatibilidade com o alcance das regras estatuídas no artigo 5º, incisos V e X, da CF/88 (RE n. 447.584-7/RJ, julgado em 28.11.2006; n. 396.386/SP, julgado em 29.6.2004; n. 348.827/RJ e n. 420.784/SP, julgados em 1.6.2004; com datas ainda mais remotas, RE n. 72.415/RJ, em 14.4.1998; n. 39.886, em 3.11.1997; n. 52.842/RJ, em 16.9.1997). Por isso, antes tarde do que nunca houve o ajuizamento da ADPF n. 130, visando justamente à não-recepção, ou melhor, a não-novação da totalidade da Lei de Imprensa, a propósito recentemente julgada procedente por maioria de votos.

A seu turno, até hoje inúmeros processos intersubjetivos, que deságuam no Supremo Tribunal Federal, veiculam debates acerca da novação ou não dos parágrafos do artigo 15 do Decreto-lei n. 3.365/41, que traduz a exigência ou não, em processos de desapropriação, de depósito integral da avaliação prévia para imissão na posse *initio litis*,

tendo como norma paradigma de novação o artigo 5º, inciso XXIV, da CF/88 (RE n. 245.914-3/SP, julgado em 29.6.1999; n. 185.303/SP, em 16.12.1997; n. 176.108/SP, em 12.6.1997; n. 116.409-3, em 21.6.1988). Quando obrigadas essas questões a serem tratadas exclusivamente pela via do controle difuso, acabam por demarcar, como aponta Paulo Bonavides (2003, p. 313), por ser fato ínsito desse tipo de controle, “período de incerteza, permeado de suspeitas ou desconfiças acerca da legitimidade constitucional de uma lei”, vale dizer, das leis pré-constitucionais – esse período é tão significativo quanto o é em relação às leis pós-constitucionais.

É certo que esse período de incerteza e insegurança pode ser minimizado, em certa medida, pelo instituto da Súmula Vinculante. A propósito, já há súmulas vinculantes aprovadas envolvendo direito pré-constitucional como a oitava e a nona. Mas, de certo há o processo objetivo, dotado de eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, como meio mais eficaz para, no propósito de cessar a aplicação de lei pré-constitucional incompatível com a Constituição, evitar “o surgimento de milhões de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas”, tal como pondera Marco Aurélio Mello, na ADPF n. 46.

A persistência da eficácia de leis pré-constitucionais incompatíveis com a Constituição representa risco à supremacia constitucional, na mesma intensidade, quicá mais gravoso, do aferido diante da afronta de lei pós-constitucional à Constituição vigente. Não se pode perder de vista que uma lei pré-constitucional “inconstitucional” representa insegurança jurídica e retardo da implementação da ordem constitucional emergente com a Constituição de 1988. A implementação não é, bem alerta Sepúlveda Pertence, “um fato instantâneo, mas um processo” (RE n. 135.328, j. 29.6.1984), contínuo e gradual. A verificação e a solução de

todas as incompatibilidades não se reduzem a um ato fugaz; demandam perene esforço de filtragem hermenêutico-constitucional.

A substituição de um sistema jurídico-constitucional por outro com a continuidade da lei pretérita com ele compatível gera inevitavelmente lapso de indeterminação do sistema normativo que pode levar muito tempo para o Poder Judiciário eliminar, e, com isso, acarretar o retardo indesejável de implementação substancial da ordem jurídico-constitucional inaugurada com a Constituição promulgada.

Decorreria de um fator cultural brasileiro o acanhamento no uso do processo constitucional objetivo para solucionar de forma mais rápida e eficiente incompatibilidades constitucionais provocadas por leis anteriores à Constituição de 1988? Se inexistente a esperada agilidade do Poder Legislativo no processo de substituição das leis precedentes, canalizadoras de substratos ideológicos peculiares de regimes jurídicos já suplantados, tal como o de cunho militar ditatorial no bojo do qual emergiu a Lei de Imprensa, por que relegar o processo objetivo na verificação e solução de tais incompatibilidades, para pôr em plano primário o sistema difuso?

5. Direito pré-constitucional: pauta irrecusável do processo constitucional objetivo

No sistema jurídico brasileiro atual, “todos os órgãos jurisdicionais integram a denominada justiça constitucional, já que se instituiu o controle difuso conjuntamente com o concentrado” (TAVARES, 1998, p. 129). Mas tradicionalmente o direito pré-constitucional nunca gozou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988, de tratamento em dimensões compatíveis com as aspirações democráticas, provocando críticas como a de Lenio Luiz Streck (2004, p. 188) de que o Brasil está longe da postura substancialista, que “parte da premissa de

que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista”, justamente pela “falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição”.

São comuns afirmações como a de que, até a edição da Lei da ADPF, “havia um vazio, uma lacuna em relação ao controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal” (MARAGNO, 2007, p. 156), e que agora a “arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado do STF” (MENDES, 2007, p. 56). São inferências lógicas decorrentes da opção político-jurídica do Supremo Tribunal Federal de excluir tradicionalmente as leis pré-constitucionais do controle concentrado de constitucionalidade.

De fato, a referida Lei da Arguição inovou ao trazer dispositivo sobre o controle concentrado do direito pré-constitucional. Não obstante, há que *compartilhar com os que defendem a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional, tendente a estender o objeto do controle abstrato de normas para incluir com maior intensidade o direito pré-constitucional. Cremos ser possível valer-se de outros instrumentos processuais vigentes na Justiça constitucional brasileira que vão além dos estreitos limites admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.*

Todo argumento de ampliação do controle abstrato não raramente é recebido com a preocupação de que o reflexo direto de tal ampliação será o agravamento da “crise do Supremo”, porquanto acarretará o alargamento de competência e, com isso, o aumento ainda maior de processos a serem apreciados e julgados (PALU, 2001, p. 224).

Inegavelmente o problema da excessiva carga de atividade do Supremo Tribunal Federal não pode ser analisado, tal como

assinala Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 81), como “uma crise meramente numérica ou quantitativa, devendo-se, ao contrário, ter presente que a ‘quantidade afeta a qualidade’”. De fato a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade certamente provocará o aumento de processos objetivos; contudo, tal evidência não implica necessariamente agravamento do excesso de demanda processual. A composição dual do controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional certamente trará como resultado não o agravamento – mas sim o abrandamento – do remoto problema de congestionamento processual no Supremo Tribunal Federal.

Por ocasião do julgamento do RE n. 135.328, em 29.6.1984, em que se discutia a não-novação do artigo 68 do Código de Processo Penal, Sepúlveda Pertence afirmou que:

“[...] a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem”.

De fato, a implementação de uma ordem jurídica demanda processo contínuo e gradual. É certo que, uma vez promulgada, a Constituição tem incidência imediata para determinar a não-novação das leis pré-constitucionais materialmente incompatíveis. Isso para viabilizar a implementação efetiva da nova ordem constitucional, que seria obstada se prevalecente a eficácia de leis pré-constitucionais em desarmonia com as novas normas constitucionais. Contudo, a verificação e a solução das incompatibilidades não se reduzem a um ato instantâneo; demanda perene esforço de filtragem hermenêutico-constitucional. O equacionamento das configurações sintáticas resultantes da relação entre lei pré-constitucional e a Constituição super-

veniente pressupõe complicada operação semântica para solução pragmaticamente condicionada. Essa operação também se verifica no problema de inconstitucionalidade, porquanto “as normas constitucionais e legais expressam-se através de uma linguagem com complexa implicação referencial (denotativa) e rico conteúdo significativo (conotativo), qualificada pela plurivocidade ou heteronímia significativa” (NEVES, 1988, p. 135).

A lei pré-constitucional é considerada novada ou não conforme a construção semântica da norma que compõe o seu texto em confronto com o sentido do texto-da-norma constitucional. Ambos os textos caracterizam-se pela plurivocidade semântica. Esta se acentua ainda mais em se tratando de normas constitucionais, cujo grau de generalidade é maior, especialmente em relação às normas principiológicas (ALEXY, 2008, p. 87), e por isso conta com uma amplitude semântica. “A linguagem constitucional não tem significados unívocos” (BASTOS, 2002b, p. 102). Por essa razão, referindo-se diretamente à constitucionalidade/inconstitucionalidade, Marcelo Neves (1988, p. 138) pondera que:

“[...] as imprecisões semânticas (vagueza e ambigüidade) dos termos e expressões constitucionais e legais sempre possibilitam qualificar-se um texto legal, ou mesmo uma das normas já extraídas deste texto, como constitucional ou inconstitucional, dependendo do resultado da operação semântica realizada”.

A formulação semântica também é determinante na solução da novação ou não de uma lei pré-constitucional. O desacordo significativo do âmbito da norma pré-constitucional com as dimensões normativas, valorativas e empíricas determinantes na construção do âmbito das normas constitucionais resulta na não-integração da norma à nova ordem jurídica. Contudo, esse equacionamento semântico se estabelece entre enunciados normativos,

especialmente os constitucionais, dotados de âmbito normativo com maior extensão denotativa e, com isso, menor densidade significativa, o que pode dar margem a resultados pragmaticamente díspares. Marcelo Neves (1988, p. 142) atribui essa disparidade a uma questão de “dissenso teleológico ou ideológico da pluralidade dos agentes oficiais (órgãos do Estado) de produção-interpretação-aplicação jurídica”, que provoca um problema:

“[...] em face da vagueza e ambigüidade de características dos termos constitucionais, o sentido normativo atribuído aos dispositivos constitucionais variará sensivelmente na razão direta das divergências ideológicas dos agentes de interpretação-aplicação. Além do mais, a variação espacial-temporal do contexto fático-político leva um mesmo intérprete-aplicador a reavaliar e alterar as suas posições em torno do sentido dos textos normativo-constitucionais. E a atuação destes dois fatores pragmáticos (dissenso teleológico ou ideológico e contexto fático-político) não é essencialmente diversa em relação aos diplomas legais”. (NEVES, 1988, p. 142)

Isso explica o fato de que, conforme o grau de variação do sentido que os agentes de interpretação-aplicação jurídica atribuem às normas constitucionais e infraconstitucionais, estas podem ser consideradas inconstitucionais por agentes de interpretação-aplicação e para outros constitucionais. O mesmo se procede em relação às normas pré-constitucionais; estas podem ser consideradas novadas por certos setores e por outros não. Com isso, naturalmente há excessivo aumento de demandas nos inúmeros tribunais pátrios, que podem culminar em recursos extraordinários que deságuam no Supremo Tribunal Federal trazendo controvérsias sociais decorrentes da incerteza acerca da novação ou não de uma norma pré-constitucional, e assim contribuindo com o aumento das estatís-

ticas de processos julgados na alta Corte e acentuando o sentimento de insegurança jurídica e de ineficácia da força normativa da Constituição. Um conflito social de interesse determinado pela incerteza da novação de uma lei pré-constitucional implica a indefinição e procrastinação da implementação da ordem constitucional; e, por conseguinte, culmina, na correta aceção de Eduardo García de Enterría (1985, p. 92), numa debilidade pragmática, na qual

“[...] se consagra una grave inseguridad jurídica si se deja a una multiplicidad de centros de decisión, la que compone la totalidad de jueces y Tribunales ordinarios, resolver el problema del alcance que la promulgación de la Constitución supone efectivamente sobre todo el ordenamento precedente.”

Essa evidência conduz Eduardo García de Enterría (1985, p. 87) a concluir que, em consonância com a doutrina italiana:

“[...] atribuir al Tribunal Constitucional el monopolio del problema prometía una valoración más apurada de la constitucionalidad de los textos legales pré-constitucionales que lo que cabría esperar del enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria como una cuestión de simple derogación. El criterio de la *lex superior*, administrado por una jurisdicción especializada, parece que puede rendir mejores frutos, con seguridad, que el de la *lex posterior* aplicado por todos los Tribunales, dado además el principio de conservación de las normas en el tiempo y su correlativa no derogación de no producirse con la nueva una incompatibilidad manifiesta.”

De fato, minimiza-se o grau de insegurança jurídica e o retardamento da implementação da ordem constitucional quando se adota formulação híbrida em que se conjugam, além do modelo difuso, principalmente o concentrado de controle de compatibilidade das leis infraconstitucionais

pré-constitucionais com a Constituição. Este propicia a adoção de um órgão com a função de estruturar o sistema jurídico-constitucional e assim preservar e realizar a Constituição, com a verificação e a solução da incompatibilidade internormativa, por meio de processo objetivo. Por conseguinte, propicia-se, com maior agilidade na uniformidade do entendimento em caráter geral e vinculante de rechaço da eficácia de leis pré-constitucionais, a realização da implementação mais isonômica da nova ordem constitucional.

Atualmente é tendência do constitucionalismo brasileiro enfatizar o modelo concentrado, justamente por ser eficaz instrumento de submissão célere ao Supremo Tribunal Federal de sérias controvérsias constitucionais (MENDES, 2004, p. 241). Se tal tendência é perceptível em relação às leis pós-constitucionais, nada justifica seja diferente em relação às leis pré-constitucionais, em busca da “solução pronta de controvérsias que, de outro modo, somente com o passar dos anos e esgotadas todas as instâncias e recursos, após inevitável período de dissídios entre juízes e tribunais, alcançariam solução pacificada” (CLÈVE, 2000, p. 221). Tal como sucede no âmbito da inconstitucionalidade estrita, no campo da não-novação também residem importantes controvérsias constitucionais, com a característica de que emergem principalmente quando da promulgação de uma nova Constituição, mas que perduram por lapso de tempo menos extensivo se desafiadas por um mecanismo objetivo de aferição da legitimidade constitucional.

A adoção de um órgão único ou supremo com a função de verificar e solucionar abstratamente a questão da incompatibilidade internormativa, por meio de processo objetivo, propicia a maior agilidade na uniformidade do entendimento em caráter geral e vinculante em torno do direito pré-constitucional. Portanto, é sem dúvida o mecanismo de aferição da legitimidade constitucional nitidamente mais vantajoso para o sistema constitucional brasileiro em relação ao

direito pré-constitucional, e certamente redundará, ao final, a redução de recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal. Portanto, o valor ótimo da garantia da Constituição não se alcança com a escolha de um ou outro meio de defesa para a correção de incompatibilidade entre lei pré-constitucional e a Constituição, mas na congregação racional de ambas as vias, a difusa e a concentrada de constitucionalidade. Assim sendo, a sociedade brasileira poderá contar com mecanismo eficiente e isonômico de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional.

O processo constitucional objetivo constitui, sem dúvida, mecanismo de aferição da legitimidade constitucional nitidamente vantajoso para o sistema jurídico brasileiro em relação ao direito pré-constitucional, e certamente atua para evitar, como destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF n. 46, “o surgimento de milhões de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas”.

Com efeito, a concretização dos ideais democráticos não prescinde da congregação racional das vias difusa e concentrada de constitucionalidade no processo de correção das incompatibilidades de leis pré-constitucionais com a Constituição de 1988 que ainda retardam a concretização do Estado Democrático de Direito.

Que a ADPF n. 130 aqueça o exercício mais intenso do processo constitucional objetivo como mecanismo eficiente e isonômico de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional no caminho de concretização das pretensões democráticas do povo brasileiro.

Referências

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.

- Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1985.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Aspectos da chamada recepção prática do direito romano na Alemanha. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 45, p. 25-47, jul.-ago. 1987.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 7, jan./mar. 1947.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARAGNO, Paula Ribeiro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: contribuições para o aperfeiçoamento do instituto*. 2007. 283 f. Tese de Doutorado em Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORTATI, Costantini. *Abrogazione legislativa e instaurazione di nuovo ordin. Costituzionale: scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Miscellanea di diritto pubblico e privato. Padova: CEDAM, 1958.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.

Considerações sobre o Estatuto da Cidade

José Camapum de Carvalho e
Márcia Dieguez Leuzinger

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais. 3. Conceitos Básicos. 4. Formas de ocupação do espaço urbano e suas consequências. 5. O Estatuto da Cidade. 5.1. Diretrizes gerais. 5.2. Instrumentos da política urbana. 5.3. Plano Diretor. 5.4. Gestão democrática da cidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

Vários são os problemas ambientais urbanos que ocorrem e, por vezes, repetem-se quase que indefinidamente, com origem na falta de efetividade das leis e nas lacunas nelas existentes. Grande parte desses problemas, contudo, derivam do próprio conteúdo do Plano Diretor.

Ao se discutir a efetividade das leis, faz-se necessário considerar aspectos como hierarquia, abrangência e aplicabilidade ao caso concreto. Em se tratando de política urbana e de meio ambiente, a linha mestra principiológica encontra-se plantada na Constituição Federal e reina suprema, quando a discussão se situa no plano da hierarquia. Portanto, não pode e nem deve qualquer lei geral ou especial ter a pretensão de contrariar os comandos constitucionais. Cabe aqui citar o comentário introdutório e que antecede a apresentação do primeiro livro (*Règles générales d'aménagement et d'urbanisme*) do Código de Urbanismo

José Camapum de Carvalho é graduado em Engenharia Civil - UnB e Administração de Empresas - UniCEUB, é Mestre (UFPB) e Doutor (INSA de Toulouse, França) em Engenharia Civil; fez pós-Doutorado no Canadá (Universidade Laval) e *Individual Training Course* no Japão; é Professor Titular (graduação e pós-graduação) da Universidade de Brasília e Pesquisador do CNPq.

Márcia Dieguez Leuzinger é Bacharel em Direito (Universidade Cândido Mendes), Mestre em Direito e Estado e Doutora em Gestão Ambiental (UnB), é Procuradora do Estado do Paraná em Brasília, professora (graduação e pós-graduação) do UniCEUB e da Universidade de Brasília (especialização) e professora da Escola Superior de Advocacia da OAB/DF.

francês (CRISTINE, 2008, p. 5), dada a similaridade com a situação brasileira:

“Se a implantação do direito do Urbanismo foi muito largamente descentralizada, essencialmente em proveito dos municípios ou de seus reagrupamentos, o Estado conserva seu poder normativo. Ele editou então toda uma série de normas que se impõem aos poderes locais e, direta ou indiretamente, às iniciativas dos administrados.” (tradução nossa)

Entende-se aqui, no que diz respeito ao meio ambiente, que a similaridade tem sede no fato de que os planos diretores devem respeito a todas as normas ambientais existentes, federais e estaduais, em razão da repartição de competências feita pela Constituição Federal de 1988, não havendo que se argumentar, nesse sentido, a questão de sua maior especialidade na hierarquia das leis.

No plano da abrangência, a dinâmica do mundo moderno requer apresentem as leis certo dinamismo, o que não quer dizer casuísmo nem tampouco a simples regularização de situações inadmissíveis, e esse parece ser um problema sério no Brasil, onde os planos diretores e o planejamento urbano caminham quase sempre a reboque ou à sombra da situação fática posta em prática por absoluta ausência de políticas públicas. Um exemplo claro dessa situação está estampado no Distrito Federal, com dezenas de condomínios e invasões implantadas em terras públicas e outras em terras particulares, mas quase sempre sem qualquer planejamento de inserção no meio físico e social urbano, e não respeitando aspectos relativos à infraestrutura existente ou planejada. Não se questiona aqui o direito legítimo de as pessoas terem onde morar, o que se questiona é a ausência de políticas públicas, de planejamento, para que as ocupações se tornem solução e não problema.

No que tange à aplicação da legislação de forma imediata ao caso concreto, ou melhor, à proximidade entre o comando legal

e a situação fática, em se tratando de meio urbano, apenas no plano diretor se vislumbra com maior clareza tal possibilidade, e mesmo assim de modo limitado, devido à multiplicidade de situações. A obrigatoriedade de sua revisão periódica dá ao plano diretor a possibilidade de ajustes diante da dinâmica do mundo moderno e possibilita uma maior aproximação entre o comando normativo e a situação fática.

Neste artigo, busca-se definir elementos relevantes do Estatuto da Cidade quando o problema ambiental pode ter origem no uso e ocupação do solo e em obras de engenharia, inclusive as de infraestrutura. Não se tem a pretensão de ser exaustivo no trato do tema.

2. Fundamentos constitucionais

A Constituição Federal de 1891 (BALEEIRO, 2001) já assegurava, em seu art. 68, “a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”, não tecendo, no entanto, maiores comentários. Destaca-se, porém, que na Seção II – Declaração de Direitos – a mesma constituição determina: “o direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

O Anteprojeto governamental apresentado à Assembleia Nacional Constituinte de 1933 introduzia uma primeira ideia em direção ao estabelecimento do plano diretor, já com previsão de participação popular, ao estabelecer, no § 1º do artigo 87, que “os Municípios de mais de dois mil contos de renda e cujas sedes tiverem mais de cinquenta mil habitantes, e os que forem capitais de Estado, terão *carta municipal* própria, de acordo com os princípios gerais, estabelecidos pelas Assembleias Legislativas, e submetidas ao *referendum*” (POLETTI, 2001, grifo nosso). No § 1º do artigo 114 do mesmo Anteprojeto, era introduzida a função social da propriedade,

como limite do direito de propriedade, nos seguintes termos: “A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo”. No entanto, a Constituição Federal de 1934 não abarcou todos esses elementos, ficando restritos, apenas, no que tange ao direito de propriedade, a não ir contra interesse social ou coletivo (item 17 do art. 113).

A Constituição Federal de 1988 não só deu grande ênfase à questão urbanística, como também foi a primeira constituição brasileira a tratar explicitamente da questão ambiental.

A Lei 10.257/2001, intitulada Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal (CF), situados topograficamente no Capítulo II, Da Política Urbana, do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira. Talvez seja oportuno colocar aqui uma primeira pergunta: por que situar o tema Política Urbana no Título que trata da Ordem Econômica e Financeira? O alicerce da resposta a essa questão encontra-se no primeiro artigo desse título, o art. 170, que indica ter a ordem econômica o fim de assegurar a todos existência digna. A Política Urbana é, sem sombra de dúvida, hoje, o instrumento indispensável para que se assegure a todos existência digna, pois, se os que vivem nos centros urbanos são por ela diretamente afetados, os que vivem fora deles indiretamente a ela se ligam, numa relação de dependência e de troca.

Ainda nesse Título da Constituição Federal, adentrando no Capítulo II, Da Política Urbana, tem-se no artigo 182, em igual sentido do artigo 170 (assegurar a todos existência digna), que a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, objetiva “ordenar o pleno desenvolvimento social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Para cumprir esse objetivo, o mesmo artigo determina que serão seguidas diretrizes gerais fixadas em lei, lei essa que, pelo menos para as cidades com mais de vinte mil habitantes, não poderia ser outra

que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo. Esse parágrafo determina que o Plano Diretor “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”. A importância do Plano Diretor é constitucionalmente ampliada ao se condicionar, no parágrafo 2º do artigo em questão, o cumprimento da função social da propriedade urbana ao atendimento das exigências fundamentais nele contidas.

Ao regulamentar os artigos 182 e 183 da CF, o Estatuto da Cidade fixa-se como balizador, como orientação para elaboração do plano diretor, de modo a que o mesmo venha a assegurar a todos existência digna. No entanto, se a elaboração e fiscalização do plano diretor são de competência municipal, não se pode esquecer que, nos termos do inciso VI, art. 23, CF, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” é, segundo o *caput* do mesmo artigo, “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Ainda insistindo nessa questão, ao mesmo tempo mais ampla e absolutamente essencial para a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, a responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabe lembrar que, nos termos do art. 26, inciso I, CF, incluem-se entre os bens dos Estados “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” e que estas são enormemente suscetíveis de serem afetadas pela ocupação urbana. Então, a análise do Estatuto da Cidade e a elaboração do plano diretor não podem ser vistas de modo apartado, como se a cidade, o meio urbano e sua expansão fizessem parte de outro planeta, isolados e independentes de tudo e de todos. Ao contrário, tudo se relaciona, e a política urbana e o plano diretor têm que ser pensados para intra e extramuros da cidade, como se buscará enfatizar ao longo deste artigo.

3. Conceitos básicos

No momento em que se discute o Estatuto da Cidade, torna-se relevante apresentar alguns conceitos básicos, importantes para a análise do tema.

Na civilização ocidental, a expressão “cidade” tem girado em torno de dois termos: *pólis* e *urbs*. Por *pólis* entende-se uma cidade autônoma e soberana, o que corresponde à ideia de assentamento organizado. Palavra de origem helênica, era, para Aristóteles, a melhor organização possível, desde que fosse regida por critérios justos, que visassem o bem comum, o que permite dizer que hoje se busca a visão aristotélica para as cidades. *Urbs* é palavra latina, que significa cidade, metrópole. Dela derivam várias outras palavras, como urbano, urbanismo, urbanização e urbanístico.

O termo “urbano” assume conotação geográfica, compreende o meio físico e o humano e se aplica como atributo dos fenômenos que pretende traduzir, tais como: vida urbana, transporte urbano, perímetro urbano, cultura urbana e poluição urbana.

Milaré (2008) distingue os termos urbanização de urbanismo, considerando o primeiro como de cunho quantitativo e que se refere ao processo de incremento da população de uma cidade devido a fluxos migratórios, geralmente oriundos do meio rural. O segundo tem para ele cunho qualitativo e seria o processo de adaptação da cidade às suas funções, tendo em vista a melhoria do meio físico e das condições necessárias à qualidade de vida. Nesse sentido, afirma o autor que “em princípio os *planos urbanísticos* contemplam o espaço urbano como um todo, ao passo que os *projetos urbanísticos* focalizam parte ou partes desse todo, fazendo-lhe um recorte”.

O termo “urbanístico” é um qualitativo que geralmente é apresentado vinculado ao direito, indicando a realidade sobre a qual esse direito incide, ou seja, a realidade urbana.

Tanto Silva (2008) como Milaré (2008) colocam que o conceito de urbanismo encontra-se estreitamente ligado à cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano na cidade, e daí a evolução do urbanismo e do próprio direito urbanístico com o desenvolvimento da cidade.

Os planos e normas urbanísticas qualificam o solo como urbano e o ordenam para cumprir funções específicas, como as de edificabilidade, vialidade e deposição de resíduos sólidos urbanos. No entanto, muitas vezes falta afinidade entre a função e as especificidades do próprio solo e do potencial hídrico local.

Em meio urbano, o parcelamento do solo é regulamentado pela Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e pode ser feito mediante loteamento ou desmembramento. Fisicamente, a primeira divisão do solo se dá em áreas não edificáveis e áreas destinadas à edificação. A edificabilidade do solo não é, no entanto, algo natural aos terrenos, mas sim algo oriundo da ordenação urbanística, é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano (Silva, 2008), muito embora a classificação de uma determinada área quanto a esse aspecto possa estar ligada às características naturais do terreno, como é o caso daqueles que são alagadiços ou que oferecem algum tipo de risco para seus ocupantes.

As áreas não edificáveis são por vários critérios, geralmente associados a objetivos sociorrecreativos e ambientais. No primeiro caso, têm-se como exemplo as áreas destinadas às vias de circulação, parques, jardins e praças, mesmo que nesses casos alguma sorte de edificação termine tendo lugar. Como áreas não edificáveis por motivos ambientais, podem ser citadas as áreas de preservação permanente e as áreas que são ou foram destinadas ao depósito de material nocivo à saúde pública sem que sejam previamente saneados.

Quanto às áreas destinadas à edificação, estas são divididas em lotes, que por sua vez são, geralmente, agrupados por des-

tinação, como, por exemplo, lotes residenciais, industriais e comerciais. Nos termos do § 4º do art. 2º da Lei 6.766, “considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe”. É importante destacar, no entanto, que na maioria das vezes esses lotes possuem, com fundamento em estudos prévios de impacto ambiental (EIA) e de vizinhança (EIV), áreas que são edificáveis e áreas consideradas não edificáveis. Essas áreas compreendidas nos lotes e não edificáveis são geralmente consideradas como tal por questões ambientais, ligadas à qualidade de vida e à manutenção do equilíbrio ambiental. Sendo assim, do ponto de vista ambiental, faz-se necessário considerar que a área não edificável seja também considerada não passível de ocupação, ou seja, nela não pode ser implantado qualquer tipo de impermeabilização ou outras obras prejudiciais ao meio ambiente. É nesse sentido que deve ser entendido o conceito de coeficiente de aproveitamento, contido no § 1º do art. 28 do Estatuto da Cidade e que na literalidade é definido como “a relação entre a área edificável e a área do terreno”.

No contexto da discussão sobre áreas edificáveis ou não, cabe lembrar que o direito de propriedade é um direito fundamental, que tem por elementos constitutivos a faculdade de usar, gozar e dispor, conforme positivado no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. No entanto, ele não se confunde com o direito de construir, estabelecendo limites fundados em bens de maior valor como os relativos à qualidade de vida, ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável e a outras formas de direitos difusos. Em outras palavras, o direito de propriedade é um direito limitado interna e externamente, por fronteiras administrativas e pela necessária observância ao princípio de função social da propriedade, o que acaba tendo repercussão no direito de construir.

4. Formas de ocupação do espaço urbano e suas consequências

Em recente artigo, Camapum de Carvalho et al. (2008) discutem alguns aspectos ligados a obras de engenharia em meio urbano que são suscetíveis de gerarem danos ao meio ambiente. É nesse sentido que se retoma aqui a discussão, para falar dos efeitos da verticalização ou horizontalização do espaço urbano, sem que se assumam uma postura pró ou contra essa ou aquela opção. Junqueira (2008) discute o tema sob a óptica da ocupação do solo e de sua ameaça ou mesmo afronta aos interesses social, paisagísticos e de proteção ambiental.

Hoje, no Brasil, a opção por uma das duas alternativas, horizontalização ou verticalização, tem um viés econômico acentuado. No entanto, a forma de ocupação do solo deve, em princípio, fundamentar-se em estudos prévios de impacto ambiental (EIA) e de vizinhança (EIV), de modo a evitar outros impactos que aqueles externos, expostos aos olhos. Mas mesmo esses requerem análises mais cuidadosas, como as relativas à circulação e à influência do confinamento no comportamento humano.

Quanto aos impactos não expostos ou externalizados, faz-se necessário considerar que, via de regra, a verticalização, principalmente no Brasil, onde o transporte público é deficiente, impõe a implantação de vários níveis de subsolo para atender à demanda por garagens para automóveis. Atualmente, no Distrito Federal e em outros grandes centros, já não são raros subsolos de edifícios com vinte, vinte e cinco metros de profundidade. Tais subsolos podem, em determinados casos, impactar o fluxo de água subterrâneo, interferindo, entre outros, na alimentação de nascentes de cursos d'água e reservatórios. Além dessa possibilidade de impacto ambiental, tem-se ainda a relativa à necessidade de área para disposição do material escavado, e esse é um aspecto a ser fiscalizado pelo Poder

Público, de modo a evitar depósitos clandestinos em áreas inapropriadas, inclusive de preservação ambiental.

Quanto à questão espacial do uso do solo, é indiscutível que a verticalização, ao propiciar a redução da demanda por novas áreas, traz benefícios ambientais inquestionáveis, devendo-se, no entanto, fazer um balanço entre os ganhos e as perdas, aí incluindo-se as questões relativas à qualidade de vida. Portanto, a questão da definição dos gabaritos para a construção urbana deve indiscutivelmente ser precedida por estudos prévios de impacto ambiental e de vizinhança, mas estudos que analisem em profundidade as diferentes possibilidades de ganho e de perda, os riscos efetivos, e não meros amontoados de papéis fundamentados na superficialidade, em dados e informações gerais que não dizem coisa alguma. A análise de risco não pode ser pontual/focal, deve ser realizada de modo muito mais amplo, considerando o hoje e o amanhã, o ponto e o seu entorno, o urbano e o periurbano.

As questões urbanísticas merecem um tratamento transdisciplinar, por vezes difícil, mas necessário. Embora não tratando especificamente do tema meio urbano, cabe citar, nesse contexto, as palavras de Caubet (2006, p. 319):

“É curioso que nosso tempo disponha de concepções teóricas como as que resultam da teoria dos sistemas e que tanto os engenheiros como os juristas, os geógrafos como os economistas, sejam incapazes de definir seus respectivos lugares complementares (?) num organograma sistêmico comum, com objetivos comuns, mesmo que eles não sejam minimamente atrapalhados por nenhum tipo de político profissional. Este é um dos aspectos da sociedade de risco que deve merecer uma atenção particular a partir de todos os temas envolvidos, particularmente o direito.”

5. O Estatuto da Cidade

5.1. Diretrizes gerais

Dada a polêmica que se estabelece na literatura sobre o alcance normativo do plano diretor, destaca-se que o Estatuto da Cidade estabelece, em seu artigo 1º, que é ele que se aplica na execução da política urbana, regulamentando os artigos 182 e 183 da CF. Destaca-se, ainda, que, no parágrafo único do mesmo artigo, fica claro que esta Lei “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do *equilíbrio ambiental*” (grifo nosso). O importante a frisar é que o “*equilíbrio ambiental*”, embora não sendo o único, é fator indispensável à segurança e ao bem-estar dos cidadãos, e o meio ambiente é, por si só, um patrimônio de interesse público.

Com foco no equilíbrio ambiental, e vislumbrando o desenvolvimento urbano sustentável, discutem-se, a seguir, apresentando-se exemplos práticos, as diretrizes dispostas no art. 2º do Estatuto da Cidade, afetas às questões do uso do solo, e que objetivam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana no contexto da política urbana. Para Wolff (2004), “a cidade depende do uso dos bens ambientais para sua sustentabilidade e o meio ambiente, da sustentabilidade do seu uso pela cidade”.

Quando o inciso I considera entendido como “garantia do direito a cidades sustentáveis” o “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”, por força do parágrafo único do art. 1º, requer que qualquer deles não rompa com o equilíbrio ambiental. Assim, por exemplo, a implantação de obra de infraestrutura referente a drenagens de águas pluviais, apesar de ser, *a priori*, importante para a preservação ambiental e para a qualidade de vida da população,

deve ser analisada considerando-se os danos oriundos do seu lançamento, tais como erosões e inundações a jusante. A lei, por si só, não consegue regular situações como essas, é preciso ir além dela, retomar as responsabilidades contidas no *caput* do art. 225 da CF, quais sejam, a do Poder Público e a da coletividade para com a preservação do meio ambiente. Em áreas urbanas, embora quase sempre o coeficiente de ocupação não seja de 100%, é comum a sua extrapolação impermeabilizando-se todo o lote. Observa-se de um modo geral, nesses casos, que o exercício do direito de propriedade, de moradia, agride a possibilidade de equilíbrio ambiental, pois a área impermeabilizada impede toda e qualquer infiltração da água da chuva. Qual a origem de tal prática e quais são as suas consequências? A origem está na educação escolar deficiente, na educação enquanto informação e formação de traço cultural insuficiente ou mesmo inexistente, na prática da engenharia isolada das questões ambientais, na falta de fiscalização continuada da administração pública, na falta de efetividade das leis. As consequências são várias, tais como rede de drenagem de águas pluviais incapaz de suportar a vazão excedente gerada pelo excesso de impermeabilização, inundações, erosões, destruição da infraestrutura urbana, transtorno para os demais ocupantes do solo urbano, etc.

Para que o inciso II do art. 2º cumpra sua função e seja efetivo, é necessário que sejam disponibilizadas para a coletividade informações suficientes sobre participação e tomada de decisão. Assim, por exemplo, a definição de áreas a serem ocupadas depende de estudos prévios de impacto ambiental e de riscos, que, por serem informações de cunho eminentemente técnico, mas relevantes para a participação consciente da população, demandam esclarecimentos prévios à fase de discussão. Evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente, conforme a diretriz contida no inciso IV do mesmo artigo, requer essa mesma prática.

Jacquot et Priet (2008, p. 97), ao discutirem a participação da população como instituições e atores do urbanismo na França, dão destaque à importância do direito internacional e comunitário (Comunidade Europeia). Para eles, a ideia fundamental, comum ao conjunto desses textos, é a de que:

“a participação do público constitui um dos meios a serviço da proteção efetiva do meio ambiente. Informação e participação do público não podem ser desassociadas: é estando suficientemente informado que o público pode efetivamente exercer seu direito a participar de modo eficaz.” (tradução nossa)

O ordenamento e o controle do uso do solo, previstos no inciso VI do art. 2º e suas alíneas, requerem análise de risco, envolvendo aspectos outros além da simples aparência. Assim, o direito de construir deve levar em conta não só o onde, mas também o como e o que construir. A título de exemplo, hoje existe uma forte pressão do mercado, nos grandes centros urbanos, para que se construam subsolos de 20m, 30m de profundidade, de modo a propiciar a existência de estacionamento. Mas qual o risco deste tipo de obra para o escoamento da água subterrânea e quais as consequências para as eventuais nascentes que dele dependem? Quais seriam as consequências de uma eventual subida do lençol freático por meio da cortina que se está criando para as obras de engenharia existentes? Qual seria então a solução pela demanda por mais estacionamento? A solução provavelmente não está na ampliação do número de vagas para estacionamento em si, mas sim no desenvolvimento de alternativas de transporte urbano, parte necessariamente integrante da Política Urbana. Percebe-se, então, que a Política Urbana é algo muito mais amplo e complexo que a simples criação de soluções pontuais. Ela exige uma percepção global, das partes e do todo.

Ainda no que tange ao inciso VI, a alínea “c” condiciona o parcelamento e uso do

solo à compatibilidade com a infraestrutura urbana existente. Mas, se por um lado isso não tem sido possível devido às pressões sociais e econômicas que estão quase sempre um passo adiante do planejamento estatal, por outro, seria necessário refletir sobre a adequabilidade da infraestrutura em si ao equilíbrio ambiental e ao desenvolvimento sustentável. Ainda no tocante à capacidade da infraestrutura existente, de que tratam as alíneas “c” e “d” desse inciso, é necessário verificar outros efeitos nefastos para o equilíbrio ambiental e para a qualidade de vida, como os problemas nos locais de lançamentos de esgoto e águas pluviais e o excesso de ruído oriundo do tráfego. A análise do problema deve ir muito além das questões puramente técnicas da capacidade física, é preciso, e o ordenamento nacional e internacional exige, que se considerem as questões ambientais. Aliás, os próprios comandos contidos nas alíneas “f” e “g” do mesmo inciso apontam nessa direção, ao indicarem respectivamente que se deve evitar, na ordenação e controle do uso do solo, “a deterioração das áreas urbanizadas” e “a poluição e a degradação ambiental”.

O inciso VIII do mesmo artigo mostra a preocupação do legislador para com a necessidade de o desenvolvimento urbano levar em consideração o território sob sua área de influência, incluindo-se aí a área rural em seu entorno. Isso é importante, pois aponta para a necessidade de o plano diretor levar em conta não só a sustentabilidade do próprio Município, como a do território sob sua influência. Assim, por exemplo, o lançamento de um volume excessivo de água proveniente de drenagens de águas pluviais em leito de curso d’água natural poderá gerar inundações e erosões à jusante, apesar de poder resolver um dos problemas de infraestrutura daquele Município. Podem, é evidente, alguns recorrerem aos incisos I e II do art. 3º do Estatuto da Cidade, sob pretexto de que legislar sobre o tema seria de competência da União. Porém, problemas dessa natureza são pontuais, existindo em

alguns casos e em outros não, o que torna a legislação estadual ou mesmo municipal mais precisa e, espera-se, efetiva.

Veja-se que, no inciso XII do art. 2º, surge a preocupação do legislador para com a recuperação do meio ambiente natural e construído, com o restabelecimento da situação anterior à ocupação, eliminando os danos até o momento causados pela ocupação desordenada e pouco refletida do espaço urbano. Destaca-se que, em muitos casos, as recuperações não passarão o estágio da simples mitigação.

Os incisos XIII, XIV e XV do mesmo artigo devem ser interpretados com certa cautela. O inciso XIII admite colocar em discussão empreendimentos ou atividades sabidamente com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto e a segurança da população. O inciso XIV invoca o estabelecimento de normas especiais de urbanização com vistas à regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, considerando-se a situação socioeconômica da população e as normas ambientais. O inciso XV fixa simplesmente como diretriz a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta de lotes e unidades habitacionais. Veja-se, portanto, que os três incisos buscam flexibilizar as normas de ocupação urbana, mesmo nos casos de risco iminente, daí a necessidade de cautela.

Finalmente, a isonomia de condições para os agentes públicos e privados de que trata o inciso XVI deve ser pensada também no contexto das responsabilidades civis e penais no que concerne aos danos ambientais.

5.2. Instrumentos da Política Urbana

5.2.1. Instrumentos em geral

Os instrumentos gerais para os fins do Estatuto da Cidade estão definidos em seu art. 4º. Destaca-se que o rol de instrumentos

contidos nesse artigo, conforme expresso em seu *caput*, é meramente exemplificativo, e não taxativo, ou seja, não se limita aos listados.

Os incisos I, II e III desse artigo apresentam, respectivamente, como instrumentos gerais, os “planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, o “planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” e o “planejamento municipal”.

Também no que concerne ao planejamento municipal, inciso III, é apresentado um rol exemplificativo dos instrumentos que o compõem, e é nesse patamar que se situa, na alínea “a”, o plano diretor. No que tange ao desenvolvimento sustentável e equilíbrio ambiental, no mesmo nível e conjuntamente com o plano diretor, estão, na alínea “b”, a “disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo” e, na alínea “c”, o “zoneamento ambiental”.

Entre os instrumentos da Política Urbana, talvez os elementos que possam ser de maior valia para o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento sustentável sejam os econômicos, contidos no inciso IV do art. 4º, que se refere aos “institutos tributários e financeiros”, pois se por um lado ele fixa, na alínea “a”, o “imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU”, por outro ele acrescenta como instrumento, na alínea “c”, os “incentivos e benefícios fiscais e financeiros”. Ora, fixada a conduta sobre itens como: uso do solo, coeficiente de ocupação, destino dos resíduos sólidos gerados na unidade, destinação da água de chuva etc., pode-se estabelecer alíquotas de IPTU e incentivos e benefícios fiscais que favoreçam o respeito às regras estabelecidas.

No inciso V do mesmo artigo, “institutos jurídicos e políticos”, cabe destacar como relevantes para o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento sustentável as alíneas “e”, “instituição de unidades de conservação”, e “n”, “outorga onerosa do direito de construir e de alteração do uso do solo”. Se

a primeira é salutar, a segunda é temerária, pois relativiza as limitações de uso do solo, e são estas muitas vezes limitações de caráter ambiental e que tornam, portanto, o bem inalienável.

Finalmente, a previsão do estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e do estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), contida no inciso VI desse art. 4º, foi um avanço, sendo, no entanto, necessário maior profundidade nesses estudos, o que não se confunde com o modo simples com que se deve transmiti-los à sociedade, para possibilitar a sua efetiva participação. Segundo Jacquot e Priet (2008), para tornar efetiva a participação do público, faz-se necessário que o estudo de impacto seja objeto de um resumo não técnico, ou seja, ao alcance do cidadão comum.

5.2.2. *Usucapião especial de imóvel urbano*

Ao tratar da usucapião especial de imóvel urbano, tanto no artigo 9º como no artigo 10, a Lei não questiona os riscos ambientais, a ameaça ao equilíbrio ambiental e ao desenvolvimento sustentável, nem estabelece limitações quanto a esses aspectos, restando como possível a intervenção do Ministério Público, prevista no § 1º do artigo 12. Parece assim pressupor que a ocupação irregular ou sua passagem para a condição regular teriam o condão de eliminar danos ambientais existentes. Não é possível esquecer que as populações de baixa renda, ocupantes majoritárias de áreas físicas e ambientalmente problemáticas, geralmente só as ocuparam porque elas ofereciam condições precárias e inapropriadas para os mais aquinhoados. Nesse contexto, cabe destaque o comentário de Rolnik (2002, p. 12) sobre a ocupação urbana:

“As poucas áreas que concentram as qualidades de uma cidade bem desenhada e equipada são destinadas para os segmentos de maior renda. Para os mais pobres, em nosso país as maiorias, resta a ocupação das franjas, das áreas longínquas ou

pouco aptas para urbanizar, como as encostas de morros, as beiras de córrego, os mangues. Dessa forma, uma poderosa máquina de exclusão territorial é posta em operação, monstro que transforma urbanismo em produto imobiliário, negando à maior parte dos cidadãos o direito a um grau básico de urbanidade.”

5.2.3. *Outorga onerosa do direito de construir*

A outorga onerosa do direito de construir teve origem no chamado solo criado. Esse instituto correspondia a tudo que era construído sobre ou sob a superfície natural do solo. Nesse sentido, era comum o avanço em subsolo para a construção de garagens e em superfície para a implantação de varandas. Dessa situação se originaram três correntes, estabelecendo a relação entre a propriedade e o direito de construir: a que considerava o direito de construir inerente à propriedade, a que os considerava separados e, finalmente, a que considerava o direito de construir um direito inerente ao direito de propriedade até uma determinada área, definida nas leis urbanísticas como coeficiente de ocupação (Gasparini, 2008). Na outorga onerosa, o direito de construir estará desvinculado do direito de propriedade e será pertencente ao Poder Público apenas na área excedente ao coeficiente de aproveitamento, devendo, no entanto, facultativamente ser prevista e fixada no plano diretor. Ela constitui ato administrativo vinculado. Para Gasparini (2008), a aquisição desse direito de construir não se vincula ao proprietário, mas ao beneficiário, sendo possível a sua outorga, entre outros, “ao superficiário, ao posseiro em condições de adquirir o domínio via usucapião, ao enfiteuta, ao concessionário ou permissionário de uso de bem público se expressamente autorizado pelo Poder Público concedente ou permitente”.

A outorga onerosa do direito de construir parece ser um dos mais controvertidos instrumentos de política pública urbana, por

relativizar aspectos de grande relevância para o desenvolvimento sustentável e para o equilíbrio ambiental. Ora, se o coeficiente de aproveitamento obedece a critérios socioambientais, como pode o plano diretor relativizá-lo, como estabelecido no artigo 28? Ao considerar, no § 3º do mesmo artigo, que “o plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área”, desconsidera-se os problemas ambientais que podem advir do excesso de ocupação da área. Nesse sentido, merece destaque o fato de esse instituto já ter sido banido da legislação urbanística francesa (JACQUOT; PRIET, 2008).

Tanto a previsão, no plano diretor, da possibilidade de alteração do coeficiente de aproveitamento (art. 28) como a de alteração do uso solo (art. 29) para determinadas áreas merecem análise cuidadosa, caso a caso, de modo a assegurar o desenvolvimento sustentável e não romper com o equilíbrio ambiental. Observa-se que a luz vislumbrada no *caput* do artigo 30 é rapidamente ofuscada pelo conteúdo de seus incisos, ao se restringirem às questões meramente financeiras. É preciso também ficar atento aos possíveis reflexos do artigo 31, pois, embora assegure que os recursos oriundos da outorga onerosa serão aplicados em questões ambientais, não vale a pena um dano para curar ou prevenir outro, mesmo porque os recursos para tais finalidades já devem ser assegurados por outras fontes, uma vez que prevalece a responsabilidade civil objetiva nos casos de dano ao meio ambiente.

5.2.4. *Operações urbanas consorciadas*

As operações urbanas consorciadas, de que tratam os artigos 32 a 34 do Estatuto da Cidade, são de grande relevância, pois contribuem para ampliar o nível de conscientização e responsabilidade da coletividade. O § 1º do artigo 32 as define como “o conjunto de intervenções e medidas

coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental". Recomenda-se, no entanto, cuidado especial para com a certificação do potencial adicional de construção, prevista no artigo 34, para atuar preventivamente quanto aos possíveis danos ambientais que possam dela eventualmente surgir. Aliás, o inciso I, parágrafo 2º, do artigo 32 prevê seja considerado o impacto ambiental oriundo da modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como das alterações das normas edilícias.

Cabe destacar que as operações urbanas consorciadas se distinguem do consórcio imobiliário, previsto no art. 46 do Capítulo V, que trata das disposições gerais. Enquanto este se destina à "viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio do qual o proprietário transfere ao poder público seu imóvel e, após a realização das obras, recebe como pagamento unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas" (§ 1º, art. 46), aquelas correspondem ao "conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental" (§ 1º, art. 32). Além de mais gerais, as operações urbanas consorciadas têm cunho participativo, enquanto o consórcio imobiliário tem ares de mero negócio jurídico em que o particular transfere ao Poder Público o seu imóvel e a responsabilidade pela realização de obras, recebendo em troca parte do empreendimento.

5.3. Plano Diretor

O Plano Diretor mereceu um capítulo específico no bojo do Estatuto da Cidade.

Topograficamente, ele engloba o Capítulo III em sua totalidade, indo do artigo 39 ao 42. O legislador inicia a normatização do tema indicando, no art. 39, que, para a propriedade urbana cumprir sua função social, faz-se necessário que ela atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor de modo a assegurar a qualidade de vida, a justiça social e o desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes contidas do art. 2º, já discutidas sob a ótica ambiental ao longo deste texto. Observa-se que o legislador plantou nesse artigo os comandos constitucionais contidos no parágrafo 2º do artigo 182 e no próprio *caput*. Isso não só robustece o plano diretor, como dá a ele o caráter especial de lei regulamentadora.

No artigo 40 do Estatuto da Cidade, o legislador mais uma vez incorpora um dos comandos constitucionais, desta feita o parágrafo 1º do art. 182. Cabe destaque, no entanto, o fato de o legislador sabiamente ter ido além desse comando, ao introduzir no parágrafo 2º do mesmo artigo a obrigação de o plano diretor englobar o território do Município como um todo e não a simples área urbana e de expansão urbana. Tem-se, ainda, que, como o plano diretor deve respeitar as diretrizes traçadas no Estatuto da Cidade, torna-se obrigatório, por força da alínea "g", inciso VI, art. 2º, que a "ordenação e controle do uso do solo" a ser estabelecida no plano diretor deve evitar "a degradação e poluição ambiental", o que amplia o alcance dos cuidados que deve ter o plano diretor com o ambiente, o que acaba por exercer influência para além das fronteiras municipais. Assim, por exemplo, o lançamento de águas servidas das mais diferentes origens, poluindo os cursos d'água que percorrem outros municípios, deve ser terminantemente proibido, não só para garantir a qualidade de vida dos habitantes do próprio município, como também para não gerar degradação e poluição ambiental fora dos seus limites territoriais. Outro exemplo

em que fica claro que implicitamente o plano diretor tem que se preocupar com danos que o município possa gerar fora de suas fronteiras, diz respeito aos lançamentos das galerias de águas pluviais, sendo comuns tais lançamentos gerarem grandes transtornos em municípios localizados à jusante, como erosões de margem e inundações.

Considerando a grande dinâmica da ocupação urbana nos dias atuais, o legislador fixou, no parágrafo 3º do art. 40, a obrigação de se rever a lei que institui o plano diretor pelo menos a cada 10 anos. É necessário, no entanto, que se veja nesse parágrafo não a oportunidade de intervir de modo reparador nas ações antrópicas já concretizadas, mas sim novas ocasiões de se refletir e planejar programas estatais e coletivos e políticas públicas de uso e ocupação do solo que impeçam toda e qualquer ação que agrida o meio ambiente e, por consequência, a qualidade de vida. É preciso refazer a cada ocasião o traçado e redefinição do desenvolvimento urbano e municipal sustentável, de modo a manter a qualidade de vida e o equilíbrio ambiental.

Uma das partes mais importantes na elaboração e fiscalização da execução do plano diretor está contida nos incisos I a III do parágrafo 4º do art. 40, em que os Poderes Legislativo e Executivo municipais devem garantir:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.”

Aqui a letra da lei é clara; no entanto, não é tão evidente a sua execução. A tomada de consciência da coletividade requer a criação de uma cultura, informação e educação. Mas como e em que ordem fazer um ou outro e o todo? Informar requer a

definição de uma linguagem apropriada, a transformação do técnico no vulgar, no bom sentido. Para discutir o momento do educar, vale a pena retomar aqui as palavras de Jean-Jacques Rousseau (2007): “Os povos, como os homens, só são dóceis na juventude, pois eles se tornam incorrigíveis ao envelhecer ...”. Logo, embora se deva educar o adulto por meio da informação, não é mais possível perder tempo deixando-se de educar a criança quanto à importância dos valores sociais e ambientais para a vida delas e das gerações futuras. Mas como criar uma cultura se não por meio dos dois passos anteriores? É assim que se terá, nas partes e no todo, melhores condições de vida para as populações urbanas.

Sobre a obrigatoriedade de elaboração do plano diretor, contida no art. 41 do Estatuto da Cidade, cabe destacar que, no caso de cidades com menos de vinte mil habitantes, constitui uma faculdade do Município, mas não pode se tornar obrigatória por força de lei estadual ou federal, sob pena de violar o princípio constitucional da autonomia dos Municípios. O art. 30, I, da CF estabelece constituir competência dos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”, e este é o caso da elaboração ou não de planos diretores em cidades com menos de vinte mil habitantes. Só ao Município cabe decidir. Nesse sentido, o Resp. 826-9 do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade do *caput* do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá, que estabelecia a obrigatoriedade de elaboração de plano diretor para cidades com mais de cinco mil habitantes. Entende-se, porém, que, por força dos incisos do art. 41 do Estatuto da Cidade, o plano diretor passa a ser obrigatório, em alguns casos, para cidades com menos de vinte mil habitantes. Cabe lembrar que o Estatuto da Cidade é lei constitucionalmente prevista para regulamentar os arts. 182 e 183 da CF, daí a obrigatoriedade de elaboração de plano diretor para Municípios que se enquadrem nas condições fixadas nos incisos do seu artigo 41:

"I - com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes;

II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional."

Finalmente, cabe citar o entendimento de Rolnik (2002, p. 15) sobre o conteúdo do plano diretor:

"O Plano diretor deverá explicitar de forma clara qual o objetivo da política urbana. Deve partir de um amplo processo de leitura da realidade local, envolvendo os mais variados setores da sociedade. A partir disso, vai estabelecer o destino específico que se quer dar às diferentes regiões do município, embasando os objetivos e as estratégias. A cartografia dessas diretrizes corresponde a um macrozoneamento, ou seja, a divisão do território em unidades territoriais que expressem o destino que o município pretende dar às diferentes áreas da cidade.

O macrozoneamento estabelece um referencial espacial para o uso e ocupação do solo na cidade, em concordância com as estratégias de política urbana. Define inicialmente grandes áreas de ocupação: zona rural (por exemplo, para produção de alimentos, exploração de minérios, produção de madeira) e zona urbana (residências, indústrias, comércio e serviços, equipamentos públicos). Dessa maneira, circunscreve-se o perímetro urbano, ou seja, a área em cujo interior valem as regras da política urbana."

5.4. Gestão democrática da cidade

Para Jacquot e Priet (2008, p. 97), "os desafios extremamente diversificados das políticas de urbanismo nos planos físico, econômico, financeiro ou social não podem deixar indiferente os cidadãos, agindo a título individual ou agrupados em associações". É preciso, no entanto, lembrar que a participação dos cidadãos só se dá quando surge neles, em cada um e em todos, o sentimento e a necessidade do pertencimento e, para tal, faz-se necessária a construção ou reconhecimento de valores pessoais, sociais e ambientais, entre outros, que contribuem para a qualidade de vida e para a preservação do equilíbrio ambiental, de modo a assegurar o desenvolvimento humano sustentável. Sem isso a gestão poderá ser democrática quanto à participação popular, mas não o será quanto à participação efetiva.

Apesar de o Estatuto da Cidade ter destinado um capítulo específico para tratar da gestão democrática da cidade, Capítulo IV, arts. 43 a 45, o art. 2º, inciso II, já a fixava logo de início como uma das diretrizes gerais da política urbana. Para garantir a gestão democrática da cidade, o art. 43 do Estatuto da Cidade fixa os seguintes instrumentos:

"I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II - debates, audiências e consultas públicas;

III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;"

Tais instrumentos, conjugados com os artigos 44 e 45 do mesmo instituto, tornam indiscutível a abertura para a participação da coletividade na pretendida gestão democrática da cidade. Diz-se pretendida, pois, para a gestão ser de fato democrática, faz-se

necessária a participação efetiva da população, e isso não se dará jamais de modo pleno se não houver a conscientização de cada cidadão, ou melhor, de cada pessoa, pois o processo de conscientização torna-se culturalmente mais efetivo quando tem origem na infância. Para Sparemberger e Martins (2005, p. 41), “é necessário pensar gestões democráticas que possibilitem a discussão, o debate e a busca de alternativas para sanar os problemas das cidades e torná-las sustentáveis para seus habitantes”.

Cabe trazer para o âmbito das discussões sobre a gestão democrática das cidades o inciso VI do art. 52:

“Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: [...]

VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º a III do art. 40 desta Lei;

[...]”

Os incisos I a III do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade cuidam, respectivamente, da “promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade”; da “publicidade quanto aos documentos e informações produzidos”; do “acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”; cuidam, portanto, de garantias ao direito de gestão democrática das cidades. À primeira vista, a garantia de participação da população não implicaria necessariamente a observância de sua vontade; no entanto, o conteúdo da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, termina, indiretamente, por impor que a vontade da população seja observada, sob pena de ação civil pública, sem prejuízo da possibilidade de ação popular. Os incisos I e VI se referem explicita e respectivamente às ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados

“ao meio ambiente” e “à ordem urbanística” além de outros interesses coletivos e difusos, conforme previsão do inciso IV do mesmo artigo.

6. Conclusão

As análises apresentadas ao longo do artigo mostram que o Estatuto da Cidade trouxe uma importante contribuição para a consolidação do Direito Urbanístico no Brasil.

O Estatuto da Cidade constitui-se em elemento essencial para o estabelecimento da política urbana. A ocupação do solo urbano e da zona de expansão urbana deve-se fundamentar em estudos técnicos, em especial o EIA e o EIV. Devem ser analisados, entre outros, aspectos técnicos específicos, os geológico-geotécnicos, os geomorfológicos, os hidrológicos, os hidrogeológicos e os relativos ao clima. Deve-se ainda levar em consideração os equipamentos disponíveis e os necessários, o conforto, as repercussões socioeconômicas e a estética.

Embora o Plano Diretor, ao ser revisto a cada dez anos, possa determinar a reparação de danos e retraçar metas, o seu objetivo maior, tanto na fase de elaboração quanto na de revisão, deve ser o do planejamento, considerando-se não só sua área de abrangência como os reflexos desta em áreas limítrofes.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal/ Ministério da Ciência Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

DEJEAN, Edith. *Code de l'environnement*. 10 ed. Paris: Dalloz, 2007.

COUBET, Christian Guy. Antes e depois do dano: da decisão arriscada à certeza do prejuízo. VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Direito, sociedade e riscos*: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Brasília: UNICEUB, UNITAR, 2006.

CRISTINE, René. *Code de L'urbanisme*. 17 ed. Paris: Dalloz, 2008.

- GASPARINI, Diógenes. Outorga onerosa do direito de construir. In: AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. 6 ed. Paris: Dalloz, 2008.
- JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Verticalização: alternativa ambiental? In: AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- MILARÉ, Edis. Um ordenamento jurídico para a qualidade de vida urbana. In: AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal/ Ministério da Ciência Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- ROLNIK, Raquel. Plano diretor estatuto da cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. *Revista de Direito Imobiliário*. ano 25, n. 52. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2007.
- SILVA, José Afonso. Da disciplina urbanística da propriedade urbana. In: _____. *Direito urbanístico brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SOUZA, Luiz Alberto. *A questão ambiental nos planos diretores: a (in)aplicabilidade do código florestal nas áreas urbanas*. ano 6, n. 34. Belo Horizonte: Editora Fórum, Fórum de Direito Urbano e Ambiental, 2007.
- SPAREMBERGER, R. F. L.; MARTINS, E. *Estatuto da cidade, urbanização e meio ambiente*. Revista Trabalho e Ambiente. v. 3, n. 4. Caxias do Sul, 2005.
- WOLFF, Simone. *O Direito a cidades sustentáveis: breve análise da Lei nº 10.257/2001*. v. 13. Belo Horizonte: Editora Fórum. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, 2004.

Do licenciamento compulsório

Uma abordagem do direito internacional e do direito administrativo

Patrícia Luciane de Carvalho

Sumário

1. Introdução. 2. O direito internacional da propriedade intelectual. 3. Revisão histórica. 3.1. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual. 3.2. A Organização Mundial do Comércio. 3.3. O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional. 3.4. Declaração de *Doha* a respeito do acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio e a saúde pública. 4. As licenças compulsórias. 4.1. O direito administrativo e a licença compulsória. 4.2. Critérios concessivos da licença compulsória. 5. Conclusões.

1. Introdução

A construção consolidada dos direitos da propriedade intelectual data de 1883, com a Convenção de Paris, a qual, em conjunto com a Convenção de Berna, de 1886, constituiu as Convenções das Uniões de Paris e de Berna para a unificação dos direitos da propriedade intelectual, destacando-se a unificação da propriedade industrial e da autoral, voltada ao fortalecimento da proteção a essa esfera de direitos. Posteriormente, tem-se o revigoramento com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, por meio da Convenção de Estocolmo de 1967 e, mais recente, com a Organização Mundial do Comércio em 1994.

Essa linha de desenvolvimento propiciou muito mais que a proteção, o revigo-

Patrícia Luciane de Carvalho é Assessora Jurídica da Agência USP de Inovação da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional e de Propriedade Intelectual das Faculdades Anhembi/Morumbi de São Paulo.

ramento e a consolidação; destaca-se o estabelecimento da ordem internacional como o fundamento dos direitos da propriedade intelectual (palco das negociações e dos trabalhos das organizações internacionais), a necessária relação da esfera econômica com a humana (a OMPI é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas) e a natural limitação dos direitos da propriedade intelectual em relação a outros direitos humanos (como a saúde, a educação e o desenvolvimento).

Tamanho a consolidação e o prestígio dos direitos da propriedade intelectual que a OMPI e a OMC apenas atualizaram o tema, até então construído, diante das alterações econômicas, políticas e culturais dos novos tempos; acabaram com a dicotomia entre direitos de autores e inventores; ofereceram uma didática à compreensão do que é, hoje, os direitos da propriedade intelectual; estabeleceram uma administração da temática não mais por tratados, mas por organizações internacionais; e a sempre relação de interesses dos países desenvolvidos, em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Em suma, ganham os direitos da propriedade intelectual posição de ativo econômico e social.

Essas funções foram e são realizadas com destaque pela OMPI, a qual, na década de 70, iniciou suas funções de pró-atividade com o monitoramento do cumprimento dos tratados até então ratificados e a reflexão sobre um sistema de solução de controvérsias condizente. Por sua vez, em 1986, a propriedade intelectual foi incluída na temática da Rodada Uruguai do GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.

Dentro desse contexto histórico, observa-se que a licença compulsória esteve e está presente, ou seja, a ordem internacional esteve e está preocupada com as limitações naturais aos direitos da propriedade intelectual, em respeito a outros direitos humanos. O que muda é a forma com a qual os países signatários dos diversos tratados e organizações internacionais incorporam

esta liberdade internacional e o modo que é aplicada pela esfera política.

O presente artigo discorre, primeiro, sobre os fundamentos internacionais da propriedade intelectual e, segundo, sobre a licença compulsória. Esta é trabalhada nos termos dos direitos constitucional e administrativo brasileiros. Objetiva-se demonstrar que a concessão da licença compulsória é executada como *ato político* (no sentido pejorativo) em desrespeito à ordem jurídica que impõe requisitos para a concessão. Requisitos estes que buscam proteger o próprio direito de propriedade e a livre iniciativa, portanto, mercedores de proteção legal.

2. O direito internacional da propriedade intelectual

O caráter internacional é determinado pelos direitos da propriedade intelectual, os quais, por sua natureza intelectual, superam fronteiras sem perder sua integridade. Essa característica destaca os direitos da propriedade intelectual como ativo econômico, já que possuem celeridade pela fácil comercialização.

Esse caráter teve como primeiro obstáculo o apego ao nacionalismo, destaque para o tratamento nacional, de cunho legislativo, o qual, em razão do fundamento internacional, foi chamado a harmonizar-se com a esfera internacional a fim de não impedir ou obstaculizar a atividade econômica.

Nesse aspecto tem-se uma segunda justificativa para o caráter internacional: um ativo econômico que transcende fronteiras necessita de uma proteção legal harmonizada entre as diferentes nações, a fim de incentivar e assegurar os direitos aos seus titulares.

Maristela Basso compara essa sistemática a uma máquina (Direito/ordem jurídica) e suas engrenagens e roldanas, que devem funcionar harmoniosamente. Complementa-se a metáfora indicando que essa máquina compreende elementos

nacionais e internacionais, no sentido de que, se um país é dissociado da sistemática, a máquina não funciona. A mesma autora esclarece que “o reconhecimento da importância da proteção internacional traz consigo a necessidade de celebrações de convenções internacionais capazes de coordenar as leis internas dos Estados, conferindo maior proteção aos direitos de propriedade intelectual”. (BASSO, 2000, p. 21-22)

A mencionada coordenação é a função usual do direito internacional contemporâneo, o qual, por meio das negociações e dos tratados, realiza atividade de convencimento ou motivação dos países para que incorporem legislativamente a proteção estabelecida naquelas negociações e nos tratados. Essa incorporação encaminha à cooperação ou complementação sem o uso da coercitividade (impossível na ordem internacional).

Para fins dos direitos da propriedade intelectual, a esfera internacional representa um patamar mínimo de proteção, permanecendo a liberdade dos Estados signatários em legislar em conformidade com o conceito que lhe é próprio de ordem pública, de interesse nacional e de urgência e relevância. Conceitos estes que são delineados pelo direito constitucional e administrativo. Esse parâmetro corresponde, inclusive, à relação de cooperação entre os países.

No instante em que os países incorporaram as recomendações ou direitos da ordem internacional assumem a responsabilidade de ter aqueles como parâmetros mínimos, ou seja, não podem reduzir, mas apenas progredir na proteção. Essa sistemática equipara-se com a estabelecida pela OEA - Organização dos Estados Americanos, que determina que os direitos humanos são progressivos, não podendo ser reduzidos pelos países, mas apenas aumentados.

A retrospectiva histórica que a seguir é apresentada enfoca os momentos mais relevantes e demonstra que o Brasil, como

os demais países signatários dos diversos acordos internacionais, incorporaram na ordem nacional os direitos estabelecidos pela esfera internacional. As diferenças encontram-se nos requisitos tipicamente nacionais para os institutos incorporados, como o da licença compulsória.

3. Revisão histórica

As primeiras regras internacionais (tratados) datam da Revolução Industrial por conta da necessidade de uniformizar as regras do direito privado na esfera internacional. Enquanto isso, os Estados signatários desses tratados esforçavam-se para uniformizar suas regras internas com as dos tratados.

Essa atuação internacional compatibiliza-se com a face à época do direito internacional público, ou seja, fundamentado no *pacta sunt servanda*, na boa-fé e no consentimento, em que os tratados apenas são recomendações diante da ausência de coercitividade entre as soberanias. É assim até hoje, com a diferença que atualmente tem-se o princípio da cooperação e integração e a coercitividade moral dos sistemas de solução de controvérsias internacionais, com destaque para os das organizações internacionais.

Em Roma os produtos já eram identificados por figuras, letras, símbolos ou nomes; sem valor patrimonial, apenas funcional de identificação para individualização do produto. Ou seja, o produto era protegido como matéria e não por ser concepção do intelecto.

Na Idade Média inicia-se a proteção do intelecto, em que as corporações medievais comercializam os seus produtos usando as marcas corporativas registradas na própria localidade. Era protegida a marca individual, desde que inclusa no respectivo livro de registro das corporações. Com esse registro, proibia-se também a criação de marcas que pudessem causar confusão com outras já registradas.

Em 1236 estabelece-se a proteção como privilégio concedido por ato político, do monarca, como o de uma autoridade municipal de Bordeaux, para um cidadão que tecia e tingia tecidos de lã para ternos à moda flamenga, francesa e inglesa, pelo prazo de quinze anos.

É na pós-Revolução Francesa que surge a independência dos direitos da propriedade intelectual da “res” para fazer ou compor o patrimônio pessoal do seu titular. Deixa de ser um favor do soberano e passa a ser algo formalizado, voltado para todos. Veja-se o Estatuto dos Monopólios inglês, de 1623, que reconhece o direito de obter patente, para quem de fato contribuisse para a introdução de novas indústrias. Posteriormente, em 1790, o *Patent Act* americano, e a Lei Francesa de 1791, que estabelece o direito de autor sobre toda a descoberta ou invenção em todos os ramos da indústria.

Com um caráter internacional, a problemática existe em virtude de alguns estados não protegerem ou o fazerem de modo muito diverso dos de outros estados. Já era urgente a necessidade de “criar um direito internacional para a propriedade industrial que harmonizasse e unificasse regras de conflitos de leis e regras comuns de direito material” (BASSO, 2000, p. 73). Assim, surge com o caráter internacional e posteriormente incorporada pelas principais organizações internacionais a Convenção de Paris de 1883.

Esse foi o primeiro tratado de caráter multilateral e voltado à proteção universal. Envolve em sua temática os princípios do tratamento nacional (fixa a Convenção como parâmetro mínimo de proteção, restando a liberdade à legislatura nacional e para outros tratados, desde que respeitem o parâmetro mínimo, o qual deve ser oferecido, de igual modo aos demais países) e unionista (disposições da Convenção devem prevalecer sobre as nacionais, com o enfoque de ser um pilar uniformizador da propriedade intelectual).

Em 1962, por provocação brasileira, a ONU emite a Resolução 375 (XIII) da Assembleia Geral, indicando a propriedade industrial como relevante ao desenvolvimento econômico e social. Assim, destaca-se a necessidade de algo mais efetivo por conta da Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial.

Em 1967 a Convenção de Estocolmo elege a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI como agência especializada da ONU, em que os membros são os estados das Uniões de Paris e de Berna e outros estados que sejam signatários da ONU ou que sejam convidados pela Assembleia Geral da OMPI.

Nos anos 80 as dificuldades e enfoques para as revisões dos tratados em propriedade intelectual direcionam-se a um sistema de solução de controvérsias, monitoramento dos tratados até então firmados e os interesses entre os diferentes países. Como conciliar posições divergentes? Os países em desenvolvimento buscavam medidas para o desenvolvimento tecnológico, enquanto que os países desenvolvidos preocupavam-se com o fato da fragilidade existente para a comercialização de produtos em outros países e mesmo como a falta de proteção existente.

Com o fito de relacionar a propriedade intelectual ao comércio internacional e complementar a representatividade feita sob o tema pela OMPI e pela UNESCO, em 20 de setembro de 1986, em Punta del Este, no Uruguay Round, cria-se a Organização Mundial do Comércio – OMC.

Acerca da OMC, Celso Lafer (1998, p. 28, 14) esclarece que:

“Há um potencial de sociabilidade e solidariedade na esfera internacional. Este potencial provê – e este é o pressuposto no qual se fundamenta a OMC – uma interação organizada e não-anárquica entre os atores da vida econômica num mercado globalizado, que não funciona como um jogo de soma zero, em que o ganho

de um significa a perda do outro. Há conflito, mas há também cooperação, lastreada num processo abrangente que tem sua base na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses. Somente se pode perceber e julgar adequadamente essa reciprocidade de interesses se estão visivelmente à tona, através da publicidade contemplada pelo princípio de transparência.”

O mesmo autor na sequência ministra que:

“Em outros organismos internacionais, tais como o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou a Conferência do Desarmamento, que tratam de temas de segurança e cujo limite é a paz ou a guerra, o recuso obstrucionista ao veto é considerado legítimo e ocorre com frequência porque, teoricamente, a sobrevivência do Estado como uma unidade independente pode estar em jogo. A OMC, como uma expressão de direito internacional de cooperação no campo econômico e um foro de negociação de interesse geral, não opera sob a mesma presunção. Sua premissa é operar dentro, e não fora do sistema. O consenso é contrapartida dessa premissa na OMC, enquanto um foro negociador de um direito internacional de cooperação. Essa é a razão pela qual as normas da OMC não podem ser impostas por meio de um *pactum subjectionis*. Todos os membros da OMC criam e estabelecem regras por meio de um *pactum societatis*, que assegura uma efetiva dimensão de aceitação generalizada”. (Idem)

Corresponde essa organização a um esforço multilateral que favoreça os direitos da propriedade intelectual. Para tal existem normas substantivas, que enumeram as regras gerais, os princípios e os patamares mínimos; normas de procedimento, que são as regras de âmbito nacional, da esfera

administrativa, cível, penal, cautelar e de fronteira, que operacionalizam as normas substantivas; e as normas de resultado, que pertencem também ao âmbito nacional e complementam as de procedimento, eis que permitem a responsabilidade por danos e a quantificação destes como prevenção e compensação pelos prejuízos sofridos.

Para a boa aplicação dos direitos da propriedade intelectual, é necessário que todas as regras sejam executadas de modo conjugado e complementar não apenas entre elas, mas entre as ordens internacionais e nacionais, para a boa consecução da proteção.

3.1. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual

Por meio da Convenção de Estocolmo, que complementou os trabalhos das Uniões da Convenção de Paris, a OMPI foi criada, no âmbito da ONU, como uma de suas agências especializadas para assuntos da propriedade intelectual. Essa especificação ocorreu em decorrência da importância que assumiu a criação intelectual, dentro do gênero propriedade, para o comércio internacional e para o desenvolvimento sustentável.

O princípio da solidariedade instituído pela Convenção de Paris busca a OMPI reunir sobre sua administração todos os tratados relacionados à propriedade intelectual, mesmo aqueles que não foram firmados pela ONU ou pela OMPI. Oferece enfoque humano à propriedade intelectual, buscando harmonizá-la com os interesses econômicos internacionais, entre eles, os da OMC/TRIPS. Realizou a unificação dos direitos da propriedade intelectual encerrando a dicotomia entre direitos dos inventores e dos autores, valorizando a propriedade intelectual como gênero.

A OMPI corresponde ao organismo de maior relevância para a promoção e defesa da propriedade intelectual, principalmente para temas relacionados aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvi-

mento relativo. Isso porque, desde 1962, a ONU, por meio da Resolução sobre Propriedade Industrial, reconhece que as patentes farmacêuticas são essenciais para o desenvolvimento econômico e social.

Representa o palco das controvérsias que envolvem os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, eis que para aqueles a importância do discurso da propriedade intelectual é quanto a sua efetivação juntamente aos signatários, enquanto que, para os em desenvolvimento, o que importa são as medidas adotadas no âmbito internacional e sua influência no desenvolvimento social. Essa discussão remonta à relação entre a concepção pública e privada; ocorre que essa análise deve ser feita de forma sistêmica e admitindo-se a inter-relação entre as duas esferas, as quais não possuem condições de ser analisadas separadamente.

A controvertida relação entre interesses públicos e privados está longe de ser resolvida; contudo, reconhece-se que a OMPI exerce papel de absoluta relevância na aproximação e harmonização temática. A dificuldade na compatibilização, por exemplo, do acesso a medicamentos com a concessão de patentes farmacêuticas ocorre diante do fato de que os Estados ignoram que um direito condiciona o outro; e que ambos são necessários para o desenvolvimento progressivo das sociedades.

Em 22 de dezembro de 1995, celebrou acordo com a OMC, o qual formalizou a relação de apoio mútuo. Um dos destaques é a forma como estará disponível a legislação de cada país signatário da OMPI aos membros da OMC e o apoio técnico-jurídico entre as organizações. O fundamento da colaboração é a inter-relação, em que esta tem por motivação o princípio da solidariedade. Solidariedade motivada pela OMPI no exercício de sua atividade de secretaria que busca centralizar a harmonização do tema.

O princípio da solidariedade faz-se necessário porque as expectativas dos países desenvolvidos – quanto ao comércio internacional – são semelhantes; por sua

vez, as dificuldades dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo também são semelhantes; e, ainda, a conjugação, na ordem internacional, dessas expectativas e dificuldades, é natural da globalização da economia, uma vez que os países não conseguem atuar isoladamente.

3.2. A Organização Mundial do Comércio

Os aliados do pós-guerra criaram três organizações internacionais por meio do acordo Bretton Woods de 1944: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD) e a Organização Internacional do Comércio (OIC – *International Trade Organization*). Todas voltadas para a reestruturação e cooperação internacional. Por desentendimentos quanto à extensão dos objetivos, principalmente no Congresso Americano, apenas as duas primeiras foram instituídas (a Carta de Havana que estabelecia os fundamentos da OIC não foi ratificada).

Ocorre, diante da inter-relação do comércio internacional com o desenvolvimento e com a pacificação dos povos, necessária em 1947, a retomada das negociações. Em decorrência das negociações, vinte e três países assinaram o GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*) com o intuito de supervisionar e coordenar o comércio internacional.

O GATT (antecessor da OMC) fundamenta-se em regras básicas ao comércio internacional, tais como o tratamento geral da nação mais favorecida, lista de concessões, tratamento nacional, transparência, eliminação das restrições quantitativas, exceções gerais e salvaguardas ao balanço de pagamentos. Cumpre com a sua função e serve de parâmetro e fundamento para a criação da OMC em 1995 pelo *Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*. Até o surgimento da OMC, transcorreram-se oito anos em negociações por meio da Rodada Uruguai, que foi inicia-

da em 1986 e perdurou até 1994. Durante a Rodada, transpareceu-se a necessidade de transposição de um acordo comercial para uma organização internacional, alterações tarifárias para setores primordiais aos países em desenvolvimento, novos setores (agrícola, têxtil, serviços e propriedade intelectual), um sistema próprio para solução de controvérsias e uma maior inter-relação dos temas comércio internacional, desenvolvimento e questões sociais.

Os objetivos da OMC constam no preâmbulo do Ato Constitutivo, o qual demonstra a relação que busca a Organização fazer com áreas não diretamente vinculadas ao comércio e principalmente a necessária relação do comércio internacional com o desenvolvimento e com o respeito a questões de ordem nacional, prioritariamente sociais:

“Reconhecendo que suas relações no campo do esforço comercial e econômico devem ser conduzidas com vista a aumentar padrões de vida, assegurando-se o pleno emprego e volume grande, estável e crescente da renda real e demanda eficaz, e expandindo-se a produção e o comércio de bens e serviços, ao permitir o uso dos recursos do mundo de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável, procurando ambos a proteção e preservação do meio ambiente e para realçar os meios para se chegar a esse fim de maneira compatível com suas necessidades e interesses respectivos em diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Reconhecendo ainda que há a necessidade para esforços positivos destinados a assegurar que os países em desenvolvimento, e especialmente os de menor desenvolvimento relativo dentre eles, tenham uma parte no crescimento do comércio internacional proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico”.

Portanto, a OMC não é apenas comércio, mas também, de acordo com o preâmbulo,

corresponde à busca de um comércio responsável, vinculado ao desenvolvimento sustentável, aos reflexos do comércio internacional sobre a renda real dos cidadãos dos estados-membros, considerando-se o nível econômico dos países a permitir o uso dos recursos naturais. O preâmbulo ainda declara o necessário tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento e aos de menor desenvolvimento relativo.

O artigo XX do GATT estabelece que os Estados podem adotar as medidas necessárias para proteger a saúde pública, quando a motivação não estiver fundada em discriminação arbitrária ou injustificada ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Fica demonstrada a preocupação precedente à OMC quanto à questão do acesso a medicamentos.

Aos países de menores condições, a OMC oferece aumento de oportunidades de comércio, tratamento mais favorável e diferenciado, medidas em apoio ao desenvolvimento econômico, períodos mais longos para implementação, exceções às regras de *dumping* e medidas de salvaguardas, medidas compensatórias e assistência técnica. Esta inclui assessoramento jurídico para compreensão e conhecimento de como trabalhar com as diretrizes da OMC.

Essas medidas de flexibilidade, que limitam ou condicionam os direitos da propriedade intelectual, assumem especial importância, já que afetam diretamente diversos direitos humanos, como o da saúde. Entre essas medidas, tem-se a licença compulsória.

Ocorre que a OMC é composta primordialmente de países em desenvolvimento; e sem a realização, por esses países, de políticas públicas nacionais, infelizmente, o preâmbulo e outros documentos da OMC podem permanecer apenas como idealismo. Nesse aspecto tem-se que a licença compulsória é uma possibilidade que apenas adquira eficácia pela implantação e constitucional aplicação a depender de cada país signatário.

3.3. *O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional*

O TRIPS assume enorme relevância porque estabelece, além das regras, exceções que favorecem a acessibilidade. Assim como a OMC incorporou as regras, procedimentos e jurisprudências do GATT, o TRIPS incorporou as Convenções da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, já que reconhece, dentro de uma análise sistêmica, a inter-relação dos valores e objetivos protegidos. Além do que, essa incorporação demonstra a inter-relação dos temas trabalhados por duas organizações internacionais com objetivos diferentes (OMC e ONU).

Representa o TRIPS uma proteção mínima, que, por isso mesmo, pode ser complementada (princípio da progressividade) pelos Estados-membros, restando a estes a obrigação pelo cumprimento do mínimo estabelecido, assim como possuem o direito de usufruir das flexibilidades. Permanece na esfera do patamar mínimo em respeito às realidades e interesses divergentes dos estados signatários.

Os objetivos, conforme o preâmbulo, são a redução das distorções e obstáculos ao comércio internacional, considerando a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e a necessidade de assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo.

Essas flexibilidades, normalmente, são admitidas pelos diversos países, principalmente com o trabalho realizado pelo Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: o reflexo nos interesses da saúde pública equivale à compatibilidade entre o direito às patentes farmacêuticas e o direito à saúde, por meio da função social da propriedade; existem diversas leis infraconstitucionais autorizadas da licença

compulsória; a concorrência por meio de genéricos depende muito mais de políticas nacionais voltadas ao desenvolvimento sustentável, daí a sua ineficácia; o período de transição, que serviria para o ajustamento nacional diante das novas realidades, não produziu os efeitos esperados sobre o desenvolvimento sustentável e sobre o melhoramento das políticas nacionais; e, o uso da importação paralela, assim como da licença compulsória, por falta de preparo e coragem, não tem sido utilizado de forma satisfatória.

Estabelece o TRIPS, quanto à proteção dos direitos de propriedade intelectual, no artigo 7º, que:

“A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.”

Os Estados signatários comprometem-se a usar a inovação tecnológica para o fomento do direito da propriedade intelectual, para a transferência de tecnologia e para o incremento do bem-estar social e econômico. Observe-se que uma vez mais o aspecto social acompanha ou é acompanhado pelo econômico. Isso acontece em decorrência da necessária análise sistêmica e pela inter-relação entre os temas.

A ordem internacional, por meio do histórico dos tratados e dos trabalhos das organizações internacionais, estabelece que os direitos da propriedade intelectual são protegidos desde sua exteriorização, mas também limitados para a consecução de outros direitos humanos. Cabendo aos países a devida incorporação e legislatura para a eficácia nacional desses direitos e limitações, tais como em relação à licença compulsória.

3.4. *Declaração de Doha a respeito do acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio e a saúde pública*

Diante das controvérsias quanto ao alcance das flexibilidades do TRIPS e a forma de interpretá-las, durante a Conferência de *Doha*, no Catar, esse inconveniente foi resolvido pela Declaração de *Doha*, de 14 de novembro de 2001, que confirmou as intenções do TRIPS para a saúde e o estabelecimento de uma regra interpretativa, no sentido de que o TRIPS deve ser usado como parâmetro interpretativo à proteção da saúde, de forma preventiva, antes da necessidade de a questão ser levada ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC ou mesmo para se evitar o uso das flexibilidades. Essa prática preventiva cabe aos respectivos Estados-membros, ou seja, uma vez mais, a norma apenas transformar-se-á em realidade (com cor e textura, conforme decisão do Órgão de Apelação da OMC citada) a depender das políticas nacionais em respeitarem os interesses não-econômicos. Observe-se que os interesses não-econômicos, no Brasil, compreendem os direitos fundamentais, que possuem origem nos direitos humanos e possuem aplicação imediata.

O preâmbulo da Declaração de Doha estabelece:

“O comércio internacional pode desempenhar papel primordial na promoção de desenvolvimento econômico e na diminuição da pobreza. Reconhecemos a necessidade para todos nossos povos de se beneficiarem das oportunidades e melhorias no bem-estar que o sistema multilateral de comércio gera. A maioria dos Membros da OMC é de países em desenvolvimento. Procuramos colocar suas necessidades e interesses no centro do programa de trabalho adotado nessa declaração. Recordando o Preâmbulo ao acordo de

Marraqueche, continuaremos a fazer esforços positivos para assegurar que os países em desenvolvimento, e especialmente os de menor desenvolvimento relativo, tenham participação no crescimento do comércio mundial proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico. Nesse contexto, maior acesso a mercados, regras equilibradas e bem focadas, programas sustentáveis financiados de assistência técnica e programas para aquisição de capacidade têm papéis importantes a desempenhar.”

A Conferência considerou ainda que cada Membro é competente para determinar o que é situação de emergência. Porém, incluiu como situação de emergência as doenças relativas a SIDA¹, tuberculose, malária e outras epidemias (LILLA, 2006, p. 38). Esses casos, independentemente de deliberação estatal, são prioritários à ordem pública.

Os parágrafos 2º e 3º da Declaração determinam que a noção de um sistema de propriedade intelectual não pode ser vista como algo infalível e apenas funcional, mas sim que deve submeter-se à realização do direito humano à saúde.

Em 30 de agosto de 2003, o Conselho Geral do TRIPS emitiu a Decisão WT/L/540 para implementação do parágrafo 6º, que permite a exportação de produtos farmacêuticos, desde que tenha por base uma licença compulsória e em obediência às condicionantes estabelecidas.²

¹ “By pure coincidence, the signing of the TRIPS in 1994 corresponded with the global explosion of the AIDS pandemic, the effects of which have been dramatic notably in the poorest countries.” CORIAT; ORSI; D’ ALMEIDA.

² “Reconhecemos que os Membros da OMC, com insuficiente ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico, poderão enfrentar dificuldades em fazer uso eficaz de licenciamento obrigatório sob o Acordo de TRIPS. Instruímos o Conselho de TRIPS no sentido de encontrar uma solução expedita para este problema apresentar um relatório ao Conselho Geral antes do fim do ano 2002.”

Transcorrido o tempo desde a Declaração de Doha, percebe-se que a dificuldade não é o respeito às flexibilidades do TRIPS, e, sim, à capacidade dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo em usufruir dessas flexibilidades. Dificuldade esta de ordem nacional como a falta de conhecimento tecnológico, científico, de orçamento e de tempo para obter os resultados necessários aos problemas existentes. Lacunas estas que refletem no uso das licenças compulsórias.

Reitere-se a importância da compreensão e da atuação voltadas para a realização de políticas públicas que proporcionem desenvolvimento progressivo e sustentável, por meio do respeito ao direito humano e fundamental que é a acessibilidade a diversos direitos humanos diretamente vinculados aos direitos da propriedade intelectual. Mesmo porque as maiores necessidades e gastos orçamentários, referentes à política sanitária, relacionam-se ao fornecimento de medicamentos.³

4. As licenças compulsórias

É a Convenção de Paris que inaugura o licenciamento compulsório no artigo 5º e esse dispositivo estabelece que essa flexibilidade internacional deverá ser descrita pelo respectivo país signatário. Esse dispositivo indica a possibilidade da licença compulsória e que a liberdade para o seu estabelecimento e detalhamento é do país respectivo. Ou seja, a ordem internacional estabelece que a licença compulsória é uma limitação à propriedade intelectual a ser legislada pelos Estados.

Na atualidade, como resultado da recepção da Convenção de Paris, o TRIPS coloca-se como parâmetro internacional,

³ "El coste de los medicamentos representa la parte más importante de los gastos sanitarios de las personas de países pobres. El gasto en productos farmacéuticos se sitúa entre el 10 y el 20 por ciento del total de los gastos sanitarios en los países ricos y entre el 20 y el 60 por ciento en los países más pobres." (OXFAM, 2006)

seja para a saúde pública, seja para as patentes farmacêuticas. Na ordem brasileira, esse parâmetro condiz com a função social da propriedade. Dentro desse exercício jurídico nacional, existe o trabalho da esfera legislativa para o permissivo das licenças compulsórias. Estas compreendem a possibilidade de suspensão, temporária, do uso exclusivo de uma patente farmacêutica, para o saneamento de problema relacionado à saúde pública (epidemia, redução de preços dos medicamentos ou disponibilidade de um determinado medicamento em um específico mercado).⁴ O uso da licença compulsória, sem o consentimento do proprietário da patente farmacêutica, em nome de interesses sociais, pode ser concedido pelo governo nacional a um terceiro ou a um organismo governamental.

O artigo 30 do TRIPS estabelece que o uso das exceções é limitado, já que não pode interferir na exploração normal de um direito sobre patente, nem mesmo prejudicar de forma injustificada os direitos de uso exclusivo. Uma vez mais, tem-se a importância da consecução do acesso a medicamentos pelas vias normais, ou seja, pelo empreendimento de esforços nacionais, por meio do desenvolvimento progressivo e sustentável.

O artigo 31 do TRIPS estabelece procedimentos para a concessão da licença compulsória e requisitos mínimos que devem ser atendidos: cada licença deverá ser considerada com base em seu mérito individual; deve haver negociação prévia com o detentor de patente farmacêutica para uma licença comercial justa, exceto em casos de emergência nacional, extrema urgência ou uso público não comercial; o detentor de patente farmacêutica terá direito à remuneração; deve ser concedida para atendimento do mercado local; não deve ser exclusiva; deve estar disponível nacionalmente a possibilidade de revisão da concessão e das condições de remuneração e nacionalmente

⁴ O Brasil legisla a licença compulsória por meio dos artigos 68 a 74, da Lei nº 9.279/1996.

o prazo de proteção é de no mínimo vinte anos a contar do depósito. Percebe-se que a licença compulsória presta-se para retomar o equilíbrio do direito à saúde, por meio do acesso a medicamentos.

Normalmente o tema das licenças compulsórias é colocado em debate diante de um problema de interesse social, demonstrando, dessa forma, a omissão ou falha do Estado diante de políticas públicas preventivas voltadas aos interesses sociais (os famosos debates relacionados ao coquetel de combate à SIDA, no Brasil e na África).

Falta aos países promoverem o seu uso de forma efetiva para que sanem, ainda que parcialmente, dentro das condicionantes internacionais e nacionais, problemas na área de saúde; por outro lado, os países em desenvolvimento, que têm uma melhor condição temporal, orçamentária e científica, em nome dos parâmetros internacionais assumidos e do princípio da solidariedade, devem colaborar com outros países para o acesso a medicamentos.

O TRIPS, como um dos anexos da OMC, compõe o regime internacional de proteção ao direito das patentes farmacêuticas, já que estabelece um conjunto de regras e flexibilidades como parâmetros mínimos para a atuação estatal. Mesmo que o objetivo seja a proteção do direito da propriedade intelectual sobre o invento, necessária a harmonia dessa proteção com dispositivos relacionados aos direitos humanos, como o acesso a medicamentos. Em decorrência têm-se flexibilidades ou exceções às regras para a salvaguarda da saúde.

Ocorre que não bastam as flexibilidades estarem estabelecidas no TRIPS, necessário que sejam incorporadas pelo ordenamento jurídico nacional e efetivamente colocadas em prática. Relevante também que nacionalmente os países estabeleçam e exerçam programas políticos empresariais voltados para o acesso a medicamentos.

Percebe-se que os países em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento relativo possuem uma desvantagem pro-

gramática, orçamentária, temporal e científica/tecnológica. Dessa forma, mesmo que esses países adotem a postura de efetivar as flexibilidades do TRIPS, não alcançam a plenitude, eis que lhes falta desenvolvimento em pesquisa para a eficácia daquelas medidas.

Importante verificar que o uso da licença compulsória resolve o problema específico, mas não fomenta o desenvolvimento do país para o setor farmacêutico. Para tal, basta analisar o conceito das motivações, em que a emergência é caracterizada por uma catástrofe natural, uma guerra ou uma epidemia e práticas anticompetitivas para corrigir preços excessivos ou qualquer outra prática abusiva à concorrência. Não se pode relacionar o, eventual, intenso uso da licença compulsória com o desenvolvimento ou com o saneamento de questões sociais.

4.1. O direito administrativo e a licença compulsória

É conhecido que ao Estado cabe prover a finalidade pública, que, entre outros conceitos, corresponde ao cumprimento da própria ordem jurídica. Essa atividade equivale à função pública, que é exercida por atos vinculados e discricionários quando atua como ente ordenador (fiscalização, guarda), prestacional (execução dos direitos, destacando-se os fundamentais) e regulatório (por ato legislativo ou administrativo para a boa prestação da atividade anterior); mas, mesmo os discricionários devem obediência à liberdade legal.

O exercício dessa função administrativa corresponde a uma atividade dentro da estrutura do ente público; destaca-se o Poder Executivo, eis que cabe a este o ônus maior de planejar, executar e monitorar, na esfera preventiva e incidental, as funções perante a sociedade. Equivale, para Marçal Justen Filho (2005, p. 29), “ao conjunto de poderes jurídicos, destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais,

cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.”

Quando o doutrinador relaciona a função pública com os direitos fundamentais o faz em respeito à Constituição Federal, a qual enumera muitos direitos, mas oferece destaque aos fundamentais. Destaque que é exteriorizado pela eficácia imediata e pelo fundamento na construção dos direitos humanos.

O fundamento do direito administrativo é o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, em que os interesses privados não se sobrepõem aos públicos. Esse entendimento deve estar conjugado com o que a Constituição Federal destaca, ou seja, os direitos fundamentais.

Com o mesmo entendimento, no sentido de que a conceituação do interesse público, do que seja ordem pública, aquilo que deva ser tratado como de urgência e relevância, Tércio Sampaio Ferraz Junior (1995, p. 10) estabelece que a finalidade pública é o lugar comum. O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com aparato administrativo, nem com o do agente público, mas sim com a Constituição Federal.

Héctor Jorge (1989, p. 242), sobre interesse público, declara que:

“El interés público, entendido com el carácter y el sentido que lê hemos asignado, no tiene uma entidade ontológica, sustancial, diferente a la que presenta el interés individual: ambos son, en este aspecto, similares. La única diferencia entre ellos radica en que mientras que el interés público es el resultado de la sumatoria de un número mayoritario de intereses individuales coincidentes, el interés individual pertenece a la persona.”

Denota-se, das exposições dos autores, que um conceito estanque não existe, mas que a conceituação pertence ao Direito Constitucional, com destaque aos direitos fundamentais, por meio da eficácia imedia-

ta. Assim, se o exercício de um direito, que pode ser a saúde, depende da decretação de licença compulsória, esta deve ser realizada como medida de direito.

Ao Estado direcionam-se duas responsabilidades: uma para com a sociedade e outra para com os detentores da titularidade de um medicamento, por exemplo. No sentido de que se deve cumprir com o direito fundamental à saúde, por meio da licença compulsória, eis que é uma obrigação estatal usar de todos os meios necessários e de uma forma gradual, no sentido de que a medida satisfatória e menos onerosa deva ser aplicada. Por outro lado, tem-se a responsabilidade ante os detentores e ao próprio sistema jurídico, no sentido de que os requisitos legais exigidos devem ser observados, não de modo a ser oposto aos direitos fundamentais, mas uma oposição ao estado, o qual deve agir de modo preventivo e incidental.

Atente-se, então, que o cumprimento da Lei é o instrumento físico em que lança o texto legislativo, enquanto que norma jurídica é o comando que versa sobre uma conduta dirigida, resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto da lei. Ainda assim, a lei deve obedecer ao princípio da constitucionalidade. Nesse ínterim, necessário que ocorra uma interpretação sistemática, já que a disciplina jurídica depende do conjunto das normas jurídicas, as quais podem impor a restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.

Esta relação entre os diversos interesses para Marçal Justen Filho (2005, p. 43):

“Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. Esse modo de enfrentar o problema é incorreto, já

que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Portanto, a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado. (...) Tudo evidencia que a questão não reside num interesse público, de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.”

Ocorre que as licenças compulsórias não são utilizadas no Brasil; na realidade, apenas uma vez, após a Constituição Federal; e nesse uso os critérios para a sua concessão não foram cumpridos pelo Brasil. Agiu o estado brasileiro dentro de sua função discricionária.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 16) estabelece que a discricionariedade corresponde a um poder concedido ao Poder Público para o exercício de atos administrativos com liberdade sobre a conveniência, oportunidade e conteúdo. De modo contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 396) alega que a discricionariedade é uma margem de liberdade estabelecida por lei à autoridade coatora para que esta cumpra com a própria ordem jurídica, diante de um caso concreto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 205) esclarece que a discricionariedade é quando a autoridade pública, diante do caso concreto, possui, de acordo com a lei, liberdade relacionada a critérios de oportunidade e conveniência, com a liberdade de escolher entre uma e outra situação, ambas válidas para o Direito.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 154):
“A discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza

pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto (...) A diferença entre interpretação e discricionariedade reside na opção adotada pelo legislador. A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador do encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou poder de realizar a escolha. Já a interpretação corresponde a uma tarefa de (re) construção de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. O intérprete não atribui sua conclusão a um juízo de conveniência próprio, mas ao sistema jurídico. Na interpretação, o aplicador não revela a vontade do legislador, mas a vontade legislativa que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo. Na discricionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução predeterminada previamente ao caso concreto.”

O agir pela discricionariedade corresponde a uma liberdade concedida pela lei e que deve ter por parâmetro a lei, destacando-se a Constituição Federal. Assim, não corresponde a uma oposição a impossibilidade de agir ou mesmo uma oposição a agir a partir de critérios pessoais.

Esclarece Francisco Campos (1953, p. 71) que:

“No exercício do poder regulamentar, a administração não pode, portanto, sob o pretexto de lacunas na lei a ser executada, dispor em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo, ainda que se limite à criação de meios e instrumentos destinados à realização de uma finalidade, que a lei se cinge a formular em termos vagos e gerais.”

Portanto, a lei concessiva do poder regulador não pode ter a característica de um cheque em branco. Ainda que mediante prescrições genéricas ou conceitos indeterminados, deve precisar os parâmetros, condições, extensão e alcance daquilo que deva ser objeto da regulação.

4.2. Critérios concessivos da licença compulsória

O Art. 31 do TRIPS estabelece que a licença compulsória é o direito dos países de legislar dentro de seus próprios critérios de ordem pública, em que se permite o uso por terceiro sem o consentimento do titular. O TRIPS fala em “outro uso sem autorização do titular dos direitos objeto de patente”. E, no artigo 37.2, refere-se à licença não voluntária.

No Brasil, por meio da Lei de Propriedade Industrial – 9.279/1996, não é diferente:

“Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

§ 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se

nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no art. 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 4º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 5º A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente.”

O terceiro pode ser um governo ou um terceiro autorizado pelo governo. O governo ou qualquer que realize atividade pública, como o acesso a medicamentos, em nome do governo, responde dessa forma, como se ente público fosse, ou seja, qualquer ato abusivo ou com desvio de finalidade é absorvido pela responsabilidade objetiva.

São estes os requisitos:

a) mérito individual, concreto, específico (31, a): a concessão da licença compulsória destina-se ao restabelecimento da saúde pública sobre um fato isolado, próprio ou específico;

b) autorização com razoável condição comercial e dentro de um prazo adequado: inicialmente o estado deve propor acordo para obter a autorização e esta deve estar acompanhada de uma condição comercial ao detentor da titularidade que lhe seja razoável, caso contrário, pode, aquele,

reclamar por lucros cessantes. E o prazo adequado deve ser aquele suficiente para o restabelecimento da situação da saúde pública sobre o caso em concreto;

c) emergência nacional, extrema urgência ou uso público não comercial: estes critérios atendem ao cumprimento do direito fundamental à saúde, que possui eficácia imediata e deve ser prestado pela atuação preventiva e incidental. Como será prestado para um atendimento público, deve estar desvinculado de qualquer atividade comercial, ou seja, o estado não poderá prosseguir com fins lucrativos e não poderá aproveitar-se do conhecimento adquirido para desenvolver outros medicamentos ou mesmo um genérico. Deve, em que pese a dificuldade, manter o segredo industrial do detentor da respectiva patente:

“Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação. (Lei da Propriedade Industrial);”

d) uso, objeto da autorização: trata-se do exercício de função pública vinculada, ainda que com liberdade discricionária. O decreto deve estabelecer a motivação que é o objeto da concessão da licença compulsória e todo ato acessório cessa com a finalização do principal que é o objeto do decreto;

e) não exclusivo: é apenas uma licença do tipo temporária e compulsória, sem a transferência de titularidade ou mesmo a sua cessão;

f) intransferível: a titularidade não se transfere e o uso também é intransferível,

já que está vinculado ao caso concreto de restabelecimento da saúde pública;

g) para o mercado interno: não se pode usar a licença compulsória para cooperar com outro estado por meio da importação paralela, eis que o uso é para o restabelecimento da ordem pública nacional;

h) remuneração: adequada, tendo em vista o valor econômico da licença, o qual relaciona-se ao valor de mercado do medicamento. Caso contrário, passível de lucros cessantes ou enriquecimento ilícito sobre propriedade de terceiro;

i) recurso: o detentor da titularidade tem o direito constitucional ao acesso ao Poder Judiciário e às vias administrativas, bem como a recurso à autoridade superior;

j) para correção política anticompetitiva e desleal: a licença compulsória pode ser utilizada para provocar a acessibilidade e, também, para inibir práticas anticompetitivas como as com preços abusivos de medicamentos, desde que seja decretada depois de decisão judicial ou administrativa. Nesse caso, pode permanecer com a licença compulsória se a situação for tendente a acontecer novamente; e

l) exploração de patente dependente: corresponde a uma licença cruzada, em que o titular da patente de referência está habilitado a receber uma licença compulsória com o objetivo de uso da invenção da patente derivada.

O ato do licenciamento é uma fase; após esta, há o desenvolvimento e distribuição do medicamento para o atendimento da necessidade respectiva. Ocorre que a responsabilidade estatal vai além, ou seja, alcança o desenvolvimento, muitas vezes, do medicamento. E para tal, necessário, uma vez mais, que o Estado tenha, preliminarmente, condições tecnológicas e financeiras para desenvolver o medicamento e, eficientemente, restabelecer as condições de saúde pública.

Caso o Estado não atente para as exigências legais, a sociedade pode vir a responder e pagar por essa má administração

da política pública como decorrência de possíveis acionamentos da iniciativa privada em face do desrespeito à propriedade e à livre iniciativa. E mais, o Estado que não atenda aos requisitos do licenciamento compulsório, por faltas técnicas e financeiras, deixa de atender ao desenvolvimento sustentável.

5. Conclusões

Os Estados Unidos exploram a propriedade intelectual na esfera nacional e internacional. Na primeira, buscam o equilíbrio entre interesses privados e sociais, por meio do interesse público; tanto é que a Constituição americana estabelece que a propriedade intelectual deve servir ao progresso; contudo, na esfera internacional, buscam, com destaque para o TRIPS-plus, apenas o retorno, não se importando com os interesses de países em desvantagem econômica.

Interessante observar que o Brasil pratica o contrário: uma política nacional retraída, mas uma política internacional progressiva. No caso das licenças compulsórias, o Brasil é signatário dos principais tratados e consente com as negociações das principais organizações internacionais. Todavia, ao aplicar o que incorporou como resultado do consentimento com a ordem internacional, é ineficiente.

Conhece-se a importância da concessão de patentes aos produtos fármacos não como uma área especial, mas como uma forma de motivar o desenvolvimento de fórmulas que satisfaçam também os problemas na saúde das pessoas e animais. Por certo essa constatação causa controvérsias e/ou críticas; de qualquer forma, sem a respectiva proteção, o mercado de inovação e, em especial, o mercado de medicamentos, não teria a mesma aparência de hoje. Na realidade poderia discutir-se até mesmo a desnecessidade da respectiva proteção, desde que os Estados assumissem o lugar da iniciativa privada.

Em que pesem esses esforços da ordem internacional, a proteção aos direitos da propriedade, sobre fármacos, é recente: Japão em 1976; Suíça em 1977; Espanha, Portugal, Grécia e Noruega em 1992. Até o fim de 1989, perto de quarenta países não tinham ainda alguma forma de proteção para os medicamentos. (GILLAT, 2003, p. 6)

Nessa conjuntura a concessão de licença compulsória presta-se à proteção de direitos humanos como o da saúde. Em virtude dessa conclusão, a concessão de licença compulsória passa a ser uma obrigação para o país. Mas, mesmo diante da realização do acesso a medicamentos, tem-se a necessidade e a possibilidade de reclamação, por parte dos detentores, diante do uso da licença sem o atendimento dos requisitos estabelecidos pela lei.

Não objetiva este trabalho desenvolver a defesa da esfera pública ou da privada, mas apenas demonstrar que a ordem jurídica serve a ambas, eis que são todos direitos humanos (propriedade e acessibilidades) que merecem proteção e amparo do próprio estado nas esferas preventiva e incidental.

Espera-se que, conjuntamente com as concessões de licenças compulsórias, os estados primem pelo desenvolvimento sustentável. Uma e outra atuação não são alternativas, mas obrigatórias; uma e outra são prioridades e devem ser tratadas como matéria de urgência e relevância e como elemento fundamental da ordem pública nacional. Em suma, se à iniciativa privada esses conceitos podem ser opostos, podem também opostos contra os estados signatários dos acordos internacionais.

Referências

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento. Matéria reservada à competência do Poder Legislativo - limites do

poder regulamentar – direitos e garantias individuais. *Revista Forense*, mar./abr. 1953.

CARVALHO, Patrícia Luciane. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. v. 1 e 2. Curitiba: Juruá, 2005 e 2008.

CORIAT, Benjamin; ORSI, Fabienne; D'ALMEIDA, Cristina. *TRIPS and the international public health controversies: issues and challenges*. Estados Unidos: Industrial and Corporate Change Advance Access published. November 27, 2006, doi: 10.1093/icc/dtl029.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público. Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*. n. 1. São Paulo: Centro de Estudos, 1995.

GILLAT, Adi. *Compulsory licensing to regulated licensing: effects on the conflict between innovation and access in the pharmaceutical industry in food and drug law journal*. The Food and Drug Law Institute, 58 Food Drug L.J. 71, 2003.

JORGE, Hector. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LILLA, Paulo Eduardo. *Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS (Trade-Related Intellectual Property Rights) – OMC: implicações concorrenciais*. Monografia de conclusão de curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

OXFAM. *Patentes contra pacientes*. Disponível em: <www.maketradefair.org>. Acesso em: 04 dez. 2006.

A (des)utopia da liberdade e igualdade

Possibilidades de sentido para construção de jurisdições constitucionais democráticas

Valéria Ribas do Nascimento e
Jose Luis Bolzan de Moraes

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Do Estado Liberal ao Estado Social “igualitário”: notas sobre a jurisdição e o processo no caminho da (im)perfeição democrática. 2.1. Apontamentos sobre a liberdade e igualdade: a (des)utopia conceitual nos Estados contemporâneos. 2.2. A jurisdição e o processo: ressignificações democráticas e o constitucionalismo. 3. Da jurisdição constitucional liberal à jurisdição constitucional social: a (re)construção de sentido do constitucionalismo. 3.1. A jurisdição constitucional e a (re)definição do constitucionalismo. 3.2. Contra um “Leviatã” global e as “virtudes cosmopolíticas” em/para jurisdições constitucionais democráticas. 4. Considerações finais.

Valéria Ribas do Nascimento é doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e UNISINOS; Advogada.

Jose Luis Bolzan de Moraes é mestre pela PUC/RJ, Doutor em Direito do Estado pela UFSC/Université de Montpellier I e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Coordenador e professor do PPGD/UNISINOS; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da UNILE - Lecce - Itália; Consultor da Escola Doutoral Túlio Ascareli - Roma Tre e professor convidado das Universidades de Roma “La Sapienza”, Roma Tre, Napoli e Salerno. Pesquisador do CNPq, FAPERGS. Consultor *ad hoc* do MEC/SESu/INEP, CAPES e CNPq. Coordenador do Círculo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM) e Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

Eles o chamam de Zé-Ninguém ou Homem Comum. Dizem que esta é a alvorada do seu tempo, a “Era do Homem Comum”. (...) Um médico, um sapateiro, um mecânico, ou um educador terá de conhecer suas deficiências se quiser realizar seu trabalho e com ele ganhar a vida. Já há algumas décadas você vem assumindo o controle, em todas as partes do mundo. O futuro da espécie humana dependerá dos seus pensamentos e atos. No entanto, seus mestres e senhores não lhe dizem como você realmente pensa e o que você realmente é; ninguém ousa confrontá-lo com a única verdade que poderia fazer de você o senhor inabalável do seu destino. Você é “livre” apenas sob um aspecto: livre da autocrítica que poderia ajudá-lo a governar sua própria vida (...). (Wilhelm Reich - Escute Zé-Ninguém!)

1. Considerações iniciais

A temática deste trabalho, inicialmente, remete à questão da utopia. Palavra conceituada, por meio dos radicais gregos, como um “não lugar” ou “lugar que não existe”,

essa mesma definição pode adquirir diferentes interpretações, tanto em sentido negativo como em sentido positivo. No decorrer do texto é apresentada a ideia de invenção da utopia, como uma perspectiva relacionada ao permanente processo de modificação (SOUZA, 2007). Por isso, também se ressalta a “desutopia constitutiva” (NEGRI, 2002).

Na verdade, abordar os princípios da igualdade e liberdade é extremamente complexo, tendo em vista não só a extensa bibliografia sobre o tema, como também as próprias pré-compreensões dos pesquisadores envolvidos. Dessa forma, como o próprio título indica, busca-se demonstrar algumas possibilidades de sentido desses preceitos no decorrer da evolução estatal, bem como trazer questionamentos sobre a prevalência de um ou de outro no decorrer do tempo. Além disso, são elencadas algumas alternativas para que prevaleça a democracia e, junto com ela, uma maior igualização social. Entre essas propostas está a implementação de jurisdições constitucionais voltadas à efetivação dos direitos sociais.

No item 1 se faz uma relação entre a evolução do Estado Moderno, desde sua primeira versão absolutista, passando pelo Estado Liberal, Estado Social até o Estado Democrático de Direito. Por meio desses apontamentos é possível perceber como se alternavam as narrativas, a favor ou contra, a prevalência de um ou outro princípio. Com Immanuel Wallerstein constata-se que tanto o liberalismo como a democracia foram utilizados como palavras-ônibus, reunindo diversas cores partidárias (WALLERSTEIN, 2002, p. 123). Com efeito, o que se verifica é o permanente processo de (im)perfeição dos Estados Iluminados pelo paradigma racionalista.

Dessa maneira, desenvolvem-se alguns passos sobre a história da jurisdição e do processo para tentar demonstrar os motivos pelos quais, ainda hoje, prevalece uma atuação jurisdicional declaratória,

mais preocupada em constatar a existência de conflitos individuais do que em sanar conflitos sociais. Posteriormente, tenta-se demonstrar as modificações ocorridas nos Estados do pós-guerra, momento em que se desenvolve uma nova concepção do constitucionalismo e da própria jurisdição. Nesse momento, ocorre uma maior tutela dos direitos fundamentais, alçados a pedestal normativo dos Estados contemporâneos.

No item 2, pretende-se relacionar Estado, jurisdição e o constitucionalismo visando à (re)construção de sentido do Direito Constitucional, atualmente imerso em um inevitável processo global, que altera os elementos constitutivos do próprio Estado e, junto com isso, os elementos formadores do constitucionalismo. É desenvolvida uma abordagem em torno do pensamento de Canotilho, quando este refere sobre as Constituições civis e a necessidade de se trabalhar com o que chama de interconstitucionalidade.

Vale observar que o surgimento do Estado de Direito Moderno coincide com as ideias capitalistas e liberais; por esse motivo, quando se trata da globalização econômica atual, da mesma maneira é necessário se questionar sobre formas de se deter a exploração e a desigualdade provenientes desse sistema.

Assim, destaca-se a atuação do Poder Judiciário influenciado pelas “virtudes cosmopolíticas”, ou seja, uma jurisdição constitucional voltada ao reconhecimento das diferenças, da tolerância e da harmonização, ressaltando a preocupação com a igualização e inserção popular no processo jurisdicional. Nessa linha de orientação, são elencados alguns julgados que visam demonstrar a necessidade de se preservar a jurisdição constitucional dos Estados nacionais.

Desse modo, mesmo ressaltando que um dos motivos mais claros para que a liberdade não tenha levado à igualdade seja a manutenção do paradigma racionalista e iluminista do século XVII e XVIII, tanto

pelas Instituições estatais como pela própria sociedade, pretende-se uma (re)leitura sobre a jurisdição e o constitucionalismo, na busca de possibilidades de sentido para implementações sociais democráticas.

2. *Do Estado Liberal ao Estado Social "igualitário": notas sobre a jurisdição e o processo no caminho da (im)perfeição democrática*

Ao pensar a história da evolução do Estado, em seus diversos modelos desenvolvidos na modernidade, é possível perceber um rompimento, a partir das teorias contratualistas, em que a política rejeita qualquer ideia de finalidade inata ao Estado¹. Este é produto definido pela racionalização do poder que objetiva atender aos anseios de segurança, certeza e previsibilidade exigidos pelas emergentes sociedades de massa.

Cabe pontuar que falar de Estado² significa discorrer acerca das condições de possibilidade de sua compreensão desde seu nascimento até a contemporaneidade, salientando-o como uma experiência moderna, que se inaugurou na passagem do medievo.³

¹ Salienta-se que este trabalho adota a concepção de Estado baseada em Heller, ou seja, busca entender o Estado enquanto realidade, como formação histórica a partir de suas ligações com a realidade social. Dessa forma, não é possível uma Teoria Geral do Estado, mas apenas uma Teoria do Estado, daquele Estado concreto, inserido em sua totalidade e realidade específicas (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 20).

² Segundo Reinhold Zippelius (1997), a realidade do Estado não se esgota inteiramente com fatos insensíveis a valores, nem tampouco na projeção de um normativismo extremo com um sistema de normas puro, alheio a todas as realidades sócias.

³ Antes do medievo, pode-se citar outras formas estatais pré-modernas, entre elas: Oriental ou teocrática, Polis Grega, Civitas Romana, etc. Sublinha-se que inúmeras teorias existem para explicar e justificar a origem do Estado. Além da vertente contratualista, podem ser mencionadas outras perspectivas, tais como a de Augusto Comte, em que a origem está na força do número ou da riqueza; outras correntes psicanalíticas relatam que a origem do Estado está na morte, por homicídio, do irmão ou no complexo de Édipo. No entanto, o trabalho ora desenvolvido

De fato, quando aconteceu o momento de ruptura entre a civilização e a barbárie, o que se percebeu foi a necessidade de se enfrentar os novos dilemas sociais que surgiam ao longo do tempo. Por isso, o modelo estatal não foi absoluto, ocorrendo modificações paradigmáticas no decorrer da história. Do Estado Absolutista se passou ao Estado Liberal; posteriormente, ao Estado Social até o atual Estado Democrático de Direito. Ocorre que o modelo estabelecido na Idade Moderna foi marcado por um relevante momento histórico, iniciado no século XVIII, que se denominou Iluminismo ou "século das luzes". Na época, predominou o progresso das ciências matemáticas, da técnica e a emancipação das ciências humanas da filosofia. Mas, ao mesmo tempo, o Iluminismo produziu uma visão unilateral, pois estabeleceu que a razão era a única explicação para as coisas do universo (STEIN, 2006, p. 41).

É possível perceber que o desenvolvimento do racionalismo iluminista tenta, de todas as formas, buscar um modelo ideal de Estado e, junto com isso, um conceito exato de Direito⁴. Uma das peculiaridades do chamado sistema de direito escrito, ou *civil law*⁵, é a implementação da teoria da

parte das teorias contratualistas lato sensu (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 23-24).

⁴ Para compreender nossa formação jurídica, é necessário ter presente os vínculos existentes entre o sistema e as fontes européias que o alimentam, especialmente a herança que nos foi transmitida pelo direito ilustrado, de influência marcante no Direito moderno, cujos traços essenciais, no entanto, podem-se encontrar nas fontes romanas (SILVA, 2004, p. 35).

⁵ Há, no mundo ocidental contemporâneo, dois principais sistemas de direito: o sistema continental e o da *common law*. O sistema continental tem como base o estudo do direito romano, por meio da interpretação do *Corpus Juris Civilis*, elaborado por determinação do imperador Justiniano (527 a 565 d.C.), no qual as regras de direito são vistas como regras de conduta geral, sendo a principal fonte a lei escrita. Na *common law*, que abrange o direito inglês e aqueles que se organizaram a partir dele, como por exemplo, os EUA e Austrália, segue-se a regra do precedente. Nesta, o que se pretende é solucionar um caso concreto e tomá-lo como parâmetro para solução de outros casos. A principal fonte do direito é a jurisprudência (DAVID, 1996).

“separação de poderes”, com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo Poder Legislativo (SILVA, 2004, p. 35). Todavia, com o passar do tempo perceberam-se as deficiências de tal modelo. Conforme Franz Kafka (apud SOUZA, 2007, p. 11-12): *só há um ponto fixo. É a nossa própria insuficiência. É daí que devemos partir.*

Desse modo, é interessante trazer a metáfora sugerida por Edson Luis André de Souza sobre a sapataria. Refere o autor que entrar em uma sapataria talvez seja uma das experiências mais fortes da imperfeição do mundo. Os sapatos fora de ordem, o cenário precário e sublime resistindo à velocidade do capital e das mercadorias, o pó e o cheiro da graxa nos lembrando uma outra química do tempo. Naquele local surge a lembrança que o corpo tem feridas e cicatrizes, que a vida é repleta de curativos, que os sonhos envelhecem e que inevitavelmente os objetos estragam (SOUZA, 2007, p.12).

A vida humana, e conseqüentemente a evolução social e estatal, é cheia de tropeços que restauram a humanidade, muitas vezes esquecida pela incessante razão iluminada na busca da perfeição. Como pontua Jean Frémon (apud SOUZA, 2007, p. 12), *a perfeição é uma superfície muda que abandonou a vida, a perfeição é de um outro mundo na porta do qual está escrito: não se entra!*

Essa metáfora quer demonstrar que o paradigma racional e iluminista, que pretendeu por meio da segmentação a busca da certeza, atualmente evidencia uma perda de sentido nas áreas do conhecimento, como por exemplo: o Direito, a Sociologia, a Economia, entre outras, mas também acarretou um vazio existencial, o que leva à ansiedade, ao stresse, entre outros problemas nos cidadãos que compõem a coletividade da *pós-modernidade*⁶ (LIPOVETSKY, 2005, p. 65-78).

⁶ O uso do termo pós-modernidade é controverso quanto ao seu significado e pertinência. Tais correntes resultam da dificuldade de verificação dos

Essa mesma coletividade espera do Estado normas que venham suprimir seus medos e temores. Ocorre que, quando se discute sobre as funções do Estado, entre elas a função de elaborar leis e de julgar, necessariamente se fala dos homens, estes é que atuam na realização do direito. Por isso, Castanheira Neves (2000, p. 837-871) afirma que talvez a atual situação problemática do direito encontra-se na busca do sentido e de alternativas para o direito enquanto direito. Dessa forma, quando se questiona sobre quais os fatores que contribuíram para que a valorização da liberdade individual – princípio ovacionado durante o Estado Liberal – não tivesse como consequência uma maior igualização, mas sim um aumento da desigualdade, na verdade, se indaga sobre uma rede complicada de motivos existentes desde a primeira versão do Estado de Direito.

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, *um dos fatos históricos reveladores do vínculo entre Estado de Direito e capitalismo está na circunstância de ambos terem-se dado simultaneamente.* A passagem do medievo ao Estado Moderno teve seu ponto de apoio no Direito. Esse é um detalhe a ser considerado no percurso da modernidade (SILVA, 2004, p. 304). Por isso, no decorrer do texto serão apresentadas algumas colocações sobre o desenvolvimento do Estado de Direito Liberal, no qual prevaleceu, em tese, o princípio da liberdade, até a emergência do Estado Social que visa à igualdade como princípio basilar de sua estrutura.

processos em curso com suficiente distanciamento. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1998, 2001), um dos principais popularizadores do termo Pós-Modernidade, utiliza-o no sentido de uma forma póstuma da modernidade, preferindo ainda a expressão “modernidade líquida”, na qual tudo o que é sólido se desmancha no ar. O filósofo francês Gilles Lipovetsky, por sua vez, opta pelo termo hipermodernidade, por considerar não ter havido de fato uma ruptura com os tempos modernos, como o prefixo pós sugere. Segundo Lipovetsky (2005, p. 65-78), os tempos atuais são modernos, com uma exarcebação de certas características, tais como o individualismo, o consumismo, a ética edonista, a fragmentação do tempo e do espaço.

Será demonstrado a seguir, tanto em um modelo como em outro, que a permanência da (im)perfeição é uma constante; talvez somente ultrapassada pela invenção da (des)utopia.

2.1. Apontamentos sobre a liberdade e igualdade: a (des)utopia conceitual nos Estados contemporâneos

A palavra utopia tem como um conceito comum a ideia de civilização perfeita. Pode referir-se a uma cidade ou a um mundo, sendo possível tanto no futuro quanto no presente. A designação foi criada a partir dos radicais gregos que designam um “não-lugar” ou “lugar que não existe”. Primeiramente, citada por Thomas More, serviu de título para uma de suas obras para designar um lugar puro, onde existiria uma sociedade ideal. A partir dessa ideia pode-se fazer várias interpretações e extrair muitos significados.

O desejo de utopia é apresentado pelo psicanalista Souza (2007, p. 30), em uma perspectiva relacionada ao inacabado e à permanente reinvenção. Com isso, o autor quer demonstrar que, por meio da busca pelo ideal, mesmo aparentemente inatingível, pode ser possível a criação e a invenção de novas perspectivas para a sociedade. É interessante observar que o mencionado psicanalista cita Antonio Negri e a “desutopia constitutiva”.

Negri (2002, p. 433-447) busca com o conceito de “desutopia constitutiva” se opor à autoridade perversa e moralista da justa medida do sonho de cada um e do sonho coletivo. Mostra o inacabado processo constituinte e a abertura de projeto futuro. Para o filósofo e cientista social italiano, a “desutopia constitutiva” é um conceito possível do poder constituinte, ou seja, a utopia de um fracasso ou criação temporal que continua a alimentar um sonho. *Romper esta burocracia é fundamentalmente produzir novas metáforas. A utopia, neste sentido, tem que ser pensada dentro de uma química das metáforas* (SOUZA, 2007, p. 33). É possível

perceber que a relação entre o sonho e a realidade atual pode mesclar-se por meio da (des)utopia, que demonstra o incessante processo de ir e vir: ir ao sonho, voltar à realidade, ir à realidade, voltar ao sonho.

A formação da sociedade atual, baseada totalmente na razão, por vezes, fez com que se anesthesiasse a imaginação. *É assim que se desenvolveu o trabalho de todas as ideologias⁷, na medida em que se pode conceituá-las como mecanismos de interpretação e orientação da práxis coletiva. Em outras palavras, formas que aniquilam fundamentalmente o tempo. A crise busca recuperar parcialmente este tempo. Ela surge como a força da esperança* (SOUZA, 2007, p. 33).

Nesse sentido, Marc Jimenez evoca o princípio da esperança e sustenta que *toda obra de arte teve e ainda tem uma janela utópica por onde podemos ver a paisagem no processo de constituição* (SOUZA, 2007, p. 33). Toda utopia coloca em discussão um desejo, assim surge o termo desenvolvido por Roger Dadoun: *desejo de utopia* (SOUZA, 2007, p. 33). Assim, movido pelo desejo de uma sociedade igualitária, Immanuel Wallerstein (2002, p. 137) afirma que, se a inclusão hoje é difícil, a exclusão é imoral.

Entretanto, antes de mencionar algumas (res)significações, atualmente, ocorridas com o princípio da liberdade e igualdade, vale observar superficialmente certos aspectos desenvolvidos ao longo da história do Estado.

A visão do Estado na tradição contratualista mostra a instituição estatal como criação artificial dos homens, apresentando-o

⁷ O conceito de ideologia e utopia é desenvolvido por Ovídio Araújo Baptista da Silva na obra *Processo e Ideologia*. Citando Karl Mannheim, Silva afirma que, *enquanto o pensamento ideológico identifica-se com o passado que insiste em perenizar-se, a utopia procura introduzir na realidade algo que seria desejável, porém ainda inexistente, que o pensamento utópico imagina já realizado na situação presente. Enquanto a ideologia contém um cariz essencialmente conservador, as utopias – distorcendo igualmente a realidade – têm sentido revolucionário. Segundo Mannheim, qualquer situação histórica produzirá utopias, pois a relação entre utopia e a ordem existente aparece como uma relação dialética* (SILVA, 2004, p. 23).

como um instrumento da vontade racional dos indivíduos. Essa escola floresce no intercurso dos séculos XVI a XVIII, sendo que a estrutura básica se dá pela contraposição entre Estado de Natureza e Estado Civil, mediada pelo Contrato Social. Destaca-se que o Estado Moderno é uma inovação, porque o poder passa para uma Instituição, que possui um titular: o Estado, sendo o território, a nação, mais potência e autoridade suas condições de existência. Ou, para citar uma definição corrente e autorizada: o Estado é composto por *um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes* (MORTATI apud BOBBIO, 2003, p. 94).

Assim, na sua versão absolutista, o Estado concentrava os poderes nas mãos do monarca, o que permitia personificá-lo na figura do rei. A centralização de poder foi essencial para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o soberano. Todavia, na virada do século XVIII, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico, queria também o político, até então privilégio da aristocracia. Assim, ocorreram as revoluções burguesas, e, a partir delas, o surgimento de um Estado de Direito Constitucional⁸, o qual visava a proteção dos direitos fundamentais individuais e limitava o poder à Carta Maior de determinado Estado.

⁸ No tocante à recuperação histórica do Direito Constitucional, salienta-se a obra de Nicola Matteucci intitulada *Organización del poder y libertad*. Este livro traz um relato da história dos poderes, instituições, agrupamentos e comportamentos políticos, explicando tanto o constitucionalismo histórico como o atual, estudando o passado para entender o presente. Desde seu início, o constitucionalismo caracteriza-se por constituir, em determinado território, um sistema político, uma cultura jurídica e um sistema de liberdades antes do poder, de garantias antes da instituição, de autonomia antes do agrupamento e de subjetividade e prioridades antes do comportamento de participação. A história política guarda estreita relação com a liberdade, pois esta resulta da ação dos poderes.

Essa intervenção estatal, basicamente, ocorre por meio do Direito caracterizado pelo paradigma racionalista, sendo que, nas palavras de Savigny, os juristas práticos deveriam abandonar o exame dos casos concretos, dada a extrema complexidade de que eles se revestem, subordinando-os a “regras gerais”. Conforme o autor, *não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do Iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social* (SILVA, 2004, p. 38).

Entretanto, mesmo com esse exagerado dogmatismo evidenciado acima, o Estado de Direito Liberal apresenta-se como uma evolução em relação ao modelo anterior absolutista. Por meio do Direito e do desenvolvimento do constitucionalismo, o poder estaria limitado e possuiria uma subdivisão em funções, bem como estariam tutelados os direitos e garantias fundamentais.

O mencionado modelo estatal se desenvolveu, primeiramente, nos países que iniciaram as revoluções liberais, como a França e os Estados Unidos. Isso levou Alexis de Tocqueville⁹ a viajar aos EUA no século XIX, para realizar pesquisas sobre a sociedade liberal americana. Ele pontua que uma das vantagens dos americanos foi o fato de a democracia ter chegado sem a necessidade de revoluções democráticas, pois os americanos nasceram iguais, em vez de terem se tornado (TOCQUEVILLE, 2000, p. 124). Não havia a diferença entre

Segundo Matteucci, o constitucionalismo é cultura, uma cultura com três dimensões: jurídica de liberdade; judicial de garantias e adjudicações; e política de mandatos, responsabilidades e controles. Se essas características não estiverem presentes, não há constitucionalismo, até poderá haver sistema jurídico, mas não constitucionalismo. Constitucionalmente, não há acesso a poderes sem travessia de direitos e não se pode dizer que um Estado é constitucional simplesmente por pertencer a um tempo (MATTEUCCI, 1998).

⁹ Não será objeto do presente trabalho aprofundar a discussão sobre a obra de Tocqueville. Conforme Jon Elster (2001, p. 111), não se considera que Tocqueville tenha sido uma figura muito importante no desenvolvimento das ciências sociais. Escreveu como um historiador.

nobres, aristocracia e burguesia. Igualmente, refere que *o individualismo é de origem democrática, e ameaça desenvolver-se à medida que as condições se igualam* (TOCQUEVILLE, 2000, p. 119).

Deve-se destacar o fato de que Tocqueville, quando escreve que os americanos nasceram iguais, não menciona a escravidão e grande discriminação racial que germinou já no início da história “democrática” dos Estados Unidos. Com efeito, o que o referido pesquisador quer dizer é que os homens que viviam nas eras aristocráticas estavam ligados de uma maneira íntima a algo que estava posto, como por exemplo a origem familiar. Isso os fazia esquecer, muitas vezes, seus próprios desejos e vontades. Nas eras democráticas, ao contrário, a dedicação para com os homens se torna cada vez mais rara.

Tocqueville menciona, várias vezes, a defesa da liberdade e igualdade, como valores essenciais aos americanos, tentando ressaltar as vantagens do sistema democrático que possibilita a tutela desses princípios. Porém, nos EUA é difícil conciliar os dois valores apresentados, sendo que se tem constatado uma prevalência da liberdade, mesmo com o desenvolvimento das *ações afirmativas e políticas envolvendo a discriminação positiva*¹⁰.

Essa discussão em torno da permanência ou não de políticas afirmativas nos EUA remete à complicada relação entre os princípios basilares da revolução francesa do século XVIII: a liberdade, igualdade e

fraternidade. É possível conciliar liberdade com igualdade? E quanto à fraternidade? Pergunta-se: fraternidade entre iguais ou desiguais?

Na verdade, percebe-se que, no decorrer do tempo, *tanto o liberalismo como a democracia são palavras-ônibus. Cada uma delas recebeu múltiplas definições, frequentemente contraditórias*. Wallerstein escreve que os dois termos têm tido entre si uma relação ambígua, principalmente quando começaram a ser utilizados nos discursos políticos modernos. Dessa forma, considera-os como irmãos inimigos, que possuem uma rivalidade fraterna muito intensa; logo, representam iniciativas em direções diferentes (WALLERSTEIN, 2002, p. 123).

Castanheira Neves (2000, p. 51), citando Tocqueville, chega a afirmar que a igualdade sem o correlativo da liberdade *tem sempre por resultado a entrega abdicante a um poder-providência de que tudo depende e que, portanto, também tudo pode – é a raiz social dos despotismos (...)*. Nas diferentes épocas históricas, os irmãos permaneceram a se enfrentar, em constantes ciclos de disputa e aparente conciliação.

No século XVIII, cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar o tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX, à conseqüente mudança do Estado Liberal para o Estado Social.

Entre os principais aspectos que ocasionaram essa nova transição, pode-se citar: motivos de ordem econômica, em razão de a liberdade de mercado propiciar o surgimento de economias de escala que favoreciam posições monopolísticas; as crises cíclicas do mercado capitalista que aprofundavam as diferenças sociais; presença de efeitos externos à produção: poluição, congestionamento, esgotamento dos recursos naturais; conseqüências de ordem política, por meio da luta pelos direitos fundamentais (desenvolvimento

¹⁰ O debate em torno da igualdade formal e material envolve intensas divergências que giram em torno da possibilidade de que as funções estatais estabeleçam determinadas diferenças para que se atinja a igualdade material. Isso remete à questão da reserva de vagas sociais, raciais, para deficientes físicos, etc. A discriminação positiva surgiu nos Estados Unidos na década de 60 para combater a diferença entre os brancos e negros. Entretanto, atualmente, muitos advogados americanos temem que a Suprema Corte reconsidere seu veredito no processo Bakke, no qual se decretou que as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre os alunos. (DWORKIN, 2005, p. 581).

das teorias socialistas); destruição e medo ocasionado pelas guerras, etc. (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 73-74).

Com isso, ocorreu uma maior intervenção no domínio econômico. Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade; da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. No entanto, o alicerce básico do Estado Liberal se manteve, ou seja, a permanência da separação entre trabalhadores e os meios de produção, o que gerava mais-valia da apropriação privada pelos detentores do capital (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 75).

Ainda, na passagem para o Estado Social destaca-se um aumento das atribuições do Poder Executivo e diminuição do Poder Legislativo, devido à necessidade de imediatidade de medidas econômicas para regular o mercado. Ademais, foi derogado o voto censitário pela pressão das massas excluídas, o que causou um aumento das propostas políticas a fim de alcançar o novo eleitorado (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 76). Assim, o Estado passou a intervir em maior escala devido, em primeiro lugar, à vontade da própria burguesia, que se sentia ameaçada pelas tensões sociais existentes e pelo fato de se beneficiar com a expansão do capital por meio das próprias verbas públicas. Cabe pontuar que o princípio de que “todos são iguais perante a lei” é, também, um pressuposto liberal criado pela ideologia capitalista. *A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual* (SILVA, 2004, p. 303).

Nesse viés, Wallerstein sublinha que o discurso liberal racional permaneceu durante o Estado Social “igualitário”. Ao mesmo tempo em que o liberalismo tece imensos louvores ao pontencial de integração dos excluídos, permanece defendendo a minoria. *Mas não é o grupo minoritário que ele defende, é sim a minoria simbólica, o indivíduo racional heróico contra a multidão – isto é, ele mesmo*. Com efeito, os liberais não se opuse-

ram ao conceito de aristocracia, mas à ideia de *status* definido pela origem genética. Daí que é defendido o termo meritocracia, como um conceito igualitário, porque aberto a todos. Isso pode evidenciar uma máscara perniciosa, já que por meio de um discurso universalista se objetiva manter os padrões de hierarquia e desigualdade social (WALLERSTEIN, 2002, p. 128-132).

Liberais e democratas destoaram frequentemente uns dos outros, defendendo temas profundamente diversos. *Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função do resultado*. Wallerstein (2002, p. 132) acresce que, enquanto o liberalismo é a defesa do governo racional, baseando no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se apresenta como um conceito nivelador e extremista (WALLERSTEIN, 2002, p. 132). Contudo, os democratas não se opõem à liberdade, mas, sim, afirmam que só pode haver liberdade num sistema baseado em igualdade, pois pessoas desiguais não podem ter capacidades iguais de participarem de decisões coletivas. Atualmente, essa teoria tem recebido o nome de igualiberdade ou de um processo único (BALIBAR apud WALLERSTEIN, 2002, p. 132).

É por essas e outras razões que, já no século XX, se desenvolve um novo conceito, na tentativa de fortalecer o ideal democrático ao Estado de Direito, no qual estão presentes as conquistas sociais com ideais igualitários. De fato, o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo de transformação da realidade, não se restringindo ao Estado Social de Direito. Assim, seu conteúdo *ultrapassa o aspecto material de concretização de vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública na reconstrução na sociedade*. (WALLERSTEIN, 2002, p. 97-98).

Atualmente, é necessário trabalhar em busca de um intercâmbio entre a liberdade e igualdade, para que assim se realizem escolhas sociais para o século XXI. É impor-

tante destacar que, mesmo depois dessas modificações paradigmáticas, os Estados e a sociedade como um todo permanecem enfrentando diversas crises: as diferenças sociais aumentaram, permanecendo a exclusão, a violência, a discriminação, entre outras, em nível nacional e internacional.

Wallerstein (2002, p. 133-134) afirma que essas desilusões podem ter sido causadas por alguns elementos, como, por exemplo, a descrença na Velha Esquerda histórica, a ofensiva maciça para desregular o Estado de bem-estar social, a polarização econômica, social e demográfica, etc. É patente que as sociedades contemporâneas se tornam cada vez mais desiguais. Segundo alguns dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

“Em África, as mulheres levam 15 ou 17 horas por semana e andam 10 quilômetros por dia para obter água para suas famílias. É, igualmente, chocante que os quinhentos indivíduos mais ricos do mundo tenham tanto rendimento quanto o dos 40 países mais pobres com 416 milhões de habitantes, ou que no Zimbabué, 1 a 2% da população (brancos) ocupe 90% da terra agrícola e 4000 agricultores (brancos) consumam 90% da água disponível para o regadio. O nosso é, de facto, um mundo desigual.” (SOUZA SANTOS, 2007).

A questão que se coloca é: como construir estruturas e movimentos que avancem na direção da igualização social? No decorrer do texto, serão apresentadas algumas tentativas de invenção, que vão da negação à busca pela utopia. Uma primeira proposta é o desenvolvimento de um novo olhar sobre a jurisdição e o processo dentro dos Estados envoltos pelo constitucionalismo contemporâneo.

2.2. A jurisdição e o processo: ressignificações democráticas e o constitucionalismo

As verificações precedentes envidenciaram que o sistema do Direito atual, mesmo imerso na pós-modernidade, ainda se man-

tém próximo a Thomas Hobbes, para quem a discussão em torno da justiça seria uma atribuição do soberano, pois o juiz deveria apenas limitar-se à aplicação legal desigual (SILVA, 2004, p. 298). Entretanto, não há como negar que o sistema processual e a atuação jurisdicional possuem inevitáveis compromissos históricos e culturais, o que leva à necessidade de questionamentos e interrogações sobre o momento em que se encontra o Direito.

Verifica-se que, no decorrer da evolução estatal, *o homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema* (SILVA, 2004, p. 298). Assim, Wallerstein (2002, p. 117) refere que os dilemas que se enfrentam hoje são o resultado de um mundo capitalista. Entre os motivos que fundamentam o fato de a liberdade não ter como consequência natural a igualdade, está a permanência do paradigma anterior, pois todo o sistema estatal manteve-se atrelado ao individualismo, inclusive a atuação jurisdicional, que permanece voltada aos conflitos pessoais subjetivos e com viés declaratório, como preconizavam os revolucionários franceses.

Silva constata que o Direito moderno, particularmente o direito da tradição romano-canônica, *vem assumindo paulatinamente compromissos cada vez mais profundos com a Política e, naturalmente, com a economia. É o fenômeno descrito como funcionalização do direito processual civil*. Além disso, mantém o pressuposto iluminista de que a lei tem uma “vontade constante”, reduzindo o ato jurisdicional a uma função oracular, normativista, dispensando a compreensão hermenêutica¹¹ e a fundamentação jurisdicional (SILVA, 2008, Nota explicativa).

¹¹ A história da hermenêutica é uma historiografia a partir dos tempos e, portanto, uma construção. Esse caminho desenvolveu-se até o século XVII ainda sem possuir nome, sendo antigamente chamado de *ars interpretandi*, retomado e posteriormente desenvolvido por ramos da ciência como crítica da exegese ou da filosofia. A explicação etimológica que gira em torno de *hermênêus* e da *hermêneutike* é relacionada, em

Vale observar que os antropólogos demonstram que o Direito esteve presente em todas as comunidades humanas, por mais regulamentares que tenham sido. Daí que o Direito enquanto expressão do justo é um fenômeno cultural que nada tem a ver com o Estado. *Ao contrário do que dissera o positivismo, não foi o Estado que inventou o Direito, mas o contrário, o Direito que deu vida ao Estado* (SILVA, 2008, p. 280). É por essa razão que se tentará demonstrar que a origem do termo *iurisdictio*, atualmente, deve ser (re)visitada para se pesquisar sobre a efetivação da jurisdição do Estado Democrático contemporâneo.

Existe uma crença de que o Direito Moderno é herança do Direito Romano. Entretanto, deve-se diferenciar a *iurisdictio* do período republicano da jurisdição praticada nos estágios finais do império romano, a partir do terceiro século da era cristã. Nesse período, o Direito transforma-se em assunto de Estado, institucionalizando-se, torna-se instrumento de governo. (SILVA, 2008, p. 264).

Silva refere que o retorno do Direito moderno à *iurisdictio* confunde a função do *iudex*, que apenas julgava, com o exercício da jurisdição, própria do Pretor. Com efeito, o juiz privado (*iudex*), que não era investido do poder jurisdicional, dizia o direito já indicado pelo Pretor. Em outras palavras, ao Pretor que possuía a *iurisdictio* cabia indicar a norma que haveria de regular o caso, em uma função análoga à do atual legislador. Já o *iudex* limitava-se a “aplicar” o direito que o Pretor lhe indicara. De acordo com a explicação de Carlo Giuffredi, a *iurisdictio*

regra, com o *deus mediator Hermes*, portador da vara mágica que possibilitava aos humanos compreender os desígnios divinos. Surge, assim, a ideia de um mensageiro divino, que transmite e esclarece o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Na realidade, não se sabia o que os deuses disseram, somente se sabia o que Hermes disse acerca do que os deuses previam. Daí aparece a (inter)mediação. Dessa maneira, Streck (2007) refere que é na metáfora de Hermes que se localiza toda complexidade do problema hermenêutico, pois trata de como atribuir sentido às coisas.

nem mesmo poderia ser considerada uma atividade análoga à função legislativa moderna, porque a jurisdição não se identificava com um enunciado de normas, nem se limitava à resolução de controvérsias, mas era, sim, específica para o caso concreto (SILVA, 2008, p. 269).

Dessa forma, percebe-se a diferença entre o que, hodiernamente, entende-se por jurisdição relacionada à declaração do direito aplicável a espécie litigiosa e a jurisdição praticada pelo direito romano clássico. No processo romano clássico, o direito nascia do fato, para significar que o Pretor, como os atuais magistrados, ao receber a lide, não tratava de uma entidade abstrata, mas de um complexo conjunto de fatos (SILVA, 2008, p. 277). Daí a importância de se ter presente a necessária relação entre “direito” e “fato”. Nesse viés, Castanheira Neves (1967) refere que é fundamental a necessidade de observância da situação histórica. Menciona, ainda, o jurista português que não se deve verificar *o direito e o facto, mas, e simultaneamente, o direito do facto e o facto do direito, pois (...) o facto e o direito existem enquanto coexistem*.

Assim, ao tratar da jurisdição como transformação da realidade, é possível fazer uma ligação com o movimento que se denominou neoconstitucionalismo e com a modificação ocorrida na jurisdição constitucional contemporânea.

É notório que o Direito Constitucional Moderno, bem como a própria jurisdição constitucional, surgiu, juntamente, com a ideia de Estado Moderno; logo, Estado de Direito Liberal, voltado à defesa dos interesses da burguesia capitalista do século XVIII. Entretanto, atualmente, o constitucionalismo apresenta-se como um espaço de “abertura” do direito interno ao internacional, ou vice-versa, com vistas à superação do *binômio monismo-dualismo*¹².

¹² Não é objeto do presente trabalho tratar dessa complicada questão, que envolve a relação entre o direito interno e o internacional. Apenas a título de esclarecimento, observa-se que o dualismo percebe

O momento histórico do novo direito constitucional na Europa Ocidental foi marcado pelo constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, por sua vez, foi com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Streck (2007, p. 7) afirma que o *neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo, como com o modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, o direito deixa de ser regulador para ser transformador.*

A reconstitucionalização da Europa, logo após a Segunda Grande Guerra e no decorrer da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a importância do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Dessa forma, ocorreu uma aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia, o que produziu uma nova forma de organização política.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e, particularmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instaurado em 1951. Foi a partir desse momento que teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países da tradição romano-germânica. Posteriormente, destaca-se a Constituição da Itália, de 1947, com a subsequente instauração da Corte Constitucional, em 1956, bem como ao longo da década de 70, a Constituição de Portugal, em 1976, e a da Espanha, em 1978 (BARROSO, 2007).

No Brasil, o ambiente de reconstitucionalização que a Constituição de 1988 instaurou foi capaz de promover a travessia

o direito internacional e o direito interno como dois sistemas iguais, independentes e separados, enquanto o monismo percebe uma unidade lógica das regras internas e internacionais, o que implica um imperativo de subordinação entre uma e outra; logicamente há quem defenda a primazia do direito interno e quem sustente o primado do direito internacional sobre o interno. (SEITENFUS; VENTURA, 2001, p. 26).

de duas décadas de autoritarismo para um regime democrático; e, mais do que isso, a Carta atual tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana.

Ao longo de sua vigência, destituiu-se por um processo de *impeachment* um Presidente da República; houve também julgamentos referentes a graves escândalos envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados; foram afastados Senadores envolvidos em esquemas de corrupção; foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores; foram investigadas denúncias em torno de financiamento de campanhas e de vantagens recebidas por parlamentares, etc. (BARROSO, 2007). Entre os exemplos citados, pode-se perceber a centralidade assumida pela Corte Constitucional, decidindo claramente problemas políticos e não apenas jurídicos. O Direito Constitucional brasileiro iniciado com o Estado Democrático em 1988 adquiriu uma importância não apenas técnica, mas passou a simbolizar conquistas e, também, adquiriu um papel de mobilização do imaginário das pessoas.

Isso demonstra a prevalência de um *sentimento constitucional* que, nas palavras de Pablo Lucas Verdú (1998, 2004), significa a expressão de valores que transcendem ao Texto Constitucional, porque tendem a realizar-se por meio e para além dele, pela comunidade na qual estão inseridos (VERDÚ, 2004; VERDÚ, 1998). Esse sentimento constitucional mencionado por Verdú vem ao encontro da *vontade de Constituição* desenvolvida por Hesse¹³, que procura na

¹³ Konrad Hesse, em seu livro *A força normativa da Constituição*, contrapõe-se à tese defendida por Ferdinand Lassalle em 1863, para intelectuais e operadores da antiga Prússia. Hesse pretende demonstrar que o desfecho entre fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se em desfavor desta. Para ele, a Constituição não é apenas uma folha de papel; é essencial buscar sua força normativa, por meio da vontade de Constituição, ou seja, o desenvolvimento de uma consciência geral que a conceba como Lei Fundamental do Estado, como padrão jurídico superior das relações sociais (HESE, 1991; LASSALLE, 2001).

relação de coordenação entre Constituição e sociedade a implementação das normas constitucionais. Assim, percebe-se que a contemporaneidade, paulatinamente, foi assumindo a preocupação com a questão da efetividade da Constituição e do sentido da democracia, a partir da reformulação do seu perfil interno, como Estado Democrático de Direito.

A chamada jurisprudencialização da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da *neutralidade* do texto normativo (BOLZAN DE MORAIS, 2006). Entretanto, deve-se atentar para que o Poder Judiciário, no uso de suas atribuições concedidas pelas Constituições dos Estados, não se torne arbitrário e não se reduza, apenas, a instrumento funcionalizado que serviria de suporte político a outros interesses.

Com Castanheira Neves é possível enxergar que em muitos momentos o Direito aparece, simplesmente, como regulador funcional de uma sociedade individualista e sem valores, apenas interessada em reivindicantes “liberdades”, tornadas direitos subjetivos sem deveres. Isso pode reduzir o Direito a simples instrumento ideológico e político (CASTANHEIRA-NEVES, 2000, p. 11). Cabe pontuar ainda, com Silva, que é importante se pensar em uma profunda descentralização do poder, capaz de remetê-lo ao povo, *permitindo o exercício autêntico de um regime democrático*. Isso permitiria ao Judiciário ser um *agente “pulverizador” do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam* (SILVA, 2004, p. 316).

Entre algumas alternativas para formação de um Poder Judiciário condizente

com as atuais circunstâncias históricas democráticas, pode-se trazer, como exemplo: o funcionamento dos Juizados Especiais; as juntas de conciliação e julgamento; as ações coletivas, bem como a necessária redução dos recursos. Esta última medida é apresentada por Silva como uma exigência. Com ela, ocorrerá o *abrandamento do sentido burocrático da administração da justiça, restituindo à jurisdição de primeiro grau legitimidade política que lhe dê condições de exercer as elevadas atribuições que a ordem jurídica lhe confere*. Além disso, sublinha a prática de um verdadeiro regime federativo, a busca da descentralização administrativa, *de modo a fortalecer a vida política das comunidades locais* (SILVA, 2004, p. 319-320).

Além do que foi colocado até o momento sobre a necessidade de igualização social por meio de ressignificações estatais internas no que tange à jurisdição, ao processo e ao constitucionalismo, vale elencar que os Estados estão imersos em um processo que se pode chamar de mundialização ou globalização¹⁴. Não se objetiva aqui traçar aspectos gerais referentes a esse tema, mas sim mostrar a possibilidade de um outro olhar, que pode levar à (re)construção do sentido democrático para o constitucionalismo e para a jurisdição constitucional.

¹⁴ Os termos *mundialização* e *globalização* são, hoje em dia, parte do vocabulário corrente. Significam que, em escala mundial, as trocas multiplicaram-se e que esta multiplicação deu-se rapidamente. Essa multiplicação tornou-se possível graças a sistemas de comunicação mais eficazes e, na maioria das vezes, instantâneos. Mas, de alguns anos para cá, o sentido das palavras *mundialização* e *globalização* tornou-se um pouco mais preciso. Por mundialização, pode ser entendida a tendência que leva à organização de um governo mundial único. A tônica é, portanto, colocada sobre a dimensão *política* da unificação do mundo. Em sua forma atual, tal tendência foi desenvolvida por diversas correntes estudadas pelos internacionalistas (NEGRI, 2001). Para Otfried Höffe (2005, p. 5-6), a globalização é uma palavra de ordem da filosofia política revestida de emoções contraditórias, em parte contendo esperanças e temores. Além disso, vem sendo empregada de maneira inflacionária e, ao mesmo tempo, em contornos tão tênues que se prefere evitá-la. Na sua definição, apresenta a *globalização como*

3. Da jurisdição constitucional liberal à jurisdição constitucional social: a (re)construção de sentido do constitucionalismo

Como já foi mencionado no item 1, o Estado, a jurisdição e o constitucionalismo estão ligados, de forma que o qualificativo de um pode ser utilizado pelos outros. No caso, cita-se como exemplo: Estado Liberal, jurisdição liberal, constitucionalismo liberal; ou, por outro lado, Estado Social, jurisdição social, constitucionalismo social. Assim, como o objeto deste trabalho gira em torno dos princípios da liberdade e da igualdade, da mesma forma é possível relacioná-lo com a jurisdição constitucional e o sentido da Constituição na contemporaneidade.

As Constituições falam com frequência em povo, principalmente devido à necessidade de legitimação democrática. No entanto, a democracia não pode ser entendida como a simples fórmula do governo do povo, mas, ao contrário, deve ser compreendida como *dificuldade progressiva do governo por meio do povo* (CHRISTENSEN apud MÜLLER, 2000, p. 42).

Na verdade, deve-se observar que existem outras formas de se conceber uma democracia, além da mera participação eleitoral, como, por exemplo, em protestos, manifesto público, ingresso e participação em instituições sociais, ONGs, ações em processos coletivos, etc.

Zygmunt Bauman afirma que uma boa sociedade deve tornar livre seus integrantes, não apenas livre do ponto de vista negativo, com o significado de não ser coagido a fazer algo; mas positivamente livres, com o poder de influenciar as condições da própria existência, dar um significado para o “bem comum” e fazer as instituições se adequarem a esse significado. Com certeza

essa não será uma tarefa fácil, considerando o perigoso estado atual da esfera público/privada, na qual “o público” recua para buscar abrigo em lugares politicamente inacessíveis e “o privado” está a ponto de retirar-se para a própria auto-imagem (BAUMAN, 2000, p. 112-113). É importante perceber que, para ocorrer a relação mencionada por Bauman, é necessário retomar o discurso do bem comum como um valor a ser reivindicado. Nesse sentido, é importante a busca pela democratização da jurisdição constitucional.

Vale mencionar que a discussão em torno da legitimidade do Judiciário está para além de suas marcas históricas monárquicas, uma vez que, na atualidade, destacam-se momentos diversos. Hoje, a jurisdição se apresenta como arena privilegiada para a realização de um “novo” constitucionalismo (BOLZAN DE MORAIS, 2006, p. 263).

3.1. A jurisdição constitucional e a (re)definição do constitucionalismo

O entendimento acerca do constitucionalismo contemporâneo, ancorado pelos princípios do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, supõe a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Nesse sentido, Kägi (apud CANOTILHO, 2006, p. 886) afirma: *diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de Constituição tens*.

Enquanto a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2006, p. 13). Esse é um detalhe a ser salientado, para uma adequada compreensão da problemática constitucional nos dias de hoje, a normatividade da Constituição vê-se realizada por meio da jurisdição quando seu conteúdo material está relacionado diretamente à vontade popular.

crescimento e consolidação das relações internacionais. Também Zygmunt Bauman (1999, p. 7) refere que a globalização para alguns é o que se deve fazer para ser feliz; para outros, é a causa da infelicidade. Para todos, porém, *globalização* é o destino irremediável do mundo.

Entretanto, é inegável que os elementos que formam o Estado, quais sejam, território, povo e soberania, bem como o documento maior desse Estado que é a Constituição, têm sofrido intensas modificações nos últimos tempos. As fronteiras se transformaram; a concepção de cidadania foi alterada – hodiernamente se utiliza a expressão “cidadãos do mundo”¹⁵, relacionada à diminuição das distâncias entre os países, devido ao desenvolvimento da tecnologia dos meios de transporte e da internet; a ideia de soberania ou de poder estatal interno/externo encontra-se em permanente mutabilidade.

Dessa forma, a globalização econômica se refere à intensificação do fluxo de capitais, produtos e serviços, diretamente imbricados na transnacionalização do capitalismo. Com isso, pode-se entender que a ideia de capital do século XVIII retorna em uma perspectiva mais ampla. Souza Santos (2007) identifica a globalização econômica como eixo da mundialização de cima para baixo, por ampliar as diferenças entre pobres e ricos, beneficiando grandes capitalistas à custa de trabalho, muitas vezes semiescravo.

Entretanto, para combater o lado negativo desse atual processo global, Souza Santos busca uma definição mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais, definindo globalização como um *conjunto diferenciado de relações sociais*, o que leva à não existência de uma única globalização; em vez disso, globalizações, no plural. Daí que, sob a perspectiva global-local, o local intensifica sua relação com o global, a partir do marco de mercado estatal, empresarial e das diversas formas de vida. Chega-se a pensar em globalização como um tipo de difusão cultural, com a denominação “glo-

¹⁵ Otfried Höffe (2005, p. 394-397) faz uma distinção entre “cidadão mundial” e “cidadão do mundo”. Aquele possui um sentido exclusivo e relacionado a um Estado Mundial, enquanto este teria um significado complementar, ampliando seu engajamento a partir do próprio Estado até alcançar a República Mundial.

cal”, isto é, a síntese relacional entre o local e o global (SOUZA SANTOS, 2007).

Isso leva à superação do debate sobre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural, pois se trata de um falso debate, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos. Ocorre que todas as culturas são relativas e ao mesmo tempo aspiram e defendem valores universais. *Há que se desenvolver critérios políticos para distinguir política progressiva de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação e regulação*. Na verdade, Souza Santos refere, também, sobre a necessidade de globalização de baixo para cima, ou globalização contra-hegemônica baseada na ideia de cosmopolitismo¹⁶ e patrimônio comum da humanidade (SOUZA SANTOS, 2007).

Nessa mesma perspectiva, ressaltando a importância da relação entre os Estados, de participação popular e da preservação dos direitos fundamentais, Canotilho vem desenvolvendo pesquisas em torno do que denomina interconstitucionalidade. Segundo o autor, atualmente, não é possível conceber os Estados, e também as Constituições, fechados em si mesmos. Vale observar que essa ideia objetiva transformar o constitucionalismo para aproximá-lo do povo, em uma perspectiva democrática. Ademais, busca uma participação ativa do cidadão na busca pela igualização e defesa dos direitos sociais.

Reverendo posições anteriores, *Canotilho defende que a Constituição deve evitar*

¹⁶ A palavra cosmopolitismo passou por muitas conceituações no decorrer da história. Com Deisy Ventura (2007): *A irrupção da ideia é atribuída ao cínico Diógenes. A pergunta “de onde tu és? teria ele respondido “cidadão do cosmos, arvorando-se em condomínio de uma razão universal residente no homem, não na cidade. Já pintalgado entre os gregos, o cosmopolitismo grassou em novas matizes com os romanos e fez esteio religioso, em particular no cristianismo. Tendo alvoorado o Iluminismo, a ótica cosmopolita, assaz camaleônica, adquiriu incontáveis sentidos ao longo da história (...)*. Mas, foi precisamente Immanuel Kant quem ofereceu à humanidade o projeto de cosmopolitismo vinculado à paz perpétua.

converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa. Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente, como a atual Constituição portuguesa e brasileira, perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade. As Constituições Dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, *não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas (...) da sociedade* (BERCOVICI, 1999).

Canotilho (2001) chega a afirmar que *a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias*. Dessa maneira, a teoria constitucional deve levar em consideração que as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade.

Entretanto, doutrinadores brasileiros pontuaram perguntas ao autor português, considerando as diferenças existentes com o *constitucionalismo dos países em desenvolvimento*, no qual existem problemas sociais e políticos diferentes (COUTINHO, 2006). Como resposta, Canotilho afirma ter a sensação de que não se deve falar em teoria da Constituição, mas talvez em *teorias das Constituições* e possivelmente em uma rede de interconstitucionalidade, dos vários constitucionalismos, dos vários questionamentos (COUTINHO, 2006, p. 31-37).

Deisy Ventura pontua que Canotilho é compreensivo diante das angústias dos autores de países de “modernidade tardia”, mas salienta que o debate em tela interessa não apenas aos países desenvolvidos, mas, ao contrário, também é de suma relevância para Estados em processo de desenvolvimento. Ainda, menciona que o *gesto de apartar os debates que “interessam” e não “interessam” ao mundo não-desenvolvido só pode ser resíduo do colonialismo*. Ademais,

a autoexclusão dos temas nevrálgicos do debate mundial é injustificável e compromete seriamente os interesses estratégicos dos países em via de desenvolvimento (VENTURA, 2007).

Por tudo que foi exposto, vale destacar temas centrais abordados pelo doutrinador coimbrano em torno do constitucionalismo moralmente reflexivo e da constitucionalização da responsabilidade, propostas que visam uma maior igualização social. Assim, primeiramente sublinha ser necessário evitar duas unilateralidades:

- “1. o peso do discurso da metanarrativa que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória;
2. a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da razão cínica econômica-tecnocrática.” (CANOTILHO, 2006, p. 184).

Nesse sentido, como linha de força do constitucionalismo reflexivo, Canotilho (2006, p. 126-128) apresenta três sugestões: a) *Constitucionalização e “desmoralização da liberdade”*, na qual o constitucionalismo continua a fornecer exigências mínimas, como o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares; b) *Constitucionalizações e teoria da justiça*, baseando-se em estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares; c) *Constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direção para a contratualização*. Nesse modelo, existiriam formas de eficácia reflexiva, ou seja, outras formas de acoplamentos estruturais que apontam para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que recuperam as dimensões juntas do princípio da responsabilidade, apoiando-se também a sociedade, ao que denomina *Constituições civis*.

Falar em participação da sociedade civil remete ao constitucionalismo societal, que sugere vários subsistemas sociais inter-

nacionais, sendo que estes podem adotar esquemas reguladores semelhantes aos de uma Constituição. É o caso, por exemplo, da "constituição da Internet", da "constituição do sistema de saúde", da "constituição da investigação genética e dos sistemas reprodutivos", da institucionalização do "diálogo interreligioso" (CANOTILHO, 2006, p. 286-290). Essas ideias superam antigas formas totalizantes abrindo o caminho para ações locais, o que privilegia a diversidade cultural. Pontua-se, novamente, uma abertura para instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalidade e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos "quatro contratos globais" (CANOTILHO, 2006, p. 128).

Dentro deles está: o *contrato para as necessidades globais*, que implica em remover as desigualdades; o *contrato cultural*, estabelecendo a tolerância e diálogo de culturas; o *contrato democrático*, que prevê a democracia como governo global; e o *contrato do planeta terra*, versando sobre o desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 2006, p. 128). O jurista coimbrano quer transmitir que a Constituição dirigente, assim, ficará menos densa e menos autoritária, enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*, que dispõe sobre garantias que possibilitem a coexistência de valores, conhecimento e ação (CANOTILHO, 2006, p. 129).

Essa nova visão do direito constitucional possibilita que se trabalhe com os elementos básicos de uma teoria da interconstitucionalidade: a) *Autodescrição e autosuficiência nas constituições nacionais*; assim os textos constitucionais nacionais conservam a memória e a identidade política quando inseridos numa rede internacional; b) *Texto interorganizativo*, que apontam para a necessidade autodescritiva da organização superior. É discutível saber se a autodescrição interorganizativa pressupõe necessariamente um texto constitucional autodescritivo ou se poderia pensar em convenções internacionais (CANOTILHO, 2006, p. 268-271).

Salienta-se que a teoria da interconstitucionalidade é, também, uma teoria da interculturalidade constitucional. A definição de intercultural faz realçar basicamente a partilha de cultura de ideias ou formas de encarar o mundo e os outros.

Pelo que foi exposto, conclui-se que o constitucionalismo, indiscutivelmente, vem sofrendo modificações em seus elementos constitutivos. É notório que as propostas de Canotilho estão inseridas no contexto europeu, mas também se deve pontuar que não é pertinente afastar o debate dos demais Estados, inseridos em um contexto global.

Assim, essa abordagem em torno da (re)definição do constitucionalismo tem como objetivo evidenciar que existem propostas em torno de um novo tipo de democratização. Sem negar a globalização, buscam-se novas formas de esta ocorrer de *baixo para cima*¹⁷, dando especial atenção às necessidades culturais, ao desenvolvimento sustentável e à participação popular.

As colocações postas por Canotilho estão em processo de estudo e desenvolvimento. De forma alguma o professor coimbrano objetiva trazer conclusões definitivas sobre o tema. Entretanto, deve-se destacar que o papel do Estado e da jurisdição constitucional é de fundamental importância na implementação dessas propostas, como será demonstrado abaixo.

3.2. *Contra um "Leviatã" global e as "virtudes cosmopolíticas" em/para jurisdições constitucionais democráticas*

No Antigo Testamento, o Leviatã significa um animal, que pode ser um crocodilo, uma serpente ou um dragão, que se destaca por seu inefável poder. Daí ter causado horror o pai da filosofia moderna, Thomas Hobbes, comparar o Estado e o soberano ao referido monstro. No entanto, na famosa obra, o Leviatã aparece com uma forma

¹⁷ Terminologia adotada por Boaventura de Souza Santos (SOUZA SANTOS, 2007).

humana, sentado em um trono por trás e acima de uma paisagem tranquila irradiando bem-estar (HÖFFE, 2005, p. 369).

Otfried Höffe afirma que, *à semelhança do Estado nacional, a República Mundial também deverá ser um poder eminente a serviço da paz e do Direito*. Mas não pode sê-lo de uma maneira absoluta, como era o Leviatã de Hobbes, devendo seguir delimitações e atuações específicas. Dessa maneira, importa ocorrer um fortalecimento dos princípios da subsidiaridade global, do federalismo e do nível continental intermediário, ocorrendo, também, prevenção contra uma interpretação expansiva das competências, uma opinião pública mundial eficaz e direitos estatais garantidos de forma clara e efetiva. Quando se menciona sobre questões políticas, é possível retornar à antiguidade clássica, pois naquela época já se falava em “virtudes cosmopolíticas”, que se identificam como o contraponto a uma teoria democrática meramente institucional (HÖFFE, 2005, p. 393).

Höffe (2005, p. 394) é claro ao dizer que: *quando se quer implantar as instituições necessárias, quando se lhes quer dar vida e aprimorar os métodos ora vigentes a determinadas situações, faz-se mister o concurso de virtudes cosmopolíticas*. Ainda menciona que, *se não podem substituir as instituições, pelo menos as podem complementar*. Com efeito, é necessário que as próprias instituições ajam, internamente, de acordo com “virtudes cosmopolíticas” contra uma supervalorização de outras instituições globais, como forma de implementar uma globalização de baixo para cima, difundindo a cultura de diversos locais do planeta.

Aqui, retoma-se a abordagem em torno da jurisdição constitucional local, mas que não esteja desvinculada de uma perspectiva cosmopolita. Assim, na medida em que se busca uma compreensão contemporânea de *democracia*, e uma maior igualização, alguns elementos se inter cruzam, apresentando-se como imprescindíveis. Não há que se pensar em processo democrático, em um agir

democrático ou em um fazer democrático sem que se considere a importância da Constituição e da jurisdição constitucional.

Quando se pensa jurisdição constitucional, ou seja, em uma atuação do Poder Judiciário que visa garantir a supremacia da Constituição e tutela dos direitos e garantias fundamentais, está ocorrendo também o estabelecimento de limites às demais funções do Estado. Essas funções, exercidas por maiorias circunstanciais eleitas por meio do voto popular, muitas vezes enebriadas por paixões políticas momentâneas, acarretam o que Paulo Bonavides denominou *crise de legitimidade* (BONAVIDES, 2003, p. 169).

É importante lembrar que o processo eleitoral é apenas uma das formas de se verificar o conteúdo da vontade popular. Além disso, é necessário que o exercício democrático dependa da conjugação de condições materiais – como, por exemplo, educação, moradia, dignidade humana, etc. – que permitam um nível mínimo de inclusão do indivíduo na comunidade.

Igualmente, não se deve ter em mente apenas a ideia de *one man one vote*, mas, sim, pensar o povo em termos de política constitucional. Isso não se refere a nenhuma posição rígida em termos “ou-ou” ou a uma relação entre “eu-tu”, mas deve acontecer em uma perspectiva “entre” (BUBER, 2001, p. 40). A democracia é algo em construção que deve “acontecer” na sociedade, além da perspectiva “cidadão” e “Estado”, na esfera do “entre” os dois. A jurisdição constitucional democrática existe para além da imagem construída pela pirâmide normativa kelseniana. É preciso que se busque novas opções teóricas e perspectivas substanciais que levem em consideração a realidade sociopolítica, sobretudo no que diz respeito à compreensão da Constituição, como uma referência normativa criada pelo povo e para o povo.

Quando o Poder Judiciário aprecia o caso concreto e age de acordo com a acep-

ção material da Constituição, revela-se a expressão da vontade popular. Na verdade, a jurisdição constitucional apresenta-se como uma possibilidade de se vencer as indeterminações dos textos legais ou como uma potencial alternativa para solução dos problemas sociais. Como afirma Streck, a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições para a implementação do seu texto. Ou seja, é necessário que existam meios de *acesso popular*¹⁸.

Esses instrumentos, atualmente, no Brasil se mostram extremamente frágeis, pois o cidadão não possui nenhuma forma direta para ingressar com ações na busca pelo controle concentrado de constitucionalidade. Observa-se que o inicial projeto de Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – que hoje se converteu na Lei nº 9.882/99 – dispôs sobre a possibilidade de o cidadão ingressar diretamente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental; todavia, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República. Ainda pode-se mencionar o instituto do *amicus curiae*, que se apresenta como um auxiliar do juízo, com o objetivo de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Com a edição das leis que regulamentaram os processos de controle concentrado

¹⁸ Para Souza Santos, é urgente que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional, busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Mas, ao contrário, o acesso deve mudar a justiça a que se tem acesso. Assim, o autor propõe sete vetores principais para que ocorra essa transformação recíproca, jurídico-política: *profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação de magistrados desde as Faculdades de Direito até à formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa* (SOUZA SANTOS, 2007, p. 33).

(Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99), a intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se; não mais se identifica previamente quem deve ser o auxiliar, que pode ser qualquer um, pessoa física ou jurídica, desde que tenha representatividade e possa contribuir para solução da causa.

Apresentando-se o Poder Judiciário como uma das funções do Estado, é crucial que se encontrem alternativas para desenvolver formas de acesso a ele. Também, é indispensável uma cultura de credibilidade da população, pois a jurisdição constitucional se apresenta como alternativa para efetividade constitucional.

Uma forma de se vencer o liame que separa o povo do sentido material da Constituição é por meio de decisões democráticas que resgatem o sentido, não apenas da Constituição, como também das “virtudes cosmopolíticas” que estão para além das fronteiras estatais. Nesse sentido, cita-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que traz o direito fundamental à moradia e à propriedade. No caso ora em análise, Apelação Cível nº 70016241440, o cidadão havia tomado posse pacífica de uma área de propriedade do município de Esteio, RS. A entidade estatal alegou que não podia o interesse privado prevalecer sobre o público. Todavia, o que se extraiu dos fatos foi que a área em questão, mesmo sendo pública, não estava atingindo a sua finalidade social já há muitos anos, conforme se constou da prova testemunhal, havendo somente a intenção de se implantar programas habitacionais no local (BRASIL, 2007).

Enquanto isso, a família que tomou posse do imóvel utilizava a casa que construíram no terreno como única moradia. É indiscutível que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação ao bem. Sublinha-se que o direito à moradia é assegurado pela própria Carta Maior, no seu art. 6º, capítulo *Dos Direitos Sociais*, e

deve ser providenciado pelo Poder Público. Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social.

Outra decisão que resgata a materialidade constitucional foi a que julgou o HC nº 82.424-2, em que ocorreu manifestação do Superior Tribunal Brasileiro sobre questões envolvendo preconceito, discriminação e racismo. No mencionado acórdão, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal procuraram compreender o caso a partir de uma *suposta colisão* entre os valores: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, decidindo ao final, pela prevalência da dignidade humana e manutenção da prisão do editor de livros antisemitas (BRASIL, 2007). De fato, no atual Estado Democrático de Direito, não é possível aceitar qualquer tipo de manifestação que dê ensejo à discriminação, em qualquer de suas formas: cor, procedência nacional, opção sexual, etc.

Insta observar, como já foi mencionado no decorrer do texto, que, atualmente, não é mais possível se pensar o direito constitucional, a Constituição ou o constitucionalismo de forma isolada. Atualmente está ocorrendo uma (re)definição do direito constitucional em uma sociedade globalizada e cosmopolita. Quando a jurisdição constitucional interna não atender aos anseios democráticos e sociais, pode ocorrer a intervenção de organismos internacionais.

Cita-se, como exemplo, o Caso Damião Ximenes Lopes, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) condenou o Brasil por violação de direitos humanos. O caso foi inédito, pois foi a primeira vez que a Corte decidiu sobre um caso brasileiro, bem como por se tratar do primeiro pronunciamento da Corte sobre violações de direitos humanos de portadores de transtornos mentais. No caso em voga, o

Brasil foi condenado pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará. A Corte Interamericana declara em sua sentença que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; infringiu o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família e violou o direito à proteção judicial a que têm direito seus familiares. Como medida de reparação à família de Damião Ximenes, a Corte condenou o Brasil a indenizá-los (JUSTIÇA ..., 2007).

Nessa sentença condenatória, a Corte deixa claro que o Brasil tem responsabilidade internacional por descumprir seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal e dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde. A Corte também conclui *que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e identificação.* (JUSTIÇA ..., 2007). A condenação do Brasil pela mais alta Corte de Direitos Humanos do continente americano é, sobretudo, uma repreensão internacional pela sua incapacidade e falta de vontade política de enfrentar as graves e sistemáticas violações e de combater a impunidade.

O Direito, e especialmente o Direito Constitucional, como área social que é, exige continuamente uma interação entre o povo e a Carta Maior do país, que serve de fundamento às demais normas e legitima os poderes constituídos. Se o cidadão não consegue proteção dentro das fronteiras territoriais, contemporaneamente, pode buscar a proteção de uma jurisdição externa. A grande questão é como resgatar essa interação, dentro das fronteiras do próprio Estado, que possui – a princípio – juízes conhecedores da cultura e identidade local?

Com efeito, o incentivo a programas educacionais e culturais, sublinhando um sentimento de pertencimento a uma comu-

nidade, bem como a busca de um discurso decisório que evidencie a materialidade da Constituição podem ser formas de se (re) constituir ou de buscar o sentido democrático do constitucionalismo, atualmente baseado não apenas em um ordenamento fechado e desvinculado da ordem internacional, mas em “virtudes cosmopolíticas” em/para uma jurisdição constitucional que busque a efetivação dos direitos sociais. Segundo Hannah Arendt (2003, p. 42), a igualdade, longe de estar relacionada apenas à justiça, está na própria essência da liberdade; ser livre significa ser isento de desigualdade.

Dessa forma, fazendo uma alusão a Canotilho (2006, p. 345), talvez assim a Constituição, sem abandonar as memórias, possa continuar a ter história, neutralizando o perigo de ser definitivamente colocada no lugar de memória. Na dimensão da convivência humana, é possível conhecer o autor dos “milagres”. *São os homens que os realizam – homens que, por terem recebido o duplice dom da liberdade e da ação, podem estabelecer uma realidade em que lhes pertence de direito* (ARENDRT, 2005, p. 220).

4. Considerações finais

Cita-se na epígrafe deste trabalho um trecho do livro *Escute Zé-Ninguém*, de Wilhelm Reich, em que o autor tenta chamar a atenção dos leitores para a autocrítica. Na verdade, a mencionada obra é recheada de ironia, constando claramente a informação de que o povo é constituído por “Zés-Ninguéns”, ressaltando-se, assim, uma completa apatia do homem, principalmente relacionada às questões sociais.

Essa mesma inércia está ancorada na ideia de uma suposta liberdade, ainda baseada nas revoluções do século XVIII. A questão é de que liberdade se está falando? Com Reich (2001), repisa-se: “livre” apenas sob um aspecto: *livre da autocrítica que poderia ajudá-lo a governar sua própria vida*. Com efeito, quando se questiona sobre a

efetividade e aplicabilidade de princípios, geralmente saltam aos olhos os preceitos das primeiras revoluções burguesas, entre eles: o princípio da liberdade e igualdade. No decorrer do trabalho, destacou-se que Wallerstein (2002, p. 132) os trata como irmãos inimigos, ou seja, irmãos rivais que caminham em diferentes direções. Isso não quer dizer que a igualdade se oponha à liberdade, pois só pode haver liberdade num sistema baseado na igualdade.

O desenvolvimento do Estado de Direito, na Idade Moderna, sublinhando o racionalismo iluminista, levou à positivação do Direito e acarretou a segmentação das funções estatais. Ou seja, o princípio da *separação dos poderes*; também separou o Poder Judiciário, o processo e a própria jurisdição da ideia de justiça existente no direito romano clássico.

Na verdade, o que se pretendeu demonstrar, no transcórre do texto, foi que as Instituições e funções estatais, bem como a sociedade em geral, permaneceram aprisionadas pelo paradigma racionalista e iluminista do século XVII e XVIII, o que dificultou o reconhecimento da diferença, a preocupação com o outro, o desenvolvimento da igualização e a inserção popular nos problemas do Estado. Mesmo sabendo dessas dificuldades, acredita-se que a (re) construção de um sentido para o direito constitucional e para a jurisdição constitucional pode servir de alternativa para se combater a concepção individualista atual. Castanheira Neves (2002, p. 17) pontua que *a problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos (...) nos pomos em causa até o limite*.

Nesse viés, retomaram-se algumas ideias voltadas para o desenvolvimento de condições de hospitalidade; reconhecimento das diferenças; estabelecimento de uma federação de Estados; e, até mesmo, para a possibilidade de formação de Constituições civis de Estados Republicanos. Canotilho

(2006) percebe a possibilidade de um constitucionalismo integrado ou a ideia de interconstitucionalidade. Salienta-se que a Constituição é o documento que expressa os anseios de determinada comunidade e tutela os valores que esta mesma comunidade postula. Daí ser necessário ao Poder Judiciário atuar em defesa dos valores democráticos e sociais presentes nos textos constitucionais estatais, para que seja possível aproximar a Constituição do povo e, ao mesmo tempo, lutar para que as “virtudes cosmopolíticas” sejam implementadas.

Dessa forma, apresentaram-se apenas algumas possibilidades de sentido – não se espera que sejam as únicas, nem as melhores – para construção de jurisdições constitucionais democráticas. Estas, baseando-se no respeito e na tolerância para com as diferenças, talvez implementem uma utopia ou passem do sonho à realidade, constituindo-se e desconstituindo-se no que Antonio Negri denominou desutopia constitutiva. Nessa perspectiva, também, talvez o Direito Constitucional continue a fazer história, como uma disciplina dirigente.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- _____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. *O mal-estar na pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 set. 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 36 n. 142. Brasília, abr./jun. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Crise do Estado, constituição e democracia política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André et al. (Orgs). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 82. 424-2. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 set. 2007.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016241440. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2007.
- BUBER, Martin. *Eu e tu*. São Paulo: Centauro, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: *Estudos em homenagem à Profesora Doutora Isabel de Magalhães Callaço*. Coimbra: Almedina, 2002a.
- _____. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- _____. *Questão-de-fato – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELSTER, Jon. Las consecuencias de la elección constitucional: reflexiones sobre Tocqueville. In: _____; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica: México, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- JUSTIÇA global. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes.html>>. Acesso em: 15 out. 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. Pós-modernidade e hipermodernidade. In: FORBES, Jorge; REALE JUNIOR, Miguel; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Orgs). *A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade*. Barueri, SP: Manole, 2005.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madri: Trotta, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEGRI, Antonio. *O Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *O poder constituinte – ensaio sobre alternativas da modernidade*. Rio do Janeiro: DP&A, 2002.
- REICH, Wilhelm. *Escute, Zé-Ninguém!* São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Edson Luis André de. *Uma invenção da utopia*. São Paulo: Lumme Editor, 2007.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Disponível em: <http://www.Dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 27 set. 2007.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUC, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Verdade e consenso. constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: sentimentos e opiniões*. Livro 2. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.
- VENTURA, Deisy. *Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço da conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo*. Anuário da Unisinos. No Prelo. 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1998.
- WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos

Contornos, limites e superação pela teoria dos princípios

Manoel Adam Lacayo Valente

Sumário

1. Introdução. 2. A teoria do abuso de poder: aspectos históricos, doutrinários, jurisprudenciais e legais. 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Formulação doutrinária do abuso de poder no Brasil. 2.3. Uso do poder. 2.4. Abuso de poder. 2.5. Excesso de poder. 2.6. Desvio de poder. 2.7. Comprovação do desvio de poder. 2.8. O desvio de poder na jurisprudência nacional. 2.9. O desvio de poder na legislação brasileira. 2.10. Declínio da teoria do desvio de poder. 2.11. Limites materiais da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle de atos legislativos. 3. A consolidação de um novo paradigma de direito pós-positivista: o primado da principiologia constitucional e dos direitos fundamentais. 3.1. Considerações sobre o pós-positivismo. 3.2. A consolidação da teoria dos princípios. 3.3. As contribuições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. 3.4. Distinções entre as teorias de Dworkin e de Alexy. 3.5. Para que servem os princípios. 3.6. Princípios e suas espécies. 3.7. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis pela aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade. 3.8. A superação da teoria do desvio de poder pela teoria dos princípios. 4. Conclusão.

Manoel Adam Lacayo Valente é Bacharel em Direito e em Comunicação Social, Especialista em Processo Legislativo e Mestre em Sociologia ambos pela Universidade de Brasília, Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e Advogado.

1. Introdução

A história do Direito Administrativo apresenta íntima correlação com a história política das nações, com a evolução das

formas de governo. Em termos sintéticos, seria possível afirmar que o Direito Administrativo surge no crepúsculo das monarquias absolutistas, sedimenta-se com a formação dos Estados republicanos tradicionais e passa a ser reformulado nas modernas democracias que acolhem os direitos fundamentais como pressupostos essenciais da atuação estatal.

Na perspectiva da evolução histórica, o Direito Administrativo consolidou-se, com destaque para a contribuição francesa, como importante instrumento de controle do arbítrio estatal e de defesa das liberdades públicas, principalmente após a sua constitucionalização e o fortalecimento da principiologia constitucional.¹

Com efeito, a forte atuação do Conselho de Estado francês, na correição de ações da Administração Pública, firmou relevante jurisprudência, que serviu de base para formação de inúmeros institutos jurídicos que integram o corpo doutrinário do Direito Administrativo atual.

Nesse contexto de formulação jurisprudencial foi que surgiu a doutrina do abuso de poder (*Détournement de Pouvoir*), como manifestação jurídica contrária aos atos abusivos praticados por agentes da Administração Pública.

Neste trabalho, o enfoque principal incide sobre o desvio de poder no uso das competências próprias do Legislativo. Ressaltamos, entretanto, a validade da argumentação apresentada tanto para o Poder Executivo como para o Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à edição de atos administrativos.

Na perspectiva metodológica, optamos por contextualizar a teoria do abuso de poder, antes de adentrar no plano de sua aplicação ao objeto de estudo selecionado.

¹ Sobre o caráter autoritário e não garantístico, presente na formação do Direito Administrativo, vejam-se: CHEVALLIER, 1988, p. 57-70; PASTOR, 2000; OTERO, 2001, 2003; BINENBOJM, 2006.

2. A teoria do abuso de poder: aspectos históricos, doutrinários, jurisprudenciais e legais

2.1. Antecedentes históricos

A teoria do abuso de poder tem sua origem na França, com o fortalecimento do princípio da separação dos Poderes e a criação da jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo.

A criação do Conselho de Estado, como órgão superior da jurisdição administrativa francesa, representa marco histórico significativo na história do Direito Administrativo, pois, em decorrência da atuação independente desse órgão, foi possível consolidar ampla jurisprudência que veio a servir de base à construção do próprio Direito Administrativo (CRETILLA JÚNIOR, 1964, p. 73).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 4), comentando a importância do Conselho de Estado para formação do Direito Administrativo, tece as seguintes considerações:

“É inegável a contribuição do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo.

Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França.

Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60).

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos ‘as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem’.”

Foi na jurisprudência do Conselho de Estado que a teoria do abuso de poder ganhou seus contornos, tendo como referência histórica o denominado caso *Lesbats*, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 112), em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, apresenta a seguinte descrição do caso *Lesbats*:

“85. No caso *Lesbats*, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Co-

nhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local (cf. Sirey, *Refonte*, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864).”

2.2. Formulação doutrinária do abuso de poder no Brasil

Quanto à dimensão teórica, a teoria do abuso de poder francesa apresenta diferença em relação à doutrina brasileira sobre a matéria.

Para a doutrina administrativista brasileira, a noção de abuso de poder deve ser tomada em sentido genérico, compreendendo as espécies jurídicas do excesso de poder e do desvio de poder.

A doutrina do Conselho de Estado francês, em sua origem, não conferiu conteúdo singular para o excesso de poder e para o desvio de poder (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 212).

No Brasil, os doutrinadores do Direito Administrativo adotaram, em sua maioria, sistemática explicativa quase uniforme para comentar a teoria do abuso de poder. A sistemática doutrinária nacional engloba considerações sobre os seguintes elementos:

- Uso do poder pelo administrador público.
- Abuso de poder pelo administrador público.
- Excesso de poder pelo administrador público.
- Desvio de poder pelo administrador público.

2.3. Uso do poder

Com relação ao uso do poder, é preciso ter em conta que o exercício da autoridade estatal é atribuído ao agente público para desempenho de funções que se correlacionam com interesses públicos da coletividade e

não para satisfação caprichosa de interesses privados ou pessoais. A gestão da coisa pública impõe ao delegado da Administração observância da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e, sobretudo, da finalidade da sua atuação, que deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade e pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A Administração Pública não pertence aos governantes momentâneos e nem pode ser conduzida ao livre talante dos agentes que a integram. Ao contrário, o uso regular do poder público fundamenta-se na compreensão de que a coisa pública pertence a toda coletividade e, por consequência, em seu benefício é que deve ser exercido (MELLO, 1988).

Consoante as palavras de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 111-112), “o poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público”.

2.4. *Abuso de poder*

O abuso de poder consiste na exorbitância da autoridade conferida ao agente público e se manifesta no excesso de poder, pela ultrapassagem dos limites legais, e no desvio de poder, pela consecução de finalidades discrepantes daquelas almejadas pela norma concessiva da competência.

O abuso de poder exterioriza o transbordamento da autoridade além dos limites legais, destoando da diretriz de razoabilidade e maculando a legitimidade das ações praticadas pelo agente público.

2.5. *Excesso de poder*

O excesso de poder, como uma das espécies do gênero abuso de poder, concretiza-se quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e

exorbita de suas faculdades administrativas (MEIRELLES, 2008, p. 114).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1980, p. 215-216), comentando a espécie do excesso de poder, faz as seguintes considerações:

“No excesso a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas.

Haverá excesso, não desvio, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de fim diverso, mas de alcance excessivo na finalidade.”

Em síntese, no excesso de poder, o agente público excede-se nas medidas adotadas, ampliando, para além do previsto na lei, a finalidade a ser alcançada.

2.6. *Desvio de poder*

Ocorre desvio de poder quando o agente público, embora competente para a prática do ato, faz uso da sua autoridade para atingir finalidade diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de poder é, pois, o desvio do poder discricionário. É o afastamento da finalidade do ato (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 185).

No desvio de poder, o que ocorre é uma troca dissimulada da finalidade prevista na lei por outra, aparentemente compatível, mas que não traduz o verdadeiro sentido ético e social desejado pelo legislador.

No desvio de poder, segundo Cretella Júnior (1978, p. 186), a autoridade disfarça os motivos verdadeiros do ato praticado e apresenta, para encobri-los, pretexto legal para justificar a prática do ato.

O magistério de Hely Lopes Meirelles (2008 p. 114), a seguir transcrito, sintetiza com precisão a figura do desvio de poder:

“O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei,

ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação; ou, ainda, quando adquire tipo de veículo com características incompatíveis com a natureza do serviço a que se destinava.”

O desvio de poder é praticado sob a “máscara da legalidade”, segundo palavras de Cretella Júnior (1978, p. 186), procurando a autoridade pública dissimular o endereço real do ato praticado.

2.7. *Comprovação do desvio de poder*

Em acordo com a doutrina, a comprovação do desvio de poder não se demonstra fácil, pois o ato praticado apresenta-se, em regra, como lícito em sua finalidade, traduzindo um pretense interesse público, mas, na verdade, veicula regra desviada desse interesse.

Situação que melhor exemplifica a dissimulação do ato desviado de finalidade é a da desapropriação de imóveis. Nessa circunstância, é possível termos ato desapropriante, travestido de interesse social, desviado da regra de competência conferida ao agente público, para atingir interesses outros que não os públicos, como uma retaliação política ou uma vingança pessoal. Entretanto, como a referida desapropriação exemplificativa atinge um conjunto de imóveis, a comprovação do

desvio de finalidade, que se dirigia a um único endereço, demonstra-se difícil de ser caracterizada de forma evidente.

Situações como a descrita anteriormente colocam em xeque a eficácia plena da teoria do desvio de poder como instrumento de controle dos atos administrativos. Com efeito, na situação apontada, o controle da legalidade das desapropriações feitas seria mais plausível pela aplicação da teoria principiológica, tendo como parâmetros de aferição o princípio da razoabilidade ou o postulado da proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964) afirma que, para caracterizar a postura do desvio de poder, é prescindível que exista uma verdadeira antinomia, uma antítese, entre a finalidade da lei e a do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos. Entretanto, nem sempre esse desacordo apresenta-se claramente para caracterização inquestionável do desvio de poder, como, por exemplo, na situação das desapropriações.

O professor Cretella Júnior (1978, p. 186), profundo conhecedor do tema e autor da obra “Do Desvio de Poder”, publicada em 1964, comenta, da seguinte forma, a dificuldade de provar-se o desvio de poder:

“É difícil fazer-se a prova do desvio de poder. Esta prova, direta, deve encontrar-se na documentação que figura no expediente administrativo, ou que se incorpora ao expediente jurídico. Também se admite a prova testemunhal, assim como a prova indiciária, mas apreciando-as com critério restritivo e exigindo-se que as presunções sejam graves, concordes e precisas. É fácil compreender que, quando o administrador usa poderes discricionários de que é detentor para fim nefando, inconfessável, para fim incompatível com o interesse público, não seria ingênuo em confessá-lo ou em deixar vestígios palpáveis de sua conduta. Disfarça, então, os motivos verdadeiros do ato praticado e apre-

senta oficialmente o pretexto legal. Trata-se pois de desmascarar o embuste, o que nem sempre é fácil”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 229) também discorre sobre a dificuldade probatória do desvio de poder nos seguintes termos:

“A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210):

- a) a motivação insuficiente;
- b) a motivação contraditória;
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato;
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos;
- e) a camuflagem dos fatos;
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos;
- g) o excesso de motivação.”

2.8. O desvio de poder na jurisprudência nacional

A jurisprudência nacional demonstrou-se receptiva à doutrina do *détournement de pouvoir* e a adotou como parâmetro de controle da legitimidade de atos legislativos e administrativos. A formulação teórica do Conselho de Estado francês foi, progressivamente, ganhando espaço de aplicação na jurisprudência dos tribunais brasileiros, tornando-se importante critério de aferição da legalidade de atos administrativos e da constitucionalidade de leis.

Alguns exemplos, a seguir mencionados, ilustram a aplicabilidade da teoria do desvio de poder nos tribunais pátrios.

Um dos mais antigos acórdãos, que faz menção à teoria do desvio de poder, foi o resultante do julgamento da Apelação Cível nº 1.422, em 28 de julho de 1948, no Tribu-

nal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que foi relatada pelo então Desembargador Seabra Fagundes, cuja ementa tem o seguinte teor:

“No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrindo fins de interesse público, deixa às mostras finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O ‘fim legal’ dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança.”

Caio Tácito (2002, p. 2-3) comentou o acórdão pioneiro nos seguintes termos:

“Tratava-se de mandado de segurança versando sobre o exercício do poder de polícia de trânsito, por parte de autoridade estadual competente, fixando horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus que importava em prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Acolhendo o voto do Relator, o Tribunal decidiu pela nulidade do ato, que não atendia ao fim legal de bom funcionamento do serviço de transporte, mas objetivava outro fim estranho de favorecimento de terceiro.”

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.331, em 21 de setembro de 1951, tendo como relator o Ministro Orosimbo Nonato, fez uso da teoria do desvio de poder para assentar o seguinte entendimento:

“Ilimitada não é, segundo Rui de Souza, citado na sentença de primeira

instância, a faculdade de determinar a quota do tributo, 'não sendo lícito à administração pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava'.

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de Marshall pelo de que 'the power to tax is the power to keep alive'. Cita, ainda, o juiz, erudita conferência do prof. Bilac Pinto tirada a lume na Ver. For., vol. 82, p. 547, que vale por eloqüente preconício da doutrina elaborada na Corte Suprema dos Estados Unidos de que o poder de taxar 'somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade'.

É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do 'détournement de pouvoir'. Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que 'la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones' (González Calderon in Lúcio Bittencourt, o Contrôle Jurídico da Constitucionalidade das Leis, pags. 53/54)."

Outros acórdãos, também do Supremo Tribunal Federal, proferidos nos julgamentos, respectivamente, do Mandado de Segurança nº 7.243, em 20 de janeiro de 1960, e do Recurso Extraordinário nº 50.219, em 18 de maio de 1964, adotaram a teoria do desvio de poder para confirmar a anulação de leis estaduais, aprovadas ao final de governos, que enquadravam, como servidores públicos, centenas de

correligionários políticos dos governantes que estavam terminando seus mandatos. Essas leis, consoante Caio Tácito (2002, p. 4), caracterizavam os denominados "testamentos políticos" dos governantes em final de mandatos.

As leis anuladas apresentavam claro desvio de poder legislativo, tendo em vista o ostensivo favorecimento de facções políticas na eminência da despedida do poder (TÁCITO, 1974, p. 12).

Em julgamento, datado de 31 de agosto de 1967, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.912, confirmou a tese de que a teoria do desvio de poder poderia ser aplicada ao exame da constitucionalidade de atos legislativos. Nesse processo, foi discutida a constitucionalidade de dispositivo acrescido, por emenda parlamentar, a lei estadual em função de inobservância dos princípios da legalidade e da igualdade, tendo em vista que o dispositivo mencionado beneficiava apenas um único servidor. As palavras do Ministro Prado Kelly, a seguir transcritas, demonstram o emprego da teoria do desvio de poder no controle jurisdicional:

"O Sr. MINISTRO PRADO KELLY - Por isso, procurei ser exato nos termos de que usei.

O que estava em causa era o velado desrespeito ao princípio da legalidade. Esse princípio, associado ao da igualdade jurídica, pressupõe que a lei tem efeitos gerais. É um resguardo da própria autoridade do Legislativo, e é uma garantia para os cidadãos. Admito o exercício da faculdade de emenda atribuída ao legislador, mas verifico que, no caso concreto, ele usou daquela faculdade com desvio do fim pressuposto na Constituição e nas normas que regem a disciplina do órgão. Por quê? Porque, em vez de prover em relação ao bem público, atendeu a um interesse pessoal menos legítimo. É este o ponto; e só com esta limitação

eu admitiria a pesquisa da intenção do legislador, a fim de dar por comprovado o *détournement de pouvoir*”.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.229, em 12 de junho de 1974, o Supremo Tribunal Federal, examinando a constitucionalidade de lei que desapropriava imóvel para doação a entidade privada, mais uma vez utilizou o parâmetro do desvio de finalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei. A ementa do julgado sintetiza o enfoque dado pelo Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: – Desapropriação. – Lei que autoriza desapropriação de imóvel para ser doado a entidade de direito privado, declarada de utilidade pública. – Inconstitucionalidade.

Cabe ao Poder Judiciário decidir se a desapropriação corresponde à finalidade constitucionalmente prevista de destinar-se o bem expropriado a fim de necessidade ou utilidade públicas, ou de interesse social.

– Desapropriação de imóvel para doação a sociedade civil declarada de utilidade pública. A expropriação de imóvel a favor de pessoa jurídica de direito privado somente se legitima se se tratar de concessionário de serviços públicos ou de delegado de função pública, ou afetado, o bem expropriado, ao serviço público.

Entidade declarada da utilidade pública. – sociedade que serve desinteressadamente à coletividade, em obra de benemerência. – Inexistência de desempenho de funções ou serviços públicos. – Inconstitucionalidade de desapropriação de imóvel para ser-lhe doado, a fim de servir-lhe de sede.

– Reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 3.162, de 1.6.1957 e do Decreto 42.033, de 13.8.1957, quanto à desapropriação a que se referem.”

Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063, em 18 de maio de 1994, a utilização da teoria do desvio de

poder ficou comprovada como mecanismo de controle da atividade legislativa sob o prisma da constitucionalidade. Trecho da ementa do processo exterioriza a seguinte compreensão:

“Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO.”

Em 18 de outubro de 1994, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 167.137, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a nomeação de membros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, reconheceu lesividade à finalidade da norma constitucional e anulou a nomeação referida. A ementa do processo apresenta o seguinte teor:

“EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS.

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF.

NOTÓRIO SABER – Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado.

AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa.

Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação.”

Para finalizar a apresentação de exemplos da aplicabilidade da teoria do desvio de poder na jurisprudência, vale transcrever trecho da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667-MC, julgada em 19 de junho de 2002:

“**APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO.**

– A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.”

2.9. *O desvio de poder na legislação brasileira*

Após seu reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, a teoria do desvio de poder foi incorporada à legislação nacional. Com efeito, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, positivou a noção de desvio de poder, ou de finalidade, em seu art. 2º:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

O transcrito art. 2º da Lei nº 4.717, de 1965, é um marco importante para o Direito Administrativo brasileiro, pois, a um só tempo, definiu legalmente os requisitos de validade dos atos administrativos e consolidou a teoria do desvio de poder no Direito nacional.

Como registro histórico, é importante mencionar que a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal da República, em seu art. 13, § 9º, alínea “b”, já fazia menção à teoria do desvio de poder:

“Art. 13. Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

.....
.....
§ 9º Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em

questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para fim de assegurar o direito do autor.

.....
.....
b) a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade discricionária somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

2.10. Declínio da teoria do desvio de poder

Importantes administrativistas apontam para o declínio do emprego da teoria do desvio de poder. A questão da dificuldade probatória do desvio de poder e a sedimentação de outros parâmetros de controle da legalidade de atos administrativos e de controle da constitucionalidade de normas legais contribuíram para o declínio da aplicabilidade da teoria do desvio de poder.

Comentando esse declínio, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 486) faz as seguintes considerações:

“A teoria do desvio do poder se acha em declínio, na França, como salientam os seus mais modernos administrativistas, pois o Conselho de Estado prefere, sempre que possível, aplicar a teoria dos motivos determinantes, dada a dificuldade maior em apreciar-se a intenção do agente público que verificar-se o fato que constitui fundamento do ato, e se suficiente para justificá-lo. Então o exame é objetivo, tendo em vista a importância e os elementos que provocaram o ato, na indagação da proporcionalidade deste com referência àqueles.

Em vez de verificar se a proibição de procissão se deu por objetivos anticlericais, para se anular o ato por desvio de poder, se apura, para igual efeito, se ocorreu motivo razoável na proibição. Uma vez nenhum prejuízo haveria para a polícia de segurança

na autorização da procissão, desde que passaria por local pouco movimentado e não acarretaria perturbação ao trânsito, considera-se inexistiu motivo suficiente para a medida tomada, e surge o fundamento para anular o ato administrativo.”

Jean Rivero, (1981, p. 292) por sua vez, em sua obra “Direito Administrativo”, comenta a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado sobre a prova no desvio de poder e aponta, também, para o declínio da teoria:

“O Conselho de Estado, após ter exigido inicialmente que o desvio do poder resultasse do próprio acto, admite que a prova se deduza dos diversos elementos do processo: outras peças escritas, circunstâncias em que surgiu o acto, inexactidão dos motivos alegados que deixam transparecer o fim verdadeiro, etc. Procura menos uma prova manifesta que uma convicção, que pode resultar de um ‘feixe de indícios convergentes’ (C.E., 28 de Março de 1945, Devouge, Rec., pág. 64). Todavia, estas dificuldades de prova explicam o declínio relativo do desvio de poder: desde que o Conselho de Estado considera uma causa de anulação a inexactidão material dos motivos alegados pela Administração, os recorrentes têm mais facilidade em obter a anulação por essa via do que pela do desvio do poder, que exige não só a prova da inexactidão do motivo invocado, mas ainda a do fim real. Além do mais, o desenvolvimento das preocupações económicas na actividade administrativa conduziu o juiz a abandonar o seu rigor em relação à tomada em consideração destas preocupações em apoio de uma medida de polícia (C.E., 29 de Janeiro de 1933, *Sté des autobus antibois*, Gr. Ar., pág. 204). No estado actual da jurisprudência, o desvio do poder desempenha,

portanto, um papel subsidiário, e as decisões de anulação baseadas nesta abertura são raras (Cf. todavía un exemplo recente: C.E., 13 de Novembro de 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971, pág. 53).”

O renomado administrativista espanhol Eduardo García de Enterría (1998, p. 461-462), igualmente, faz menção ao declínio da teoria do desvio de poder:

“A la vista de lo expuesto no ofrece dudas la gran operatividad que puede corresponder a esta técnica de la desviación de poder de la que sigue habiendo frecuentes aplicaciones (vid. La Sentencia de 25 de septiembre de 1995 y sus numerosas referencias), a pesar de que se haya llegado a hablar en Francia, su país de origen, de un cierto *déclin du détournement de pouvoir*. Esta decadencia de la desviación de poder, de existir, se debe no ya a una pérdida de confianza en las posibilidades de esta técnica, sino, más propiamente, al hallazgo de otras distintas dotadas de un mayor poder de penetración. A continuación veremos cuáles son éstas.”

García de Enterría (1998, p. 462-468) indica como técnicas que vieram a suplantar a teoria do desvio de poder a teoria dos motivos determinantes e a teoria dos princípios. Sobre o controle da discricionariedade dos atos administrativos com o emprego dos princípios, Enterría faz as seguintes considerações:

“Los principios generales del Derecho proporcionan, por ello, otros tantos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una

abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones.

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general”.

Os dados anteriormente expostos demonstram que a teoria do desvio de poder já não desfruta do prestígio acadêmico que possuía no século XIX e parte do século XX. Com efeito, o controle da legalidade dos atos administrativos, bem como dos limites da discricionariedade, é feito, na atualidade, com mais vigor pela aplicação da teoria dos princípios, com destaque para o princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, o que permite concluir pela superação da teoria do desvio de poder.

2.11. Limites materiais da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle de atos legislativos

A teoria do desvio de poder foi concebida no âmbito do Direito Administrativo para controle de atos administrativos, tendo, posteriormente, sido transposta para o campo do Direito Constitucional e aplicada no controle da constitucionalidade das leis.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem e admitem o emprego do desvio de poder como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis.

Caio Tácito (1993, p. 68), em ensaio intitulado “Desvio de Poder Legislativo”, afirma que “o abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008 p. 965) comenta a aplicabilidade da teoria de poder a atos legislativos da seguinte forma:

“48. Tanto pode existir desvio de poder em ato administrativo quanto em ato legislativo ou jurisdicional.

Assim como o ato administrativo está assujeitado à lei, às finalidades nela prestigiadas, a lei está assujeitada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos neste plano superior.

Demais disto, assim como um ato administrativo não pode buscar escopo distinto do que seja específico à específica norma legal que lhe sirva de arrimo, também não pode a lei buscar objetivo diverso do que seja inerente ao específico dispositivo constitucional a que esteja atrelada a disposição legiferante expedida. Ou seja, se a Constituição habilita legislar em vista de dado escopo, a lei não pode ser produzida com traição a ele.

É certamente verdadeiro que o desvio de poder poderá muito mais frequentemente encontrar espaço para irromper em atos administrativos do que em leis. A razão disto demora em que a margem de discricção dos primeiros em relação à lei será (de regra, ao menos) muito menor do que a margem de discricção da lei em relação à Constituição. Sem embargo, isto não interfere com o reconhecimento de que em ambas as hipóteses a compostura do vício é a mesma: consiste sempre no

desencontro da providência tomada com a norma superior a que deve obsequio; a saber: no primeiro caso, à lei, e, no segundo, à Constituição.”

Entretanto, em que pese o reconhecimento da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no campo do controle de constitucionalidade das leis, o emprego dessa teoria encontra limitações decorrentes da relação entre a Constituição e a legislação que não é idêntica à relação entre a lei e o ato administrativo, no que tange à liberdade de conformação material (conteúdo da lei e conteúdo do ato administrativo). De fato, o legislador ordinário possui uma margem de escolha, dentro da atividade legiferante, muito superior à que é atribuída ao agente público responsável pela edição do ato administrativo, que está circunscrito aos limites da discricionariedade que lhe foi conferida.

Por consequência, quanto maior for a margem de discricionariedade menor será a possibilidade de aplicação da teoria do desvio de poder, em função da dificuldade de ser cotejada, com precisão, a finalidade estipulada pela lei com a regra de competência constitucional que concedeu poder ao legislador ordinário para dispor sobre a matéria.

Em artigo sobre o desvio de poder no exercício da função legislativa, Gustavo Ferreira Santos (1998, p. 287-290) fala sobre as limitações da aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao plano constitucional:

“Não é possível, conforme magistralmente demonstrado por J. J. Gomes Canotilho na sua tese intitulada ‘Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador’, transpor para o campo do Direito Constitucional a noção administrativista de discricionariedade.

A imprestabilidade da noção de discricionariedade ocorre, primordialmente, em função da especificidade da posição constitucional do legislador, que, pelo princípio democrático, teria assegurada uma liberdade de

escolha além da que se atribui ao administrador.

Ressalte-se, ainda, que o princípio da legalidade exige do administrador que, mesmo no exercício do poder discricionário, submeta-se aos fins definidos na lei, apenas cuidando de escolher meios adequados aos fins. Já na atividade legislativa não há essa estrita vinculação aos fins, sendo dado ao legislador a possibilidade de também eleger, em várias ocasiões, fins a serem buscados.

.....
..... (Omissão textual nossa)

A atividade do legislador não está tão vinculada a fins como a atividade do administrador, sendo que, em muitos momentos, ao legislador se apresentam apenas os 'fins últimos' definidos pela Constituição, não havendo, para o ato concreto a ser editado, uma finalidade específica definida pelo Constituinte, sendo-lhe dado definir os fins.

Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de ser possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger."

Em livro dedicado integralmente ao tema do desvio de poder na função legislativa, Pedro Estevam A. P. Serrano (1997, p. 34-38) comenta a impossibilidade de plena aplicação da teoria do desvio de poder ao controle da função legislativa:

"É nesse ponto que constatamos a fundamental diferença entre a margem de liberdade do legislador e a discricionariedade administrativa.

Ao administrador só é oferecida uma conduta acessória quanto à lei, não

criativa e não agregativa de valores. A vinculação emanada da lei é sempre positiva. Já a vinculação do legislador pela Constituição nem sempre é positiva, cabendo-lhe, em diversas situações, a iniciativa criativa nos pressupostos e/ou meios, e/ou fins normativos, limitada apenas pela não contradição com os dispositivos constitucionais (limites negativos). Mesmo quando a conduta legiferante é positivamente vinculada nos fins, a baixa conotação dos comandos constitucionais lhe permite ou até exige, na maioria das vezes, a agregação de novos valores significativos.

Concluimos então pela impossibilidade, em gênero, de transferência da estrutura técnico-jurídica da discricionariedade administrativa para o território da função legislativa.

Cumpre-nos ainda verificar se esta conclusão é satisfatória para responder a todas as situações presentes em todos os espaços de vinculação constitucional, ou seja, se há utilidade em identificarmos alguma esfera de competência legislativa que aceite a construção de um conceito análogo ou minimamente similar ao de discricionariedade, e que venha a lhe viabilizar a verificação de eventual vício por desvio de poder.

Neste aspecto avaliamos que há situações - no território da vinculação constitucional - em que a margem de liberdade oferecida ao legislador tem estrutura, se não idêntica, pelo menos próxima ou análoga à da discricionariedade administrativa. Isto porque a agregação de valores pelo legislador se dá por diretrizes materiais constitucionalmente determinadas, implicando a relação vinculante meio-fim."

Assim, determinadas normas constitucionais, em razão de sua natureza programática, conferem ao legislador ordinário

ampla margem de escolha, de liberdade na fixação de fins, o que torna inaplicável, nesses casos, a teoria do desvio de poder como forma de controle, em face da fragilidade dos contornos normativos que permitiriam o teste de conformação finalística entre o desígnio do legislador constitucional e a ação concreta do legislador ordinário.

Na conclusão de sua monografia, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano (1997, p. 138) deixa patente que a aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da atividade legislativa requer a observância de singularidades e, também, de limites, o que, em nosso entendimento, demonstra a falta de consistência da teoria como técnica de controle da constitucionalidade das leis, já que sua aplicação seria seletiva e não uniforme:²

“O vício do desvio de poder terá possibilidade de ocorrer no exercício da competência legislativa discricionária.

9 – O desvio de poder legislativo, no que se refere às leis gerais e abstratas, comporta duas modalidades:

(i) o desvio de finalidade legislativa, quando ocorrente estipulação de meio legal inadequado em face dos fins constitucionais que presidem a competência legislativa discricionária;

(ii) o desvio de poder por vício causal, quando a medida legal se revelar inadequada, contraditória ou irrazoável em relação aos fins a que ela própria se destina.

A modalidade subjetiva do desvio de poder administrativo é insuscetível de ser aplicada na atividade legislativa genérica e abstrata, devido a intangibilidade da motivação do legislador, pela Jurisdição, nas leis desta natureza.

10 – Nas leis individuais, é dever da Jurisdição verificar a existência dos

motivos alegados pelo legislador em sua motivação, bem como a relação causal entre motivo e conteúdo prescritivo da lei diante de sua finalidade. Cabe-lhe também o controle da compatibilidade entre os fins da lei e o interesse público, de modo a poder invalidá-la quando o legislador busque perseguir ou beneficiar indevidamente alguém.

A teoria do desvio de poder – no campo das leis individuais – aplica-se exatamente como é concebida no Direito Administrativo, tanto em sua dimensão objetiva quanto subjetiva.”

No âmbito do Direito Administrativo, consoante a visão de importantes doutrinadores, a teoria do desvio de poder vive uma fase de declínio. No campo do controle da constitucionalidade das leis, a aplicação da teoria encontra limites que a fragilizam como método. Assim, é possível compreender a perda de espaço jurídico da teoria do desvio de poder e a sua superação pela teoria dos princípios constitucionais como técnica de controle das leis e, igualmente, dos atos administrativos.

Retomando o pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 486) sobre o tema: o que seria mais eficaz? Verificar se a proibição de determinada procissão religiosa se deu por objetivos anticlericais, para se anular o ato proibitivo, ou apurar, para o mesmo fim, se ocorreu motivo razoável para legitimar a proibição? Acreditamos que a aferição da proibição, *pelo prisma da razoabilidade*, seria mais eficaz.

3. A consolidação de um novo paradigma de direito pós-positivista: o primado da principiologia constitucional e dos direitos fundamentais

3.1. Considerações sobre o pós-positivismo

A história do Direito, consideradas as correntes de pensamento justificadoras das diretrizes ideológicas, poderia ser dividida

² Sendo mais objetivo na consideração: teríamos uma técnica aplicável para algumas leis e não-aplicável para outras.

em três grandes segmentos: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

A marca distintiva do jusnaturalismo residiria na força da valorização de um conjunto de direitos que seriam inerentes à condição humana, como o direito à vida, à liberdade e à felicidade, independentemente de determinações normativas. É possível dizer que o direito natural acabou “positivado” na maioria das constituições dos países modernos, nos catálogos de direitos fundamentais (FERRAZ JR., 2003, p. 171).

O positivismo adota a identificação do direito com a norma posta pelo Estado e expurga do mundo jurídico quaisquer outras influências, sejam históricas, sociológicas, filosóficas ou morais. O direito resulta da norma pura, criada e imposta pelo homem, sem contaminações com outras ciências ou fatos sociais. A norma jurídica é o parâmetro objetivo e seguro para ordenação da vida social. A depuração Kelseniana, que enfoca o direito como fenômeno puro, desconecta a ciência jurídica da moral e institui uma ordem calcada na letra da lei positivada, com nítido sacrifício dos valores como fiéis da balança da justiça social.

Pondo em xeque o formalismo purista do positivismo, que reduziu o Direito à obediência cega à lei, a corrente de pensamento do pós-positivismo orienta-se, essencialmente, no propósito de reconectar o Direito com a sociedade e, mais do que isso, refundir o Direito com a ética, passando a empregar no exame das questões jurídicas uma perspectiva axiológica, plasmada pelo reconhecimento da força normativa dos princípios e da supremacia dos direitos fundamentais, tendo como diretriz essencial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa guinada em direção a uma jurisprudência de valores, também denominada virada Kantiana, reposiciona o homem como fim do Direito e não mais como um meio deste.

José Alexandre Franco (2004, p. 5), em ensaio sobre o pós-positivismo, comenta

o retorno de Kant ao centro da discussão jurídica moderna:

“Como muitos outros filósofos, Kant pensava que a moralidade poderia resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual se derivariam todos os nossos deveres e obrigações, que chamou imperativo categórico, assim expressado: age apenas segundo aquela máxima que possas ao mesmo tempo desejar que se torne lei universal (Fundamentação da Metafísica dos Costumes de 1785). Depois complementou que o princípio moral essencial afirmaria: age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Ele acreditava que a moralidade exigiria tratar as pessoas sempre como um fim e nunca apenas como um meio, significando exatamente que o valor dos seres humanos estaria acima de qualquer preço. Não tinha em mente apenas um efeito retórico, mas sim um juízo objetivo sobre o lugar dos seres humanos na ordem das coisas.”

Ainda em acordo com José Alexandre Franco (2004, p. 8-9), que faz menção a ideias de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo poderia ser apresentado da seguinte forma:

“O momento histórico posterior à 2ª guerra mundial serviu para inspirar um novo movimento para reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursoras de uma teoria dos direitos fundamentais. Aí surge o que se pode denominar de pós-positivismo jurídico fundamentado, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e o retorno da discussão dos valores, com a reaproximação da ética do direito. É o constitucionalismo moderno que os alemães chamaram de virada kantiana, com

a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável de valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central. Os princípios se prestam a condensar valores e dar unidade ao sistema, além de condicionar a atividade do intérprete. No Brasil despontam os princípios da razoabilidade, como meio de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, e o da dignidade da pessoa humana, identificado como um espaço de integridade moral a todas as pessoas pelo fato de simplesmente existirem, cujo núcleo seria o mínimo existencial. Ainda realça o acesso à justiça como elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e a efetivação dos direitos, podendo destacar a prestação jurisdicional efetiva como direito fundamental decorrente tanto da dignidade da pessoa humana como do próprio Estado Democrático de Direito.

Em síntese, conclui Barroso, o pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.”

O pós-positivismo representa um movimento de reação ao formalismo estrito preconizado pela teoria de Kelsen, que figura com fundamental importância para caracterização do positivismo jurídico. As

linhas mestras que singularizam o pós-positivismo seriam as seguintes:

- reencontro do Direito com a ética;
- reconhecimento da força normativa dos princípios;
- consolidação de uma teoria principiológica;
- consolidação de uma teoria dos direitos fundamentais;
- colocação do homem como centro da discussão ético-jurídica, tomando o princípio da dignidade da pessoa humana como marco referencial para a construção de uma “sociedade feliz”.

O pós-positivismo rompe com o mito de considerar a lei manifestação perfeita da razão, como resposta definitiva às demandas humanas, e inaugura uma nova visão jurídica na qual o Direito transcende a lei positivada e reencontra-se com a ética, passando a adotar uma concepção fundada na normatividade dos princípios e na plena eficácia dos direitos fundamentais. O Direito, na via do pós-positivismo, abandona a pseudocompletude do formalismo legal e caminha em direção ao mundo real, na busca de sua legitimidade. O manto restrito da legalidade é absorvido pela juridicidade.

3.2. A consolidação da teoria dos princípios

“A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica
.....(Omissão nossa)
.....

O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”. (BARROSO, 2001, p. 24-25)

Paulo Bonavides (2008, p. 255-295), em seu “Curso de Direito Constitucional”, dedica um capítulo inteiro para narrar a caminhada doutrinária voltada para o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Os princípios, em momento histórico inicial, figuravam como meros postulados

éticos, desprovidos de normatividade e impositividade (fase jusnaturalista).

Posteriormente, durante o positivismo, os princípios foram incorporados ao ordenamento jurídico, em especial aos códigos, como elementos subsidiários de integração normativa, demonstrando sua subordinação ao direito positivado.

Com o advento do pós-positivismo, os princípios migram dos códigos para as constituições, conquistando hegemonia axiológica e passando a figurar como normas-chaves de orientação obrigatória de todo o sistema jurídico, vinculando o legislador ordinário no exercício da função legislativa.

A afirmação da normatividade dos princípios resulta da obra doutrinária de vários pensadores. Foi Crisafulli, segundo Bonavides (2008, p. 257), em sua obra de 1952, intitulada “La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio”, um dos precursores da teoria da normatividade dos princípios:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”

Além de Crisafulli, Bonavides (2008, p. 266-267) aponta Jean Boulanger como o mais insigne precursor da normatividade dos princípios. Em seu ensaio “Principes généraux du droit et droit positif”, de 1950, Boulanger efetiva a distinção entre princípios e regras e, diferenciando ambos conceitos, afirma que princípios são gerais porque comportam uma série indefinida de aplicações.

Outro precursor do reconhecimento da normatividade dos princípios foi Joseph

Esser que, em seu livro “Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, publicado originalmente em alemão em 1956, preconizava que o princípio atua normativamente, sendo parte jurídica e dogmática do sistema de normas (BONAVIDES, 2008, p. 271).

3.3. As contribuições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy

A consolidação efetiva da normatividade dos princípios resulta da formulação doutrinária de dois importantes juristas: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Contestando a posição positivista que apenas reconhecia normatividade às normas, Dworkin elabora uma teoria que, partindo da concepção de norma como gênero e princípios e regras como espécies, reconhece a plena normatividade dos princípios.

Luís Roberto Barroso (2001, p. 26) ressalta a importância da teoria de Dworkin para superação do positivismo legalista:

“A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve

incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção. Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação”.

Complementando a exposição de Barroso, vale transcrever palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 2):

“Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.”

As ideias de Ronald Dworkin, referentes à teoria dos princípios, foram divulgadas, originalmente, em ensaio intitulado “The mode of rules”, publicado em 1967 pela Universidade de Chicago. Posteriormente, a argumentação desse artigo foi incorporada ao livro “Taking rights seriously”, publicado em 1997 pela Universidade de Havard.

Robert Alexy, por sua vez, adota a mesma linha de argumentação desenvolvida por Dworkin, que compreende a distinção entre princípios e regras na dimensão qualitativa e não de grau de abstração.

Alexy (2008, p. 85), estudando a estrutura de direitos fundamentais, concentra seus esforços no sentido de conferir maior clareza à singularização conceitual de regras e princípios. Após analisar diversas teorias que procuram diferenciar as duas espécies de normas, Alexy (2008, p. 90) conclui que o critério decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Alexy, em seguida, define princípios como mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, tendo em conta possibilidades fáticas e jurídicas, sendo essas últimas determinadas pelos princípios colidentes. Por sua vez, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Ainda, segundo Alexy (2008, p. 106), princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.

A distinção entre regras e princípios no pensamento de Alexy (2008, p. 91) apresenta-se mais nítida quando da ocorrência de colisões entre princípios e de conflitos de regras. A solução para o conflito de regras é formulada da seguinte forma pelo jurista alemão (ALEXY, 2008, p. 92):

“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.”

No que diz respeito à colisão de princípios, Alexy (2008, p. 93-94) expõe o seguinte:

“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

Em síntese, tomando emprestada de Bonavides (2008, p. 279) a frase que melhor resume a questão, o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios na dimensão do valor.

Alexy (2008, p. 144) também promove, em sua obra, a aproximação da teoria dos princípios à teoria dos valores. Para o professor alemão, princípios e valores estão intimamente relacionados, mesmo tendo em conta que os primeiros operam na dimensão deontológica e os segundos na dimensão axiológica:

“Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.”

Entretanto, embora Alexy (2008, p. 153) pondere que a teoria dos princípios e a teoria dos valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, o jurista alemão deixa clara a sua preferência pela teoria dos princípios para aplicação no campo jurídico:

“A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios.”

A teoria dos princípios de Robert Alexy foi detalhadamente exposta em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, publicado na Alemanha em 1986, que já possui sua versão nacional, editada em 2008.

3.4. *Distinções entre as teorias de Dworkin e de Alexy*

A obra de Ronald Dworkin e de Robert Alexy apresentam muitos pontos em comum, especialmente no que tange à taxinomia dos princípios e das regras, que leva em conta a dimensão qualitativa (natureza) dessas espécies de normas e não

a dimensão quantitativa (grau de generalidade). Contudo, suas formulações também apresentam pontos divergentes como os apontados por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 105-106):

- Dworkin admite a possibilidade de as regras serem objeto de ponderação.
- Alexy defende a ponderação apenas para princípios.
- Dworkin entende que os direitos fundamentais não podem ser ponderados com fins coletivos.
- Alexy acha possível restringir, com o emprego da proporcionalidade, os direitos fundamentais, mesmo quando se trate de promover metas comunitárias.

Ainda sobre a distinção entre as teorias dos dois juristas, vale transcrever a visão do próprio Alexy sobre as diferenças que singularizam sua teoria em relação à de Dworkin (ATIENZA, 2001, p. 674 apud CRISTÓVAM, 2007, p. 84-85):

“Em resposta à pergunta formulada por Atienza acerca das diferenças entre sua teoria e a de Dworkin, Alexy assim se manifestou: ‘Não é fácil uma comparação entre a teoria do Direito de Dworkin e a minha. Certamente, existem muitas coisas comuns, mas o arcabouço conceitual de ambas teorias é bem distinto. Talvez se possa dizer inclusive que ambas teorias são relativamente semelhantes no substancial, mas bastante distintas no formal. Em todo caso, também há diferenças substanciais. Assim, ainda que o conceito de princípio jurídico desempenhe seu papel em ambas teorias, o uso que se faz do mesmo varia. Em minha concepção, os princípios têm o caráter de mandamentos de otimização. Ademais, os bens coletivos podem também ser objeto de regulação dos princípios. Isso justifica que na contestação à pergunta sobre a lesão a um direito fundamental desempenhe um papel central o princípio da proporcionalidade e, com isso,

a ponderação. As coisas são distintas na visão de Dworkin dos direitos como trunfos (*trumps*). Também há diferença na determinação das relações entre liberdade e igualdade. Eu considero a liberdade e a igualdade como princípios de mesmo traço que podem entrar em colisão. Mas isso fica excluído na visão de Dworkin da igualdade (*equal concern*) como a virtude suprema (*sovereign virtue*) da comunidade política. Para mim, o conceito que expressa a harmonia a que se aspira não é o de igualdade, sim o de correção. Tanto a liberdade como a igualdade estão subordinados a esta idéia regulativa.”

A teoria dos princípios representa um marco na história do Direito. Por seu intermédio, a dogmática positivista foi suplantada e o formalismo legal cedeu vez a um Direito operacionalizado por regras, mas orientado, em sua essência, por princípios. Nesse contexto, as contribuições de Dworkin e de Alexy foram e são essenciais para consolidar o reencontro das normas com a ética. Justifica-se, assim, a plena coerência da afirmação de Bonavides (2008, p. 281) com a vida real:

“A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições.”

3.5. Para que servem os princípios

Até agora muito se falou sobre a consolidação pós-positivista da teoria dos princípios. Foram abordados aspectos históricos, as diferentes concepções teóricas e as diferenças entre elas, mas ainda resta responder a uma questão essencial: para que servem os princípios, já que são considerados como peças-chaves da nova ordem jurídica?

Segundo Bonavides (2008, p. 283-284), os princípios preenchem três funções de extrema importância, a saber:

- fundamentar a ordem jurídica;
- orientar o processo interpretativo;
- servir como fonte de integração normativa.

Além dessas três funções, duas outras, segundo a doutrina exposta por Bonavides, podem ser consideradas:

- a função diretiva; e
- a função limitativa.

As relevantes funções inerentes aos princípios demonstram a sua importância para o Direito pós-positivista. Robert Alexy (2008, p. 85), em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, deixa patente a importância da teoria dos princípios para a própria concretização dos direitos fundamentais:

“Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, como isso, um ponto de partida para a resposta

à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”

Em ensaio que publicamos na Revista de Direito Administrativo (VALENTE, 2005, p. 127), versando sobre o controle de políticas públicas pela aplicação de princípios, tivemos a oportunidade de ressaltar a importância jurídico-política desses “calibradores” da atuação do Estado:

“Recente modificação da Carta Política, ocorrida em 04 de junho de 1998, elevou à categoria de princípio constitucional, inserto no *caput* do art. 37 da Lei Fundamental, o parâmetro da eficiência. Essa alteração reforça o contexto de controlabilidade judicial dos atos administrativos discricionários, pois a aferição da eficiência exige, naturalmente, que se investiguem os motivos e o objeto da ação normativa estatal. ‘De nada adiantariam as noções de licitude e de eficiência administrativas se não houvesse os meios de permanente aferição do respeito a esses valores [...]’

Dessa forma, em face do princípio universal da jurisdição, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, inexistente lugar jurídico inacessível à sindicabilidade do Poder Judiciário.

Assim, o processo de formulação de políticas públicas, bem como a concretude dessas políticas públicas, são passíveis de controle jurisdicional, provocado pelos cidadãos, sempre que venham a contrariar a principiologia tutelada pela Carta Política nacional. De fato, se o texto constitucional, em seu art. 3º, preconiza que, entre outros, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de

uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização, quaisquer políticas que possam comprometer esses ideais são passíveis de correção judicial (Comparato, 1997, p. 354).

Aqui a novidade a ser ressaltada não decorre da possibilidade do controle jurisdicional por descumprimento de normas legais, mas sim pela não observância dos ditames programáticos contidos nos princípios constitucionais, como, por exemplo, os princípios orientadores da atuação da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal. Os princípios constitucionais são “calibradores” impositivos da ação estatal, que condicionam as escolhas públicas. Não existe, para os formuladores de políticas públicas, liberdade indiscriminada de eleição de alternativas”.

3.6. *Princípios e suas espécies*

A doutrina brasileira já trata com rigor acadêmico a questão relacionada com a classificação dos princípios por espécies, consideradas as dimensões materiais e instrumentais.

Luís Roberto Barroso (2008) apresenta uma classificação com duas espécies: princípios instrumentais de interpretação constitucional e princípios constitucionais materiais. Os princípios materiais englobam os valores e fins a serem protegidos e alcançados pelo Estado e pela sociedade. Os princípios instrumentais, por sua vez, nas palavras de Barroso (2008, p. 359), constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Barroso (2008, p. 362-363) inclui no rol de princípios instrumentais o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade³, o qual destacamos

³ Para o autor, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade teriam o mesmo sentido semântico

tendo em vista nosso propósito de registrar a superação da teoria do desvio de poder, como técnica de controle da discricionariedade de atos do Poder Público, pela técnica da aplicação principiológica, mais especificamente pela utilização dos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade para aferição da adequação finalística contida nesses atos.

É importante registrar que Barroso (2008, p. 374) aponta a dimensão material do princípio da razoabilidade, registrando que, por vezes, é utilizado como um parâmetro de justiça.

Humberto Ávila (2006), em seu livro “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, apresenta singular classificação que tutela dois gêneros de normas: as normas de primeiro grau, que abarcam os princípios e regras, e as normas de segundo grau, que contemplam os postulados normativos. Na visão de Ávila, a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados normativos de aplicação.

Para Ávila (2006, p. 122-123), os postulados normativos são metanormas, ou normas de segundo grau, que funcionam como estrutura para aplicação de outras normas (regras e princípios). As palavras do próprio Ávila explicam, com precisão, as diferenças entre as normas de primeiro grau e os postulados normativos:

“Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são

havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.”

Dois exemplos jurisprudenciais (ÁVILA, 2006, p. 122) ilustram, no plano da aplicabilidade, as singularidades dos postulados normativos e das normas de primeiro grau (princípios e regras):

“Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente. Da mesma forma, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inválida ordem judicial para submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma desnecessária e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da dignidade humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente.”

e jurídico. Em sentido contrário, veja-se o ensaio de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002).

Humberto Ávila figura no rol de doutrinadores que entendem que a proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade⁴. Entende o jurista que a proporcionalidade, como parâmetro instrumental de aplicação, está, por sua natureza, relacionada com a ponderação de duas normas, de dois princípios, por exemplo, que se apresentam em situação de colisão. Na proporcionalidade, dois interesses legítimos são colocados na balança e são sopesados para definição de qual deles, na situação concreta, deve prevalecer. Dessa forma, a proporcionalidade é aplicável apenas a situações que compreendam uma relação (um meio e um fim) de causalidade entre dois elementos (ÁVILA, 2006, p. 149).

Por outro lado, a razoabilidade investiga a relação entre uma medida e o critério que informa sua fixação (ÁVILA, 2006, p. 165). A razoabilidade destina-se a avaliar aquilo que, porventura, configure-se como não-razoável, imoderado, insensato, injusto, ou ilegítimo em determinada atuação estatal, tendo em conta o caso concreto, a situação particularizada. Na razoabilidade, pela avaliação dos casos concretos, procura-se coibir medidas irrazoáveis. No caso de aplicação do postulado da razoabilidade, a medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito, são as palavras de Humberto Ávila (1999, p. 174).

Assim, na concepção teórica de Humberto Ávila, a proporcionalidade e a razoabilidade figuram como postulados normativos singulares, com características específicas e com hipóteses de aplicação também específicas (ter em consideração, a título de exemplo, que, se não houver uma relação entre dois interesses legítimos, uma relação meio/fim, descabe a aplicação do exame de proporcionalidade).

⁴ Veja-se, no mesmo sentido, artigo de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23-50).

Na nossa visão jurídica, no que diz respeito à classificação dos princípios e às consequências decorrentes, entendemos que a separação entre princípios instrumentais e princípios materiais (BARROSO, 2008), ou, ainda, entre normas de primeiro grau (princípios e regras) e normas de segundo grau (postulados normativos), proposta por Ávila (2006), é necessária para adequada compreensão da teoria dos princípios, bem como para sua utilização concreta.

Com relação à proporcionalidade e à razoabilidade, entendemos, como Ávila (2006), que existem elementos singulares que diferenciam ambos os parâmetros, devendo haver uma particularização conceitual para cada um.

No que diz respeito à inclusão da razoabilidade no rol de postulados normativos de aplicação, ousamos discordar do posicionamento adotado por Ávila, porque o princípio da razoabilidade possui uma dimensão material que se identifica com a noção de justiça, do legítimo, do sensato, do aceitável, etc. Em razão dessa característica, é possível, sem a necessidade de aplicação de outra norma, encontrar na razoabilidade, singularmente considerada, critério material para declaração de inconstitucionalidade de lei.

Um exemplo apresentado por Humberto Ávila (2006, p. 143) pode ser tomado para demonstrar nossa compreensão:

“Uma lei estadual instituiu adicional de férias de um-terço para os inativos. Levada a questão a julgamento, considerou-se indevido o referido adicional, por traduzir uma vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como consequência disso, a instituição do adicional foi anulada. Em razão de violar o devido processo legal, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.”

No presente caso, se o princípio material violado foi o do devido processo legal, restou, por consequência, violado o princípio material da razoabilidade, pois este abriga-se na dimensão substantiva daquele, tendo pleno reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. No caso em exame, restou, em nosso entendimento, violado o princípio da razoabilidade.

Interessante é que Ávila (1999, p. 174), em ensaio anterior ao seu livro, manifestava a seguinte posição:

“Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade.”

Gustavo Ferreira Santos (2004, p. 128-129), em livro intitulado “O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, apresenta argumentação coincidente com a nossa:

“A razoabilidade necessita escorar-se no Texto Constitucional, sendo imprescindível a sua derivação da cláusula do devido processo, pois o reconhecimento de uma inconstitucionalidade baseada no princípio da razoabilidade não necessariamente será referida a um outro dispositivo constitucional.

Já a proporcionalidade vai além, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, além de verificar, no cotejo entre os bens, direitos ou interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto. Não há necessidade de fundamento expresso de tal princípio no texto constitucional, pois, como já referido, ele decorre diretamente do conceito hoje aceito de Estado Democrático de Direito e da consagração de um catálogo de direitos fundamentais

nos textos constitucionais contemporâneos.

Assim, a irrazoabilidade de um ato não é resultado da ofensa explícita a outras normas constitucionais, bastando não ser o ato razoavelmente justificável no sistema. Uma lei determinada que seja assim caracterizada será considerada inconstitucional pela pura e simples ofensa ao conteúdo material da cláusula do devido processo legal, por ser ilegítima a finalidade eleita pelo legislador. Por seu turno, a proporcionalidade se referirá a duas grandezas em relação, quais sejam: bens, direitos ou interesses constitucionalmente consagrados. Sempre existirá, para que o princípio da proporcionalidade se manifeste, uma aparente colisão de direitos. Sua operação comporta a verificação da compatibilidade entre meios e fins.

Essa distinção aqui proposta torna o princípio da razoabilidade um limite subsidiário à ação do Estado.”

3.7. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis pela aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade

O controle da discricionariedade dos atos do Poder Público sempre esteve na pauta de prioridades dos estudiosos do Direito. A história do Direito Administrativo, desde o seu nascimento, poderia ser caracterizada pela permanente luta contra as “imunidades” do poder estatal à sindicabilidade da justiça e da própria sociedade. Os velhos dogmas protetores de “zonas cinzentas”, como a intangibilidade do mérito do ato administrativo, pouco a pouco foram cedendo espaço para novos paradigmas de controle social e judicial inspirados em um direito que se fundamenta na ética, na positivação de direitos fundamentais e na consolidação de uma teoria principiológica que, em suas prescrições deontológicas, incorpora valores essenciais

para a construção de uma sociedade justa e proporcionadora de condições de vida dignas aos seus integrantes.

Na esteira desse Direito pós-positivista, os parâmetros de controle da discricionariedade do Poder Público foram aprimorados e, sobretudo, estruturados para fazer frente a casos complexos, que nem sempre encontram solução explícita nas regras primárias. A teoria principiológica aflora nesse contexto e, pelo seu vigor, densidade teórica e racionalidade objetiva em sua aplicação, suplantou outras teorias de controle da legitimidade da ação estatal.

Na presente época, o controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis, mesmo que decorrentes de desvios de poder na esfera administrativa ou no âmbito legislativo, realiza-se, em grande parte, pelo emprego da teoria principiológica, com respaldo no princípio da razoabilidade e no postulado da proporcionalidade.⁵

Segundo Luís Roberto Barroso (1997, p. 156), o princípio da razoabilidade tem sua origem no direito anglo-saxão e:

“[...] remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5^a e 14^a à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de

caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.”

Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 80-81) faz referência, como marco de origem do princípio da razoabilidade, ao caso *Wednesbury*, julgado em 1948, na Inglaterra. Segundo a autora:

“Houve um conflito entre *Associated Pictures House Ltda* e *Wednesbury Corporation*. Uma autoridade local autorizou os proprietários de uma sala de cinema a abrir aos domingos à tarde. No entanto, com base em uma antiga lei que permitia condicionar tais autorizações, proibiu a assistência a essas sessões dominicais dos menores de quinze anos, fossem ou não acompanhados. Os proprietários do cinema, prejudicados com o condicionamento, impugnaram-no, em juízo, por considerá-lo irrazoável. Perderam o pleito tanto em primeira quanto em segunda instância. Entretanto, o Presidente do Tribunal de Apelação – o *Master of the Rolls*, Lord Greene, incluiu um *obiter dictum*, com a seguinte redação: ‘O Tribunal pode controlar a ação de uma autoridade local para examinar se esta tomou em consideração os elementos que deveria ter em conta ou, ao contrário, se recusou ou omitiu algum que deveria

⁵ Sobre as questões relacionadas com a aplicação de princípios constitucionais e sobre as características destes em relação às regras jurídicas, podem ser consultadas as seguintes obras: DWORKIN, 1999; ALEXY, 1997; ESPÍNDOLA, 1999; BONAVIDES, 2000; FARIAS, 1996; GALLUPO, 1999, p. 191-209; GRAU, 1997.

ter considerado. Desde o momento em que a resposta a esta questão é favorável à autoridade local, pode, sem embargo, ser possível dizer que, ainda que tenha permanecido dentro dos limites de sua competência, a autoridade local chegou a uma conclusão irrazoável que nenhuma autoridade razoável teria adotado. E penso que um Tribunal pode intervir num caso tal’.”

A partir desse julgamento, formulou-se o “princípio *Wednesbury*”, oposto diante de decisões irrazoáveis, conhecido por teste de razoabilidade, o qual passou a ser aplicado pelos Tribunais britânicos.

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29), comentando a origem do princípio da razoabilidade, faz a seguinte observação:

“E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948.”

Na vertente do direito alemão, o postulado da proporcionalidade resulta de construção jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional. O postulado da proporcionalidade, no direito alemão, tem a “qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de direito” (BARROSO, 1997, p. 163).

O postulado da proporcionalidade, consoante a construção jurisprudencial e doutrinária alemã, apresenta-se dividido em três subpostulados, a saber:

- a) o subpostulado da adequação;
- b) o subpostulado da exigibilidade ou da necessidade; e
- c) o subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito.

A utilização do postulado da proporcionalidade, como elemento de aferição da legitimidade e da racionalidade de normas jurídicas, exige do operador jurídico o conhecimento das premissas que funda-

mentam cada um dos três subpostulados que o integram.

O subpostulado da adequação exterioriza a diretriz de que os meios escolhidos pelo legislador para atingir determinado fim devem ser coerentes e pertinentes com o objetivo almejado. Esse subpostulado encerra a noção da proibição de arbítrio. Assim, a medida elegida tem que apresentar correlação adequada com a finalidade pretendida.

Paulo Arminio Tavares Buechele (1999, p.126), comentando o subpostulado da adequação, apresenta as seguintes considerações:

“Portanto, sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido. Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”.

O subpostulado da exigibilidade ou da necessidade traduz a concepção de que a medida escolhida pelo legislador ou pelo administrador público era indispensável para consecução do fim pretendido, ou seja: sem a adoção da providência escolhida, o fim perseguido pelo texto constitucional não seria atingido. “Em síntese: o objetivo almejado pela Constituição não pode ser atingido de outra maneira, que afete menos o indivíduo, a não ser através daquela eleita pelo legislador infraconstitucional [...]” (BUECHELE, 1999, p. 130).

Por fim, o subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito reflete a ponderação ou a avaliação da relação custo-benefício, isto é: a verificação entre os gravames impostos e as vantagens auferidas. “O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.” (GUERRA FILHO, 1999, p. 67-68)

A primeira decisão judicial alemã, em que se faz presente a tríplice dimensão do postulado da proporcionalidade, data de 16 de março de 1971 e apresenta a seguinte argumentação (WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, 1989, p. 75 apud MORAES, 1999, p. 79):

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

No Brasil, a Constituição Federal não contempla expressa menção ao princípio da razoabilidade. Contudo, a doutrina e a jurisprudência nacionais situam no art. 5º, inciso LIV, da Carta Política o fundamento do princípio no direito pátrio.

O princípio da razoabilidade funciona como instrumento jurídico de “calibração” dos atos produzidos pelo legislador e das ações determinadas pelos governantes. As palavras de Luís Roberto Barroso (1997, p. 159) sintetizam a importância do princípio da seguinte forma:

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser senti-

do do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”

Com fundamento no emprego do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando os vícios de atos administrativos e examinando a constitucionalidade de leis.

Pelo prisma da razoabilidade, em seu sentido material, que encontra fundamento na cláusula do devido processo legal, o Poder Judiciário tem declarado a inconstitucionalidade de leis que se revelam opressivas, destituídas de sensatez, de equilíbrio ou de justiça. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis, orientado pelo princípio da razoabilidade, volta-se para a eliminação de opções normativas absurdas, consideradas, à luz da média compreensão da sociedade, como irrazoáveis.

Por outro lado, pelo emprego do postulado da proporcionalidade, o poder Judiciário declara a invalidade de normas que possuam cargas jurídicas coativas que excedam o necessário e adequado parâmetro limitador na situação considerada. O postulado da proporcionalidade exige a presença da “justa medida” em cada caso avaliado. O postulado da proporcionalidade relaciona-se com o sopesamento de interesses legítimos em contraposição. No exame conduzido pela proporcionalidade, são ponderados os prós e os contras presentes na adoção de uma medida e na imposição de sacrifícios dela decorrentes. Assim, qualquer medida desproporcional na consideração dos direitos envolvidos em dada situação deverá ser anulada, seja ela administrativa ou legislativa.

Em acordo com Gilmar Mendes (2000, p. 248), a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade, que se revela mediante contrariedade, incongruência ou inadequação entre meios e fins.

Ainda segundo Mendes (2000, p. 248), a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade contempla os limites do poder de conformação outorgado ao legislador.

Dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal ilustram a aplicabilidade do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade no controle dos atos legislativos.

O primeiro mostra a declaração de inconstitucionalidade de lei, por absoluta ausência de razoabilidade em sua finalidade normativa:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8 Amazonas

(Medida Liminar)

Relator: Ministro Celso de Mello

Requerente: Procurador-Geral da República

Requeridos: Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores *inativos* – vantagem pecuniária irrazoável e destituída da causa – liminar deferida.

– A *norma legal*, que concede a servidor *inativo* gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o *critério da razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “*substantive due process of law*”, como *insuperável* limitação ao poder normativo do Estado.

Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada van-

tagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente *destituída* de causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § 2º do art. 9º da Lei nº 1.897, de 05.01.89, do Estado do Amazonas.

Brasília, 19 de dezembro de 1994.”

Trecho do voto, a seguir transcrito, do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da Adin nº 1.158, manifesta o reconhecimento da dimensão material do princípio da razoabilidade, que atua como projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*:

“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.”

O segundo acórdão representa a objetiva aplicação do postulado da proporcionalidade, tendo, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal entendido que a medida acabaria por impor ônus desproporcio-

nais às companhias de distribuição de gás, ferindo o princípio da livre iniciativa, mesmo que a finalidade da lei fosse a alegada proteção ao direito do consumidor, que poderia ser contemplada com outras medidas menos gravosas:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 Paraná

Reqte.: Confederação Nacional do Comércio

Reqdos.: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Ementa – Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná.

Brasília, DF, 1º de julho de 1993.”

Trecho do parecer do Ministro-Relator, Sepúlveda Pertence, revela a importância da aplicação do postulado da proporcionalidade no controle de leis restritivas ou impositivas de obrigações:

“E, a partir desses dados de fato, invoca conferência de Gilmar Ferreira Mendes, no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 1992, da qual transcreve (f. 16):

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas, tal como se depreende da seguinte passagem de voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. Nº 930:

Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para ‘apreciar se as

restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público' demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da 'lei consigo mesma', tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos".

3.8. A superação da teoria do desvio de poder pela teoria dos princípios

Retomando a abordagem da teoria do desvio de poder, como técnica jurídica de controle da legalidade dos atos administrativos e de constitucionalidade das leis, é possível considerar que o declínio do seu emprego decorre dos seguintes fatores, todos abordados ao longo deste estudo:

1. Dificuldade probatória dos motivos reais que orientaram a edição do ato administrativo ou a elaboração da lei, para comprovação do desvio de finalidade.

2. Impossibilidade de plena aplicabilidade da teoria do desvio de poder no Direito Constitucional, tendo em vista a amplitude da liberdade de conformação do legislador ordinário em contraste com a margem de discricionariedade conferida ao agente administrativo.

3. Consolidação da teoria dos princípios e da sua conexão com a teoria dos direitos fundamentais, ampliando significativamente o conjunto de parâmetros limitadores da discricionariedade estatal.

4. Eficácia objetiva da teoria principiológica, decorrente da aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, sem a necessidade de aferição e comprovação do *animus* que orientou a edição do ato do Poder Público.

A teoria do desvio de poder, em sentido técnico-jurídico preciso, exige que sejam perquiridos e comprovados os "motivos mascarados" que orientaram a edição do ato estatal. A intenção real do agente público, para efeito da comprovação do desvio de finalidade, tem que ser provada, seja diretamente ou por meio de um conjunto de indícios convergentes.

Em contraste, a utilização do princípio da razoabilidade, como técnica jurídica de controle, desloca o foco da dimensão subjetiva do agente ou da necessidade de reunir-se um conjunto de indícios convergentes e volta-se para a dimensão objetiva do ato estatal, passando a verificar, tão-somente, a razoabilidade (a legitimidade, a justiça, a propriedade, a sensatez, o comedimento, a conformidade, a prudência etc.) do ato adotado.

Valeschka e Silva Braga (2006, p. 61-62) afirma que o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, fundou o controle da lei e atos normativos na teoria francesa do desvio de poder. Posteriormente, a Corte Suprema passou a fundamentar suas decisões no princípio da razoabilidade.

4. Conclusão

Assim, considerada a argumentação exposta ao longo deste estudo, entendemos que a utilização do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, como parâmetros de aferição da constitucionalidade e da legalidade dos atos do Poder Público, observadas as singularidades que orientam a aplicação de cada um desses parâmetros em função da espécie do conflito ou da colisão de interesses considerados, demonstra-se mais eficaz do que o emprego da teoria do desvio de poder, que, em nossa visão, foi superada pelo controle principiológico.

A mudança paradigmática do Direito pós-positivista reintroduziu a ética na dimensão jurídica, conferindo densidade normativa aos princípios e aos direitos fundamentais. Esse giro normativo pôs em xeque todo um arcabouço de ideias e de teorias sedimentadas na vigência do positivismo jurídico, provocando a revisão de uma série de dogmas, até então intangíveis.

A insindicabilidade do mérito do ato administrativo, diante de um sistema de princípios que incorpora valores essenciais relacionados com a moralidade e a eficiência

cia da Administração Pública, vem sendo questionada e cede, progressivamente, espaço para avaliação da razoabilidade do ato adotado. Aqui descabe alegação de ofensa ao princípio da separação de Poderes, tendo em vista que o controle judicial não determina a substituição da medida adotada por outra escolhida pela justiça, limita-se a declarar a irrazoabilidade ou desproporcionalidade da medida original e preserva íntegra a competência de escolha dos outros Poderes.⁶

A onda pós-positivista, ainda tomando o Direito Administrativo como campo exemplificativo, também pôs em xeque a tão decantada supremacia do interesse público, tendo em vista a essencialidade dos direitos fundamentais e as diretrizes da teoria dos princípios, especialmente a que afirma que nenhum direito ou princípio é absoluto. Marçal Justen Filho (2005, p. 45) pondera que a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público e que se configura na supremacia e na indisponibilidade dos direitos fundamentais.⁷

Além disso, a progressiva consolidação, no âmbito do Direito Administrativo, do princípio da confiança legítima comprova

⁶ Veja-se o Recurso Especial nº 429.570, julgado, em 11 de novembro de 2003, pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁷ Sobre a questão da supremacia do interesse público, vejam-se: "A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo", de Alexandre Santos de Aragão; "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", de Humberto Ávila; "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo", de Gustavo Binenbojm; "Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional", de Daniel Sarmento; "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais", de Paulo Ricardo Schier, todos publicados em "Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo, de OSÓRIO, 2000, p. 69-107; BORGES, 2003, p. 92-107.

o vigor jurídico da doutrina e da jurisprudência pós-positivista.⁸

O Direito Constitucional também sofreu o influxo dessa vaga revisionista e as premissas dela decorrentes foram incorporadas a um movimento intelectual denominado neoconstitucionalismo.⁹

O reconhecimento da normatividade dos princípios e a elevação dos direitos fundamentais à posição de marcos primários de orientação da vida em sociedade são alguns dos novos paradigmas que o Direito Constitucional passou a abrigar.

Vive-se, por consequência, um momento especial na história do Direito brasileiro, caracterizado por pujante produção acadêmica e pela presença ativa da Suprema Corte Nacional.

Nesse contexto de efervescência crítica e intelectual, resta apenas dizer, como Goethe: "Luz, mais luz".

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83-103.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do

⁸ Veja-se o Mandado de Segurança nº 22.357, julgado, em 27 de maio de 2004, pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹ Sobre o neoconstitucionalismo, vejam-se: CARBONELL, 2005, 2007. DUARTE; POZZOLO, 2006. MOREIRA, 2008. BARROSO, 2005, p. 1-42. BARCELLOS, 2005, p. 83-103.

direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-42.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 3, mar. 1997.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 44. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-107.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 1 ed. (2005), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CHEVALIER, Jacques. *Le droit administratif, droit de privilège? Pouvoirs* n. 46. Paris: Puf, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Dicionário de direito administrativo*. 3 ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1 ed. (2006), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8 ed. (1997), reimpressão. Madrid: Civitas, 1998.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, José Alexandre. A justiça de Rawls e o pós-positivismo. *Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna*. Juiz de Fora, n. 2, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/artigos2.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr./jun. 1988.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2 ed. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 2000.

- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. n. 220, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OTERO, Paulo. *Direito administrativo: relatório*. Coimbra: Almedina, 2001.
- PASTOR, Juan Afonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2 v. Madrid: CEURA, 2000.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 140, p. 283-294, out./dez. 1998.
- _____. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.
- TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 62-68, 1993.
- _____. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 174, p. 1-18, jul./set. 1974.
- _____. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 228, p. 1-12, abr./jun. 2002.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 239, p. 127-138, jan./mar. 2005.

A ideia de desenvolvimento econômico segundo a ideologia do Estado nacional brasileiro

A contribuição teórica de Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso

Ben-Hur Rava

Sumário

1. Introdução. 2. O projeto de desenvolvimento nacional e o papel do Estado. 3. Planejamento ou decisão centralizada: a via de ação do Estado. 4. Considerações finais.

“O ponto de partida de qualquer novo projeto alternativo de nação terá que ser, inevitavelmente, o aumento da participação e do poder do povo nos centros de decisão do país” (Celso Furtado).

“... o desenvolvimento é em si mesmo um processo social; mesmo seus aspectos puramente econômicos deixam transparecer a trama de relações sociais subjacentes” (Fernando Henrique Cardoso).

1. Introdução

Diante das rápidas transformações econômicas presentes no mundo contemporâneo, graças às inovações tecnológicas, ao intercâmbio e fácil acesso aos mercados, à fluidez na circulação dos capitais financeiros, enfim, àquele conjunto de elementos conhecidos que constitui o cerne do que se convencionou chamar de globalização econômica, a pergunta ingênua, mas não menos irônica, é: há algum sentido, ainda, em se falar em desenvolvimento econômico?

Como proclamado pelos teóricos de matiz neoclássico e reverberado por seus seguidores de roupagem neoliberal, a globalização não teria sido a solução para todos os problemas econômicos que têm afligido a nossa sociedade? Não teria ela acabado com as mazelas da nefasta realidade

Ben-Hur Rava é Professor da Faculdade de Direito da UFRGS. Aluno do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política – Doutorado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

de econômica, aplacando as fortes desigualdades no nível de desenvolvimento entre as nações, minimizando os efeitos da pobreza, da segregação e da desigualdade?

Por acaso a solução dada pelo “mercado” – que é o *locus* preferencial do fenômeno econômico global – não oportunizou a redenção dos ideais liberais e a consagração de uma nova *pedra filosofal* capaz de conduzir os homens da escuridão ao mundo da luz? Não deveria ser ele muito mais eficiente do que o combalido e velho Estado frequentemente acusado com adjetivos carregados de funções ideológicas e predispostos a retirar-lhe toda e qualquer legitimidade política?

Ao que tudo indica, da simples observação da realidade que nos circunda, os efeitos da globalização foram mais propagandeados do que, verdadeiramente, efetivados. O mercado não foi capaz de produzir todos os bens dos quais os homens necessitam – ou ao menos, entregar-lhes de modo condizente com a justiça social e a equidade que deve animar uma sociedade livre, que, senão igualitária, ao menos solidária.

Por essas razões, e muitas outras, ainda tem sentido falarmos de desenvolvimento econômico nos dias de hoje. Principalmente no Brasil, que insiste em perfilar-se nas estatísticas como um dos países mais injustos, mais desiguais e mais divididos que há, muito embora sempre esteja a se anunciar como uma grande promessa para os seus cidadãos, ainda que distante de, verdadeiramente, cumpri-la.

Falar em desenvolvimento econômico, tese tão em voga durante todo o século XX, principalmente a partir da sua segunda metade, ajuda-nos a refletir sobre alguns entraves nas sociedades periféricas que, ainda que tenham conseguido modernizar-se econômica e politicamente e, em alguns casos, apresentar taxas de crescimento, não conseguiram romper a barreira e ultrapassar todas as *etapas* do pleno desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, uma gama de autores econômicos e políticos¹ têm apresentado ideias e visões acerca do processo de desenvolvimento e quais são as opções dos países periféricos para chegarem, senão mais rápido, ao menos de forma consistente no patamar alcançado pelos países centrais, que, além da consistência econômica, obtiveram maturidade político-democrática (tanto na consolidação cultural quanto institucional). Muitos desses teóricos procuraram apreender o fenômeno geral do desenvolvimento – qual um quadro de pintura – a partir de um contexto geral, em que a análise da inteira paisagem refletia a própria realidade dos (seus) países centrais, os quais foram tributários do processo de desenvolvimento econômico lastreado na sua própria condição histórica de protagonistas e não de meros coadjuvantes.

No entanto, autores há que preferiram inverter a lógica do olhar e, sem esquecer o conjunto do quadro que se mostrava à sua frente, com toda a amplitude da paisagem e das luzes (os claro-escuros) do ambiente, preferiram debruçar-se sobre determinadas cenas cristalizadas no conjunto da pintura. Buscaram compreender o fenômeno do desenvolvimento atendendo a certas particularidades de tons e texturas que os tornou capazes de empreender novas interpretações de signos e significados.

Desses autores, dois parecem ter procurado entender o fenômeno do desenvolvimento, sob um contexto particularizado, isto é, a América Latina e o próprio Brasil, ainda que em épocas distintas, mas com grande acuidade intelectual e perspicácia inventiva. São eles Celso Furtado (1920 – 2004) e Fernando Cardoso (1931).

O primeiro tem o compromisso com a geração de 1930, que, em certo sentido,

¹ Não pretendendo esgotar o rol de autores representativos que se dedicaram a estudar o fenômeno do “desenvolvimento”, podemos citar: Hamilton, List, Keynes, Hirschman, Schumpeter, Nurske, Prebisch, Rosenstein-Rodan, Rostow, Myrdal, Lewis, Sen, Przeworski, Schmitter, O’Donnel, entre outros.

apresentou-se diante de um novo país; um país que buscava mudar os paradigmas forjados na segunda metade do Império e continuados, em certo sentido, até as primeiras décadas do século XX, já no período republicano. Essa geração de jovens foi influenciada pelas mudanças vindas com a Revolução de 30 e a conseqüente tentativa de ruptura com as bases arcaicas do Brasil. Tratava-se de jovens que começaram a sua formação pessoal e intelectual quase que, de modo concomitante, com as propostas de formação de um novo país.

Nesse sentido, uma geração de pensadores² e suas respectivas obras, como Oliveira Viana (1883-1951, *Populações Meridionais do Brasil*, 1920); Gilberto Freyre (1900-1987, *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*, 1933 e *Sobrados e Mocambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*, 1936); Sérgio Buarque de Hollanda (1902-1982, *Raízes do Brasil* – 1936); Caio Prado Jr. (1907-1990, *Evolução Política do Brasil e outros estudos: ensaio de interpretação materialista da História do Brasil – 1933 e História Econômica do Brasil*, 1945); Antônio Cândido (1918-2005, *Formação da Literatura Brasileira – momentos decisivos*, 1957) serão

² Este grupo de autores pode ser classificado como a “segunda geração” de pensadores sociais brasileiros (no período republicano) que, à exceção, talvez, de Gilberto Freyre e Oliveira Viana, sofrendo as influências diretas da Semana de Arte Moderna, procura fazer uma “leitura” da realidade nacional usando novos valores, novas categorias e, inclusive, um novo *approach* metodológico. Na “primeira geração”, estão clássicos do pensamento brasileiro, como Joaquim Nabuco (1849-1910, *O Abolicionismo*, 1884, *Um Estadista do Império*, 1886 e *Minha Formação*, 1900); Silvio Romero (1851-1914, *Ensaio de Filosofia do Direito*, 1901 e *Evolução da Literatura Brasileira*, 1905); Alberto Torres (1865-1917, *O Problema Nacional Brasileiro*, 1914 e *A Organização Nacional*, 1915) e Euclides da Cunha (1866-1909, *Os Sertões*, 1902), que, ainda sob o espírito do Império, se defrontam com a realidade da República, inovando em certa medida, mas não rompendo com o velho pensamento acadêmico e bacharelesco que confortava as elites sobre o sentido da nacionalidade pátria. A ressalva feita acima a Oliveira Viana e a Gilberto Freyre se justifica por identificar-se, no seu pensamento, um viés de cariz conservador.

de grande relevância na formação da base intelectual de Celso Furtado. Depois, estará ele, aberto às influências de pensadores estrangeiros os quais auxiliam na consolidação de seus estudos e, principalmente, na sua obra.

O próprio Celso Furtado integrará a “terceira geração” dos intérpretes do Brasil, ao lado de Florestan Fernandes (1920-1995, *Mudanças Sociais no Brasil*, 1960; *Sociedade de classes e subdesenvolvimento*, 1968 e *A Revolução Burguesa no Brasil*, 1975) e Raymundo Faoro (1925-2003, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 1958).

Fernando Henrique Cardoso, pela importância teórica referencial de sua obra e pelo momento decisivo em que a escreve, vai ter, na década de 1960 e 1970, um diálogo com a obra de Celso Furtado, o que nos possibilita classificá-lo como integrante dessa mesma geração; seja para inovar com valiosa contribuição à teoria do desenvolvimento econômico, seja para proceder reparos críticos às próprias teses vigentes, entre as quais as de Celso Furtado. Note-se que a sua contribuição neste campo está associada com o fornecimento de uma interpretação, processo de desenvolvimento, tentando fugir do mero aspecto economicista e de suas variáveis. Fernando Henrique Cardoso vai centrar-se na dinâmica política que se opera entre as classes e os grupos sociais, alinhando a isso as opções ideológicas inerentes. (CARDOSO; FALETTO, 2004, p. 8)

A opção, no presente trabalho, é dialogar com a obra desses dois pensadores sociais na medida em que os seus conceitos econômicos, em grande parte, estão associados à ideia de interpretar o Brasil a partir do desenvolvimento (dependente) e da formação nacional modernizadora, que se impregna de forte conteúdo ético-valorativo encontrável no campo da política. A crença de que os problemas de nossa formação econômica e seus condicionantes não está contida somente numa visão economicista utilitária, mas, sobretudo, na es-

fera política, como discurso e uma *praxis*.³ A preocupação desses dois autores, ainda que por caminhos nem tão distintos, em suas trajetórias intelectuais, vão desaguar numa base comum: a necessidade da articulação política das decisões e o valor da democracia e do protagonismo social, infelizmente tão relegados na nossa realidade.

2. O projeto de desenvolvimento nacional e o papel do Estado

O desenvolvimento além de uma etapa no processo econômico pode, do ponto de vista político, ser considerado uma ideologia. Depois da Segunda Guerra Mundial, teve início uma nova hegemonia, ditada pelos Estados Unidos, na qual houve um novo ciclo de expansão do capitalismo, visando exercer influência (política e econômica) direta nas regiões pobres do mundo. A formulação dessa estratégia expansionista precisava cooptar os países subdesenvolvidos, fazendo-os adotar como sua essa política; isso significava convencê-los a aderirem à lógica do capital hegemônico.

O binômio desenvolvimento/modernização, enquanto ideologia e proposta de ação, foi pensado numa perspectiva histórico-evolutiva para tentar comprovar a tese do atraso de alguns países, chamados de subdesenvolvidos. Desenvolvimento/modernização era, portanto, o pressuposto para romper com o passado arcaico e ingressar na dinâmica que os retiraria da situação de atraso, pelas “vias de desenvolvimento” até emancipá-los completamente.

A via que se apresentava mais viável para essa estratégia “civilizadora” seria o Estado nacional com a implementação de

³ Para Juarez Guimarães (apud TAVARES, 2000, p. 22), “... a reflexão de Furtado desembocava na política, no processo de formação das vontades coletivas e dos choques de interesses, na tensão permanente entre tradição e mudança, entre autonomia nacional e heteronomia de destinos. Mas aí - na dimensão política - ele não desenvolveu propriamente um campo categorial e um alfabeto expressivo que permitisse potenciar as forças interessadas na mudança”.

políticas públicas capazes de articular uma ideologia nacional-desenvolvimentista.

No Brasil, a instauração de uma nova ordem política com a Revolução de 1930 abriu de vez a fenda que se anunciava entre os republicanos históricos, forjados nas últimas quadras do século XIX, vinculados, *tout court*, ao latifúndio monopolista do café, e aqueles da nova geração de inspiração burguesa, ligados aos setores urbanos, à classe média, à jovem oficialidade e à intelectualidade brasileira.

Se até 1930 a mentalidade das nossas elites políticas ainda estava imbuída de costumes arcaicos, hauridos no velho Império, o grupo que chega ao poder, liderado por Vargas, ainda que não se lhe negue a pertinência à mesma elite, trouxe o germe do ideário renovador, liberal e nacionalista. Era patente a intenção de desenvolver um projeto de Brasil, o que se deu com o chamado Estado Novo, a partir de 1937. Não é à toa que as duas expressões têm forte significado na nova ordem: Estado e renovação.

Essa ruptura foi, em certo sentido, decisiva para a moldagem da nova mentalidade político-econômica, que apostou em duas frentes que podem ser analisadas em separado, mas que, se analisadas em conjunto, dão o quadro integral do projeto. Por um lado, a engenharia política de reforma do Estado, visando à criação de um Estado Nacional, como ainda não tinha sido efetivado desde a proclamação da República e, por outro, a transposição de um modelo econômico agrário-exportador para outro, de base industrial. A conjugação desses dois fatores integra o modelo de desenvolvimento que o Brasil passou a experimentar a partir do fim da década de 1930. Na verdade, podemos dividir em etapas decisivas esse modelo desenvolvimentista: a sua gênese, posta em prática nos anos 30, durante a ditadura do Estado Novo, e a dinâmica estrutural, após a redemocratização, no segundo governo Vargas com a expansão no governo JK (CORSI apud SZMRECSÁYI; SUZIGAN,

2002, p. 3). Uma fase posterior se deu no auge do regime militar autoritário pós-64, que beneficiado pelas condições favoráveis do “milagre brasileiro”, articulou uma tentativa de desenvolvimento dirigido.

Pedro Fonseca, historiando o segundo governo Vargas, parte da premissa de que há entre os autores duas visões, distintas, sobre o nosso desenvolvimento nesse período. Um grupo que afirma ter existido um projeto nacional desenvolvimentista e outro grupo que nega tal fato. A primeira corrente funda-se na “... polaridade entre capitalismo nacional e capitalismo associado...”, enquanto a segunda corrente justifica sua postura, afirmando que houve somente uma “... criação ideológica (no sentido de uma ideologia de legitimação do grupo do poder) do Governo, dos intelectuais ou de ambos conjuntamente”. (FONSECA, 2002, p. 17-18)

Com relação à primeira corrente, Pedro Fonseca (Idem) apresenta uma derivação crítica, da década de 1960, que, muito embora “sem negar a existência do ‘nacional desenvolvimentismo’ enquanto projeto, ou mesmo como ideologia”, reforça as contradições e críticas do modelo.

É com relação à primeira corrente, na qual estão algumas bases do pensamento de Celso Furtado, e à corrente crítica, surgida depois, principalmente, na pena de Fernando Henrique Cardoso, que se justifica saber em que medida esses dois pensadores sociais se aproximam em ideias políticas a respeito das causas, das escolhas e aparentes consequências da presença do Estado no modelo brasileiro de desenvolvimento econômico.

Acreditamos que a base, pois, desse projeto político-econômico está fortemente calcada na presença do Estado (e seu componente ideológico e de arregimentação de classe em torno de si)⁴ como protagonista

⁴ Vargas, embora as divisões nos apoios políticos fossem mais nominais do que efetivas, conseguia se sustentar graças aos acenos que fazia à maioria da burguesia industrial, à parcela dos setores agrários

indispensável na forma de alavancar o processo de desenvolvimento, utilizando o planejamento como ideia motriz aglutinadora de interesses e como técnica burocrática de intervenção. O planejamento serviu como um dos mecanismos úteis, ainda que não exclusivo desse objetivo, foi valendo-se da intervenção econômica do Estado, chegou-se aos termos de viabilizar uma indústria de base, acelerar a infra-estrutura e, sobremaneira, gerar crescimento econômico a partir de um mercado consumidor interno. Contudo, isso não significava perder de vista a dimensão incondicional que a política externa desempenhava nesse cenário.⁵

Tal ideologia estava atrelada, assim entendemos, aos aspectos fundamentais de nosso desenvolvimento político. Porém, a busca de respostas em Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso é: em que medida as estruturas da política podem influir nos resultados da economia. Nesse particular, tomamos como base conceitual de ideologia aquela formulação de fundo estruturalista proposta por Fernando Henrique Cardoso (1971, p. 45): “(...) estruturas ideológicas como sendo sistemas de representação por meio dos quais os homens expressam um modo particular pelo qual eles sentem que participam de determinadas condições de existência social e em função dos quais

e comerciais e, gradualmente, aos trabalhadores, de acordo com a política corporativa implementada. Pedro Fonseca (2002, p. 17) deixa isso claro quando afirma: “... o projeto varguista consistia em encampar um *desenvolvimento nacional autônomo* para o País, expresso na industrialização e sob a liderança da burguesia industrial, em aliança com os trabalhadores e setores da classe média urbana (como a burocracia estatal).”

⁵ Para esses objetivos serem alcançados era preciso um forte poder de financiamento por meio de capitais nacionais próprios e estrangeiros, capazes de articular produção, circulação e consumo. Com relação ao primeiro elemento, a introdução de maquinário e insumos aliados à capacidade tecnológica era decisiva. Os dois últimos revelam que o alargamento do mercado interno teria de estar comprometido com a política de fortalecimento de poupança interna conjugada à forte política distributivista, identificada com os fins do *welfare state* que, em certa medida, serviria como reforço à opção desenvolvimentista.

atuam efetivamente diante dessas mesmas condições”.

Daí que as relações entre poder político e situação econômica e entre valores e determinações históricas estão presentes na obra de Celso Furtado (1968) como “consciência histórica” e na de Fernando Henrique Cardoso como “estruturas ideológicas”.⁶

A ideologia do Estado, ainda que extremamente importante, senão decisiva, na condução de todo o projeto nacional de desenvolvimento, não está descolada da ideologia de classe que foi forjada no conjunto da sociedade. Ao analisarmos a realidade empresarial na década de 50 principalmente, em que já existe uma madura consciência empresarial voltada para a necessidade da industrialização como meio para alcançar o desenvolvimento econômico, verificamos que há uma adesão ao planejamento como estratégia, sem contudo abrir-se mão dos princípios que deveriam nortear a livre iniciativa e seu papel. Nesse aspecto, as pressões dos grupos empresariais por meio de suas entidades de classe, como FIESP e CNI, foram muito fortes além, obviamente, das pressões exercidas junto às suas representações partidárias.⁷

A classe empresarial (burguesia capitalista urbana e rural) e as camadas médias urbanas desempenharam papel destacado no processo de desenvolvimento por meio da acumulação privada.⁸ Por outro lado, as classes trabalhadoras, via sindicatos, utilizando o seu poder de pressão para as

⁶ Fernando Henrique Cardoso (1971, p. 43) propõe questão nos seguintes termos: “De que modo seria possível manter, de algum modo, a legitimidade do problema das relações entre os valores e a história, entre a pura subjetividade e a estrutura objetivada sem dissolver um dos termos no outro? Como, enfim, recolocar o problema das diferentes ordens institucionais – a economia, a política, a ordem social, a ideologia – e, ao mesmo tempo, apreendê-los ao nível dos comportamentos manifestos, como faz a Ciência Política contemporânea?”.

⁷ Cf. COLISTETE, 2002, p. 137.

⁸ Fernando Henrique Cardoso (1971, p. 49) chama a isso de formação da imagem da *burguesia industrial nacional*.

demandas sociais, aspiravam integrar-se a um mercado de consumo interno e emancipar-se não só política, mas econômica e socialmente.⁹

Resumindo, poder-se-ia dizer que o Estado (as estruturas estatais por meio de suas instituições) operou num duplo sentido: como agente indutor do desenvolvimento econômico por intermédio de políticas capazes de descentralizar a renda nacional irrigando tanto setores produtivos (política fiscal, incentivos, financiamentos e investimentos) como aqueles setores improdutivo, via incentivos ou redistribuição, e como promotor de direitos a serem acessados por parcela da sociedade, efetivando a justiça social ausente. Nesse último caso, isso se deu pelas reformas ocorridas concomitantemente ao projeto desenvolvimentista. (NABUCO apud TAVARES, 2000, p. 62)

Esse projeto identificou-se com um misto de teorias econômicas muito em voga na época e que, em certa dose, alia as propostas keynesianas vigentes a partir da década de 1930 às ideias cepalinas¹⁰ consagradas nos anos 50.

⁹ Celso Furtado (1964, p. 64) afirma: “O desenvolvimento nas sociedades capitalistas, isto é, ali onde prevalece a propriedade privada dos bens de produção, assenta, por conseguinte, em duas forças mestras: o impulso à acumulação – pelo qual a minoria dirigente procura limitar o consumo da coletividade e, ao mesmo tempo, aumentar o seu poder sobre essa coletividade, apropriando-se de parcela substancial do incremento do produto – e o impulso à melhoria das condições de vida que atua entre as grandes massas, tanto no sentido da plena incorporação de suas atividades à economia monetária, como no de elevação e diversificação do seu padrão de consumo”.

¹⁰ A síntese das ideias cepalinas encontramos em Fernando Henrique Cardoso (1980, p. 7-9): “nos fins da década de quarenta, o ponto de partida latino-americano na análise dos principais problemas econômicos da região foi a teoria do comércio internacional. Percebia-se o agravamento dos problemas da região pelo reinício de um processo de endividamento externo, depois do período de acumulação de divisão por causa da guerra, e pelo gargalo que se formava graças aos chamados ‘produtos gravosos’, isto é, pela dificuldade de manter competitivos internacionalmente os preços de alguns produtos que, na fase anterior,

Renato Perin Colistete (2002, p. 135) reforça esse argumento quando diz:

“o Estado assumiria uma responsabilidade estratégica com a programação das atividades e metas que permitiriam superar o estatuto periférico. Para tanto, o enfoque cepalino do planejamento foi essencialmente global, em dois sentidos básicos. Primeiro, compreenderia tanto a coordenação das atividades do Estado como das empresas privadas, de uma forma que a ação estatal não interferisse diretamente na esfera destas últimas, circunscrevendo-se apenas à sua orientação e estímulo. Segundo, o planejamento teria de abranger um complexo elenco de fatores relacionados ao desenvolvimento: ‘investimentos, emprego, poupança interna, consumo, inversão estrangeira, demanda, produtos, renda, importações, etc’”.

Um outro aspecto decorrente da gramática política vigente era a visão que se tinha do nacionalismo, como discurso que permeava o nosso desenvolvimento econômico. A ideologia nacionalista vigente a partir do Estado Novo possibilitou a construção de um imaginário de fundação do Estado brasileiro, na incipiente experiência republicana. Poderíamos dizer, parafraseando Samuel Huntington (1991), que a percepção ideológica a respeito do nosso nacionalismo veio (e continua a vir) em ondas cíclicas. Afora as raras e esparsas ondas nacionalistas no período

havam encontrado saída no mercado externo. (...) Foi nesse contexto que se formou a luta pela industrialização na América Latina e pela reorganização do comércio mundial. A CEPAL foi o grande fórum deste debate. (...) Os textos cepalinos propunham, com variáveis graus de empenho, o apelo ao capital estrangeiro – de preferência sob a forma de empréstimos intergovernamentais – para promover a rápida industrialização; propunham também uma política fiscal adequada, alterações substanciais no regime de propriedade da terra e, sobretudo, propugnavam pela ação coordenadora do Estado para conduzir o desenvolvimento nacional. Nisso consistiria, grosso modo, o *desenvolvimento*”.

colonial (lutas emancipatórias), o processo de independência nos legou um primeiro espasmo. O Estado Novo irá desencadear um movimento de nacionalismo impulsionado pela estrutura estatal; buscou criar um imaginário de independência econômica e libertação das amarras do atraso, diante da realidade competitiva internacional. Nesse sentido, o processo de desenvolvimento, via industrialização, ocorrido no segundo governo Vargas e durante o governo JK, encarregou-se de consolidar a tal ideia. O debate em torno do nacionalismo, portanto, pode ser visto em dois planos: ideológico e pragmático.

Sob a perspectiva ideológica, a formulação de um conjunto de ideias e busca de coesão social acerca do desenvolvimento precisava traduzir certa visão hegemônica do Estado capaz de mediar os conflitos surgidos entre os interesses de classe. Pode-se dizer que era um projeto ideológico de moldagem de instituições rumo ao desenvolvimento, mas não só instituições econômicas, particularizadas, e, sim, o conjunto do próprio aparato estatal. Celso Furtado (1964, p. 69) explica:

“Como o desenvolvimento moderno se realizou no marco do Estado-Nação, através da formação e defesa dos mercados nacionais, os interesses do desenvolvimento encontraram sua expressão política máxima no nacionalismo, única ideologia capaz de integrar em sua plenitude interesses antagônicos de classe”.

Nesse particular, Fernando Henrique Cardoso (2004, p. 124-125) é concorde, apresentando a ideia de que o nacionalismo ou, como chamado por ele, “populismo desenvolvimentista” foi agregador, posto que, de um lado, incorporou as massas ao sistema de produção e ao sistema político e, de outro, permitiu o consenso entre as classes antagônicas e de seus interesses contraditórios. A sua exposição é nesses termos:

“A necessidade de uma ideologia como a do ‘populismo desenvolvi-

mentista', em que coexistem, articulando-se, metas contraditórias, indica o objetivo de lograr um grau razoável de consenso e de legitimar o novo sistema de poder que se apresenta à nação apoiado em um programa de industrialização que propõe benefícios para todos".

Para Celso Furtado (apud OLIVEIRA apud ARBIX; ZILBOVICIUS; ABRAMO-VAY, 2001, p. 36), o aspecto nacionalista do projeto não se invalida, antes se reforça:

"Valorizar o nacional não é populismo, nem xenofobismo. Pois o espaço nacional é ainda a forma onde se pode construir um processo democrático, colocando a possibilidade concreta da intervenção do povo e das classes sociais dominadas ao alcance de suas possibilidades civis e políticas".

Importa referir, a título de notícia, que o nacional-desenvolvimentismo no regime militar-autoritário pós-64 incorporou ao seu discurso o elemento ideológico da segurança (arquitetada como "doutrina de segurança nacional", dentro dos moldes do combate aos inimigos do Estado e das suas "razões". Além disso, o crescimento econômico e as políticas de combate à miséria, como formas não de promoção social, mas de contenção de conflitos sociais, passaram a dispor do desenvolvimentismo como centro econômico concebido na crença da possibilidade de crescimento ilimitado, sem base política e sim técnica.¹¹ Segurança e tecnoburocracia passaram a dar o tom do desenvolvimento econômico daquele período.

Na perspectiva pragmática, a visão nacionalista deve ser compreendida como

¹¹ "Se é certo que a industrialização brasileira foi alcançada graças às políticas desenvolvimentistas, não é menos certo que a intervenção autocrática do Estado gerou também ilusões modernizadoras. A convivência com os oligopólios e uma estrutura agrária intocada produziu também crescente desigualdade de renda, polarizações no mercado de trabalho, além de aprofundar a distribuição desigual da propriedade, que impedia a plena expansão do mercado interno". (ARBIX; ZILBOVICIUS, 2001, p. 66).

"ação coordenada" dos sucessivos governos brasileiros em avançar no projeto desenvolvimentista, adequando a sua prática política aos níveis de relações e contradições internas (com classes, grupos e interesses) e de relações externas (com blocos, países e o próprio capital internacional). No nível interno, sempre foi tensa a relação entre aqueles que defendiam uma opção de "industrialização liberal", orientada e conduzida por setores empresariais privados e sua relação com o sistema agroexportador, nos moldes do discurso da UDN e setores mais liberais do PSD, e os que defendiam uma visão de "industrialização nacional-populista", garantida pela aliança política entre burguesia (urbana e rural), setores médios e populares e as estruturas do Estado, atrelados aos setores mais nacionalistas do PSD e à totalidade do PTB.¹² Grosso modo, para os estreitos limites deste trabalho, essa postura está identificada com as teses cepalinas muito em voga nos anos 50.

Do ponto de vista externo, admitindo-se a inviabilidade de um projeto de desenvolvimento autônomo, as políticas orientadas pelo Estado produziram uma inserção tipicamente dependente (capitalismo dependente) no processo da expansão do capitalismo do pós-guerra. A tendência à internacionalização da economia, com a crescente divisão da sociedade em classes antagônicas, explicitando os limites do geral e do particular, acentua a dicotomia entre Centro e Periferia.

Fernando Henrique (1980, p. 11) explica:

"A novidade das análises da dependência não consistiu, portanto, em sublinhar a dependência *externa* da economia que já fora demonstrada

¹² Os comunistas, não por serem minoritários em expressão, mas por apresentarem posições críticas a esses modelos, flutuavam, episodicamente, com seus apoios, porque a discussão de fundo que os movia estava muito mais centrada em torno da questão internacional relacionada com os conceitos de imperialismo e dominação.

pela CEPAL. Ela veio de outro ângulo: veio a ênfase posta na existência de relações *estruturais* e *globais* que unem as situações periféricas ao Centro. Os estudos sobre a dependência mostravam que os interesses das economias centrais (e das classes que as sustentam) se articulam no *interior* dos países subdesenvolvidos com os interesses das classes dominantes locais. Existe pois uma *articulação estrutural* entre o Centro e a Periferia e esta articulação é global: não se limita ao circuito do mercado internacional, mas penetra na sociedade, solidarizando interesses de grupos e classes externos e internos e gerando pactos políticos entre eles que desembocam no interior do estado”.

O estágio para o qual se dirigiu o capitalismo mundial na década de 60 foi decisivo na inversão da lógica de desenvolvimento de base nacional autônoma. Fatores como uma nova divisão internacional do trabalho no âmbito do capitalismo monopolista¹³ e a expansão organizativa das empresas multinacionais (na forma de conglomerados) imprimem na América Latina, e, por tabela, no Brasil, um novo padrão de industrialização, que passa a obedecer à lógica de imposição do Centro em relação à Periferia.¹⁴ A crítica feita por Fernando Henrique Cardoso (1973, p. 124) conseguiu, de certo modo, demonstrar que “o desenvolvimento que ocorre é *capitalista* e que não pode desligar-se do processo de expansão do sistema capitalista internacional e das condições políticas em que este opera”.

¹³ Luiz Pereira (1971, p. 11-14) faz uma síntese muito feliz sobre os “tipos ideais” de capitalismo, em suas três versões evolutivas: *capitalismo mercantilista*, *capitalismo concorrencial ou liberal* e *capitalismo monopolista ou neocapitalismo*, dando as principais características de cada modelo.

¹⁴ Para um quadro teórico e metodológico da teoria da dependência, consultar CARDOSO, 1980, capítulo 2: “A dependência revisitada”; CARDOSO, 1973, capítulo 4: “Teoria da dependência” ou “Análises concretas de situações de dependência”.

Essas componentes ideológicas e pragmáticas que atingiram o projeto nacional de desenvolvimento econômico, mas não o inviabilizaram de todo, plasmaram-se em uma escolha política de condução técnica por meio do planejamento econômico, como forma de o Estado valer-se da sua condição de indutor do desenvolvimento.

3. Planejamento ou decisão centralizada: a via de ação do Estado

Por certo a área em que se demonstrou mais claramente a ideologia do Estado e seu compromisso com um projeto de desenvolvimento tenha sido aquela que concerne à sua atividade planejadora, enquanto forma de decisão política.

A possibilidade de coordenação dos esforços de desenvolvimento econômico pelo Estado teve a virtude, não só do ponto de vista da ideologia e do discurso político, mas na prática, de relacionar objetivos econômicos às determinações políticas. O entrelaçamento entre as esferas da política e da economia auxiliou no estreitamento da percepção e concreção das políticas por meio do plano econômico.¹⁵ A grande discussão teórica calcou-se na pressuposição de que o planejamento era possível em sociedades capitalistas democráticas, como captado por Max Weber e acentuado por Karl Mannheim. O planejamento deixara de ser uma ideologia política e uma técnica de gestão administrativa das sociedades socialistas. (CARDOSO, 1973, p. 87)

No contexto do capitalismo avançado, em sua versão monopolista, tanto em sistemas centrais quanto periféricos, a intervenção do Estado na economia foi ocorrente. Nos países europeus que passaram pela etapa do Estado Social ou Estado Provi-

¹⁵ Fernando Henrique Cardoso (1973, p. 91) diz: “A decisão de planejar é política, no sentido de que por intermédio da definição dos planos se alocam ‘valores’ e objetivos junto com os ‘recursos’ e se redefinem as formas pelas quais estes valores e objetivos são propostos e distribuídos”.

dência (*Welfare State*), essa intervenção ficou mais evidente. No caso dos Estados Unidos, a presença do Estado dividiu esse papel com a iniciativa privada, onde sua tarefa foi regulatória e coordenadora.

Luiz Pereira (1971, p. 14-15) esclarece que existem duas modalidades de planejamento (planificação) no capitalismo, que são distintas daquela técnica experimentada nos regimes socialistas (*planificação imperativa*). Diz ele que a diferença entre essas duas modalidades é de extensão e de intensidade. Na chamada *planificação indicativa*, há ausência de plano econômico estatal explícito e detalhado, onde a ação estatal é *indiretamente realizada* sobretudo pela manipulação dos instrumentos de política econômica estabilizadora como os dispositivos fiscais e monetários. Na *planificação flexível*, o Estado atua direta e indiretamente na economia. Diretamente, quando, sendo proprietário dos meios de produção, interfere no investimento público como regulador (política concorrencial) ou como produtor (via empresas estatais, por exemplo). Indiretamente age, nos moldes da planificação indicativa vista acima. O Brasil, de acordo com as suas etapas de desenvolvimento econômico, oscilou entre essas duas modalidades.

No entanto, a forma como o planejamento foi adotado no Brasil, dependendo de um misto de valores (objetivos políticos) a serem alcançados, tendo o Estado um papel central, procurou dar estabilidade política à modernização econômica. Celso Furtado, na mesma linha weberiana, mediada por Mannheim, concorda que a estabilidade decorre de um forte vínculo na estrutura burocrática, na qual o planejamento se apóia. A síntese apertada de Furtado (1964, p. 52): “Já hoje ninguém tem dúvida de que qualquer sociedade, ao nível da técnica atual, necessita apoiar-se em complexos aparelhos burocráticos para alcançar os objetivos do próprio desenvolvimento”.

Simon Schwartzman (1967, p. 2), lendo Furtado, criticamente faz a síntese:

“O autor nega que se possa esperar que a economia latinoamericana continue a se desenvolver espontaneamente depois de terminado o período de substituição de importações. Mostra que, a partir de certo ponto, o planejamento se tornará necessário, e que o planejamento não é uma tarefa meramente técnica, mas política, por introduzir alterações na distribuição da riqueza e do poder. Ainda que isto não esteja dito explicitamente, pareceria que ele recolhe de sua experiência pessoal a idéia de que a possibilidade de que mudanças políticas possam ser introduzidas pouco a pouco, sob a capa da racionalidade tecnocrática, não existe ou é ilusória. A solução estaria, conseqüentemente, em uma política de planejamento sustentada por ‘movimentos políticos de grande amplitude, capazes de alterar as bases atuais das estruturas de poder’, desenvolvidos por uma ‘mobilização das massas urbanas heterogêneas que estão ascendendo à consciência política e servindo de base aos que desafiam a estrutura tradicional de poder’”.¹⁶

Celso Furtado, ao discorrer sobre a coordenação das decisões econômicas, aponta que as decisões dos agentes econômicos podem ser descentralizadas (via mercado) ou centralizadas (via Estado). Mas, ainda que haja vantagens na descentralização, é indesmentível que certa centralização é necessária, como a questão do equilíbrio monetário, por exemplo. O próprio Furtado reforça: “nenhum sistema econômico

¹⁶ Simon Schwartzman (1967, p. 2), em artigo onde analisa a obra de Celso Furtado, “Subdesenvolvimento e Estagnação na América Latina”, ao buscar identificar a ideologia proposta pelo autor, afirma: “O conteúdo desta ideologia é proposto em termos muito gerais: ela deve ter como valor principal o desenvolvimento econômico, que beneficie a grande maioria da população, e ter na racionalidade da economia, conseguida através do planejamento, seu principal instrumento”.

lograria operar se, ao lado dos mecanismos automáticos de coordenação de decisões, não existisse um certo grau de centralização das decisões econômicas”.¹⁷ Esse conjunto de decisões num dado sistema econômico nacional será chamado de ‘*política econômica*’ por Celso Furtado (1986, p. 266).

Chamarmos de “planejamento” ou de “decisões econômicas centralizadas” é, talvez, mera questão semântica. O certo é que o terceiro nível de decisão econômica, a expansão da capacidade de produção, levou o Estado a interferir de modo crescente na economia, modelando a política de industrialização como importante variável no processo de desenvolvimento. Esse era o valor (objetivo político) a ser perseguido por aqueles responsáveis por tomarem as decisões políticas e implementarem as ações técnicas decorrentes dos modelos de decisão.¹⁸

A convergência entre Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso parece estar relacionada ao fato de que a racionalidade formal, de matriz weberiana, é fundamental na definição do perfil do planejamento. Entretanto, essa racionalidade varia conforme os graus do comportamento político dos atores ou dos modelos de decisão.¹⁹

Diz Fernando Henrique Cardoso (1973, p. 84):

“Nesse contexto, o planejamento seria a ‘administração racional’, isto

¹⁷ Nesse aspecto, Furtado (1986, p. 265) classifica a coordenação das decisões dos agentes econômicos em quatro níveis: “a) o nível da utilização dos bens que estão à disposição dos consumidores; b) o nível da utilização dos fatores que já se encontram incorporados ao processo de produção; c) o nível das iniciativas destinadas a aumentar a capacidade de produção; d) o nível do equilíbrio monetário”.

¹⁸ Para definição de “modelo”, Cf. Celso Furtado (1986, p. 268).

¹⁹ Simon Schwartzman (1967, p. 2) diz: “O conteúdo desta ideologia é proposto em termos muito gerais: ela deve ter como valor principal o desenvolvimento econômico, que beneficie a grande maioria da população, e ter na racionalidade da economia, conseguida através do planejamento, seu principal instrumento”.

é, o processo de distribuição dos recursos e dos meios tendo em vista *objetivos dados*. Mas, a fixação dos objetivos cairia no campo da decisão política e essa, por ser eminentemente criativa e por decorrer da imposição (embora legitimada) da vontade de uns grupos sobre os outros, de umas classes sobre as outras, estaria ligada à esfera não racionalizada da vida social, à terra de ninguém do campo da luta entre os grupos sociais, onde a zona de incerteza invade frequentemente a área das decisões tomadas racionalmente, segundo critérios previamente estabelecidos”.

O complemento vem em Celso Furtado (1986, p. 271):

“As reformas estruturais, que são um aspecto essencial da política econômica dos países subdesenvolvidos, constituem um tipo radical de política qualitativa, em cuja formulação os modelos de decisão que vimos de descrever são de alcance limitado.(...) As reformas surgem não como uma opção racional, e sim como o abandono de certas posições pelos grupos que controlam o sistema de poder, ou como uma modificação da relação de forças dos grupos que disputam o controle do sistema de poder”.

Se, por um lado, o planejamento estabeleceu as condições de preordenar valores transformando-os em objetivos políticos concretos que foram implantados, por outro, ocasionou o esvaziamento do sistema político representativo e eleitoral. Esse é um problema de legitimidade. Primeiro porque, numa primeira fase identificada com o Estado Novo, e tratando-se de uma ditadura, despiu-se a legitimidade que deveria ser obtida junto às classes sociais e políticas, com isso, se lhe retirou o próprio conteúdo da liberdade (política e econômica). O mesmo aconteceria no período de desenvolvimento orientado, do regime militar de pós-64. Segundo porque, em

qualquer fase do planejamento brasileiro, houve um desvirtuamento da burocratização (de tipo weberiano) que é patente nas estruturas estatais e suas ações. Se o próprio Weber percebeu os limites que a burocratização apresentava para as liberdades democráticas, o que dizer do processo de *tecnoburocratização*, na expressão de John Kenneth Galbraith, das decisões econômicas em detrimento das opções políticas. Isso, de certo modo, retirou a legitimidade da democracia liberal, reforçando ainda mais os traços autoritários do Estado brasileiro que conduziu suas razões à revelia das razões da sociedade civil. (CARDOSO, 1973, p. 94)

Com o golpe de 1964, instaura-se um regime autoritário no Brasil, em que a classe política, a par de continuar atuando no cenário institucional, perde a base de sua legitimidade soberana e constitucional. Solapou-se a democracia institucional, criando-se um simulacro de representação popular. Simplificando o argumento, trocou-se o teatro de costumes pelo teatro de marionetes.²⁰

Nesse contexto político, os militares passaram a responder pelos destinos do país. A elite militar, que arquitetara a “revolução redentora” que salvou o Brasil do perigo comunista, é a nova classe dirigente e, em grande medida, quem fornece recursos humanos ao núcleo da burocracia do Estado, encarregada de pensar (e atuar) os rumos da nação, inclusive naquilo que se possa entender por um projeto de desenvolvimento orientado.

Esse padrão de elites, operadas durante as décadas de 60 e 70, foi caracterizado como sendo de “regimes de autocracia-

burocrática” (CARDOSO, 1973, p. 24), o que pode corresponder a um sinônimo de Guillermo O’Donnell (1986) (*Estados burocrático-autoritários*). Diz Cardoso (1973, p. 24): “em graus e sob formas variáveis, existe uma política repressiva e liberticida, mas, ao mesmo tempo, são feitos esforços ingentes para garantir o atendimento de metas econômicas de crescimento, e, às vezes, se sustentam até políticas socialmente integradoras”.

A ideologia desenvolvimentista, de certo modo, deslocou-se da política para o reles campo da tecnocracia: as questões políticas e suas decisões de implementação passaram a ser vistas como prioridades administrativas (técnicas) do momento presente, que precisavam ser solucionadas em nome da estabilidade, do crescimento, da segurança nacional, seja lá qual fosse o motivo que inspirava a *raison d’État*. Com isso, esvaziou-se o debate político que ficava projetado para um futuro adiado, quando não sujeitos aos sabores da condução populista dos sucessivos governos, como refere Miriam Cordeiro Limoeiro (1978).

Celso Furtado (apud ARBIX; ZILBOVICIUS; ABRAMOVAY, 2001, p. 21) aponta o autoritarismo político de 1964 em diante como um fator que “neutralizou por duas décadas todas as formas de resistência dos excluídos, exacerbou as tendências anti-sociais do nosso desenvolvimento mimético”. O projeto que visava uma “eficácia desenvolvimentista” (CARDOSO, 1973, p. 8) dos militares buscou legitimar-se em detrimento da democracia-liberal usurpada. Isso relativizou o valor absoluto da democracia. Como se o mero resultado utilitário fosse o indispensável. Talvez nesse ponto FHC e CF concordem com o valor da democracia. Não mero aparato economicista.

O nosso modelo político, historicamente, não favoreceu que se reproduzisse algo comparável aos níveis de democracia madura ocorrentes nos países industrializados, de formação capitalista central. Fernando Henrique Cardoso (1973, p. 5)

²⁰ O histórico de golpes de Estado ao longo das décadas de 60 e 70 nos países da América Latina foi prática comum. Incomum, todavia, é que o Brasil teve um regime autoritário sem que se fechasse o Congresso Nacional. Aparentemente inconciliável com o regime de exceção, Senado Federal e Câmara dos Deputados funcionaram durante todo o período, com eleições periodicamente realizadas, ainda que os casuísmos mudassem as regras do jogo sempre que as votações populares ameaçassem os ‘donos do poder’.

arrola as condições objetivas de um regime democrático que não são encontráveis na sua plenitude entre a nossa realidade. Por outro lado, o conflito social existente, que impediu o fluxo de democracia, decorria da dominação de classe. Com uma elite político-econômica (urbano-capitalista e rural-latifundiária) distanciada dos reais interesses nacionais, sem uma classe média massiva, além de um grande número de membros de uma classe “marginal”, os anseios democráticos e econômicos não se padronizam e se concretizam.

Para os teóricos clássicos que analisaram a realidade latino-americana, a democracia devia ser obtida pela conjugação de dois fatores: desenvolvimento econômico e legitimidade política como assinalou Seymour Lipset. No entanto, como observa Fernando Henrique Cardoso, os nossos regimes políticos se assentavam em modelos fora dessa lógica: democracia restrita, caudilhismo e populismo (seja militar ou civil).

Se a democracia é um caminho para o desenvolvimento, a organização política é um instrumento; no nosso caso, esse caminho tem estado bloqueado, precisando que, seguidamente, façamos desvios e desbloqueios. Isso comprova uma realidade democrática episódica. Para Cardoso (1973, p. 25):

“É óbvio que os regimes que se reclamam como democracias partidárias (embora também neles, como é quiçá ainda mais óbvio, se conheçam momentos repressivos) permitem maior grau de coalescência entre as metas econômicas e a preservação de áreas de crítica política e liberdade. Nos regimes burocrático-repressivos, o acento é nitidamente ‘economicista’, em detrimento da liberdade”.

Para Celso Furtado (2001, p. 24), a política de desenvolvimento devia levar em conta dois elementos, a saber: a crescente homogeneização de nossa sociedade e a possibilidade de abrir espaço à realização das potencialidades de nossa cultura.

Por óbvio que nesse contexto o planejamento econômico precisava aliar as reformas estruturais, de forma qualitativa, com responsividade política. Isso conduziu os planos de governo, como o Plano de Metas e o Plano Trienal, como exemplos entre outros, dentro da lógica que animava o próprio espírito do projeto desenvolvimentista. Por outro lado, a estruturação da burocracia do Poder Executivo para instrumentalizar medidas de alcance foram marcantes, na medida em que atrofiaram cada vez mais o Poder Legislativo, que operava a reboque da vontade presidencial, seja diante do clientelismo, seja diante das pressões das classes sociais que influíam diretamente a coordenação do processo de desenvolvimento.

Há que se repetir: o nosso planejamento foi político, conforme Fernando Henrique Cardoso (1973, p. 100), mas poderia ter funcionado de forma mais descentralizada, sem ter-se apegado tanto aos padrões da tecnocracia, mais ou menos acentuada.

4. Considerações finais

Vimos que a ideologia desenvolvimentista articulada pelo Estado possibilitou a formulação, no Brasil, como espaço local periférico, dependente, de propostas políticas concretas pelas quais se tentou romper – e em certo sentido com êxito – uma situação de atraso e implementar-se uma política nacional de desenvolvimento.

Essa política foi iniciada entre nós durante o Estado Novo, que foi capaz de criar as condições econômicas, por meio de uma série de reformas legislativas de regulamentação que, continuadas no segundo governo de Getúlio Vargas e ampliadas no governo de JK, aceleraram a base de nosso desenvolvimento. Os governos militares pós-64 também estiveram vocacionados a uma política de Estado, que tinha a preocupação com o desenvolvimento econômico, porém com a permanente preocupação de se dotar o Estado de um aparato de segurança e repressão (ideologia da Segurança Nacional),

que possibilitasse uma fraca, reduzida ou nula resistência de seus opositores ou simulacro dessa, daqueles que ainda tinham alguma crença no Parlamento aleijado e no combalido sistema parlamentar.

Um novo modelo de Brasil, que é renovador perante os pródomos institucionais arcaicos e que, todavia, não se libertou, de todo, da sua condicionante histórica, carregada de significados conservadores, foi gradualmente incorporando uma nova significação no campo da política e da economia, articulando-se com a abertura à progressista participação democrática. Essa postura, em alguns períodos, talvez, tenha ficado em meio ao caminho entre o liberalismo desbragado e o socialismo arfante. Sem querer estabelecer rótulos ou classificações esdrúxulas, talvez a resposta sobre o teor do projeto de renovação estivesse numa postura de formação eclética dos dois pensadores nacionais. A sua síntese está em recolher o que há de mais avançado no campo da teoria social moderna, numa sólida construção metodológica e num engajamento militante de centro-esquerda, que agregou elementos tanto weberianos quanto marxistas para a compreensão e explicação das forças operantes no regime capitalista. A emancipação social e a redistribuição por meio de políticas públicas será o tom de seus objetivos teóricos e práticos, naquele momento em que as suas obras foram demarcatórias no campo da intelectualidade. Em Cardoso, isso fica claro na medida em que constrói bases sólidas para demonstrar o percurso da democracia (e às vezes, a falta dela) no nosso processo político. Furtado, teorizando sobre o desenvolvimento, não o divorcia das consequências intrínsecas de seu projeto de modernização, distribuição e inclusão, o que dilarga a sua nítida visão culturalista e histórica.²¹

²¹ "O debate sobre as opções com que nos deparamos exige uma reflexão serena e corajosa sobre a cultura brasileira. A ausência dessa reflexão é responsável pelo fato de que nos diagnósticos da situação presente e em nossos ensaios prospectivos nos

Diante dessa perspectiva, parece que o diálogo entre Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso, para o objetivo que propusemos neste estudo, passou pela questão da importância do Estado em forjar uma ideologia nacional desenvolvimentista, como ideia de resgate político e dos valores inerentes que disso decorrem, mas proporcionando uma ação conjugada com a técnica do planejamento de modo a operar uma transformação econômica e social. Planejamento compreendido como instância decisionista e não meramente utilitária.

Assim, os tradicionais valores do Estado, enquanto "representação" e "mediação" do espaço público e coletivo, tenderam a ser reforçados. Isso serve como advertência para os dias de hoje, na fase do capitalismo global: será suficiente a substituição dos valores públicos pelos valores privados e individualistas do mercado?

Desse modo, se for positiva a resposta, corre-se o risco de que os valores tradicionais da liberdade e da justiça democrática pulverizem-se diante dos apelos técnico-econômicos. Mais ou menos naquilo que Glauco Arbix e Mauro Zilbovicius (2001, p. 61) chamaram de a redução da sociedade à macroeconomia.

A diferença, no nosso entender, está na forma não de como o Estado foi capaz de ser hegemônico na condução do processo de desenvolvimento, ainda inacabado, mas como conduzir esse processo de forma democrática e participativa. A mesma opção vale para o mercado, que não se pode desprezar enquanto arena das trocas econômicas.

Atualmente, diante dos interesses econômicos dos países centrais e das condicionantes da economia internacional em detrimento das aspirações nacionais do Estado, pode-se dizer que a ideologia do desenvolvimento, calcada no projeto de modernização, está associada à ideologia da globalização.

contentamos com montagens conceituais sem raízes na nossa história". (FURTADO, 2001, p. 24)

A tarefa para reorientar as políticas do Estado nacional, em respeito ao princípio democrático e às autonomias locais, passa, necessariamente, por se repensar o modelo de desenvolvimento que os países periféricos precisam e querem.

Mas essa construção se dá pelo embriamento da política e da economia, em que cada uma dessas ciências tem tarefa ímpar a cumprir. Ambas são importantes, mas não se pode negar o protagonismo da obra política, que deve nortear os esforços da mudança, aduzindo um novo e renovado espírito ao nosso desenvolvimento, capaz de agregar o que há de mais genuíno na nossa cultura, com olhos sempre renovados nas experiências da nossa História, e alimentar-se de valores democráticos e participativos, inspirando a classe dirigente na formulação de ideias e conceitos modernos no alcance da inclusão e do bem-estar da coletividade.

Aliás, a esse desiderato, vale a crença renovada de Celso Furtado (2001, p. 23) nos valores da política:

“Somente a criatividade política impulsada pela vontade coletiva poderá produzir a superação desse impasse. Ora, essa vontade coletiva requer um reencontro das lideranças políticas com os valores permanentes de nossa cultura. Portanto, o ponto de partida do processo de reconstrução que temos de enfrentar deverá ser uma participação maior do povo no sistema de decisões. Sem isso, o desenvolvimento futuro não se alimentará de autêntica criatividade e pouco contribuirá para a satisfação dos anseios legítimos da nação”.

Referências

ARBIX, Glauco; ZILBOVICIUS, Mauro; ABRAMOVAY, Ricardo (Orgs.). *Razões e ficções do desenvolvimento*. São Paulo: Unesp - Edusp, 2001.

ARRIGHI, Giovanni. *A ilusão do desenvolvimento*. Sandra Vasconcelos (Trad.). Petrópolis: Vozes, 1997.

CARDOSO, Fernando Henrique. As idéias e seu lugar: ensaios sobre as teorias do desenvolvimento. *Cadernos CEBRAP*. n. 33. Rio de Janeiro: Vozes, 1980.

_____. *O modelo político brasileiro e outros ensaios*. 2 ed. São Paulo: Difel, 1973.

_____. *Política e desenvolvimento em sociedades dependentes: ideologias do empresariado industrial argentino e brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

_____; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina*. Ensaio de interpretação sociológica. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. *Ideologia do desenvolvimento no Brasil*: JK-JQ. Paz e Terra, 1978.

COLISTETE, Renato Perim. *A força das idéias: a Cepal e o industrialismo no Brasil no início dos anos 50*. In: SZMRECSÁYI, Tamás; SUZIGAN, Wilson (Orgs.). *História econômica do Brasil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Hucitec/ ABPHE/EdUSP/Imprensa Oficial, 2002.

CORSI, Francisco Luiz. *Política econômica e nacionalismo no estado novo*. In: SZMRECSÁYI, Tamás; SUZIGAN, Wilson (Orgs.). *História econômica do Brasil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Hucitec/ ABPHE/EdUSP/Imprensa Oficial, 2002.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. *Nacionalismo e economia: o segundo governo Vargas*. In: SZMRECSÁYI, Tamás; SUZIGAN, Wilson (Orgs.). *História econômica do Brasil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Hucitec/ ABPHE/EdUSP/Imprensa Oficial, 2002.

FISHLOW, Albert. *Desenvolvimento no Brasil e na América Latina*. Uma perspectiva histórica. Cláudio Weber Abramo (Trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. 2 ed. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964.

_____. *Reflexões sobre a crise brasileira*. In: ARBIX, Glauco; ZILBOVICIUS, Mauro; ABRAMOVAY, Ricardo (orgs.). *Razões e ficções do desenvolvimento*. São Paulo: Unesp- Edusp, 2001.

_____. *Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

_____. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 9 ed. São Paulo: Nacional, 1986.

GOLDENSTEIN, Lúcia. *Repensando a dependência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

GUIMARÃES, Juarez. *A trajetória intelectual de Celso Furtado*. In: TAVARES, Maria da Conceição (Org.). *Celso Furtado e o Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

HUNTINGTON, Samuel. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

NABUCO, Maria Regina. Estado e projeto nacional nas obras iniciais de Celso Furtado. In: TAVARES, Maria da Conceição (Org.). *Celso Furtado e o Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITER, Phillippe C.; WHITEHEAD, Laurence (Orgs.). *Transitions from authoritarian rule: prospects for democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986.

PEREIRA, Luiz. *Estudos sobre o Brasil contemporâneo*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1971.

SCHWARTZMAN, Simon. Subdesarrollo, revolución y ideología. *Revista Latinoamericana de Sociología*. n.1. Buenos Aires, 1967.

SZMRECSÁYI, Tamás; SUZIGAN, Wilson (Orgs.). *História econômica do Brasil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Hucitec/ABPHE/EdUSP/Imprensa Oficial, 2002.

TAVARES, Maria da Conceição (Org.). *Celso Furtado e o Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

A influência do constitucionalismo alemão do século XIX na categoria “direitos fundamentais”

Formalização do direito público e neutralização do *Rechtsstaat*

Paulo Sávio Peixoto Maia

Sumário

1. Introdução. 2. A Revolução Francesa e o surgimento do *Rechtsstaat*. 3. Congresso de Viena como neutralização do constitucionalismo moderno. 4. *Rechtsstaat* como conceito de combate: o pré-março (*Vormärz*). 5. Formalização do direito público e o esvaziamento do *Rechtsstaat*. 6. Conclusão: passado e presente dos direitos fundamentais.

1. Introdução

A noção de que um determinado indivíduo tem direitos que lhe são inatos independentemente de sua origem social é algo recente em termos históricos. É uma inovação que depende do início da modernidade (MAIA, 2007, p. 298-299), do alvorecer do constitucionalismo moderno (DIPPEL, 2006, p. 59-67), da inauguração do paradigma do Estado de Direito após a deflagração da Revolução Francesa (COSTA, 2003, p. 44-45). Um movimento ao mesmo tempo tão complexo quanto permanente na cultura jurídica ocidental.

Com efeito, o artigo 16 da francesa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, fez fortuna na história jurídica ao afirmar que “qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”¹.

Paulo Sávio Peixoto Maia é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

¹ Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs

Mais que uma bela sentença, esse artigo lança um conceito de Constituição e os alicerces do conceito ocidental de Estado de Direito (SCHMITT, 2001, p. 58-62). Um Estado sem separação dos poderes e que não garante direitos aos indivíduos não pode ser qualificado como “de Direito” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991). Essa “garantia dos direitos”, à qual faz referência o artigo 16 da *Déclaration* francesa, possui várias denominações que não necessariamente se sucedem no tempo: ao contrário, são concorrentes, concomitantes. Essa “garantia” pode ser chamada de “direitos subjetivos”, “direitos do homem”, “direitos individuais” ou “direitos fundamentais”². Tal “garantia” é tanto uma das bases do constitucionalismo quanto objeto deste trabalho.

Chamar a “garantia dos direitos” pela alcunha de *direitos fundamentais* se deve, basicamente, à influência da dogmática alemã. A tão mencionada “garantia” se chama, na Alemanha, *Grundrechte* – direitos fundamentais. Mas os conceitos não são gratuitos; dependem de um contexto que se porta como um pano de fundo que os dota de sentido (FARR, 1995, p. 24-25). Por que os alemães não aceitaram traduzir a expressão “direitos do homem” ou “direitos individuais” para o seu idioma, já que a França, aqui, antecedeu a Alemanha? Por que preferir “direitos fundamentais” a “direitos do homem”? Quais as consequências dessa escolha?

Este artigo apresenta subsídios para a formulação de uma resposta para tal problema – ainda que sem a menor pretensão de exaustividade. Para tanto, será privilegiado o conceito de *Rechtsstaat*, um equivalente, não tão perfeito, da noção de Estado de Direito (razão pela qual preferimos mantê-la no original). A publicística alemã conferiu vários sentidos ao *Rechtsstaat* até

déterminée, n’a point de Constitution. (DUVERGER, 1996, p. 18).

² Uma exploração desse desencontro conceitual por parte da dogmática constitucional em Sarlet (1998, p. 182-193)

os dias de hoje. Verificar todos esses usos seria tarefa por demais ampla. Procedese, então, a um recorte: este estudo é restrito ao período constitucional compreendido entre o início da Revolução Francesa e as décadas de 1850-1860³.

A escolha de *Rechtsstaat* para servir de guia conceitual não é outra: uma vez que o *Rechtsstaat* designa, pelo menos em sua aparição inicial, um Estado limitado pelo direito – tal qual prescrito pela Revolução Francesa –, verificar de que forma tal conceito foi abordado em solo alemão acaba por se revelar um expediente interessante para mensurar o impacto do constitucionalismo moderno na Alemanha. E pelo fato de separação de poderes e direitos dos cidadãos serem o cerce do conceito de Estado de Direito, analisar a tematização de *Rechtsstaat* revela-se, ao fim e ao cabo, um meio de saber como os direitos do homem/fundamentais foram acreditados na terra de Goethe. A análise desse passado diz muito sobre seu presente: esse, o objetivo a ser perseguido.

2. A Revolução Francesa e o surgimento do *Rechtsstaat*

O constitucionalismo moderno tem seu início com o processo revolucionário norte-americano. Contudo, se é verdade que a Revolução Americana não passou despercebida em solo alemão, também o é que seus contornos não foram bem apreendidos pela burguesia local, dada a imensa dificuldade que se tinha de entender formas políticas e sociais tão inéditas como as que estavam sendo incubadas no período de reflexão constitucional norte-americano⁴

³ De 1866 até 1871, o Chanceler da Prússia, o Conde Otto von Bismarck, leva a efeito a unificação alemã. Com isso, as bases do direito público alemão são modificadas, e o princípio da unidade do Estado somado ao princípio monárquico passam a ser os pontos cardeais da publicística; o que não será analisado aqui.

⁴ Expressão cunhada por Gerald Stourzh (1988, p. 45) para designar o período que se estende desde a crise em decorrência da crise do Stamp Act até a sentença redigida pelo Chief Justice John Marshall,

(DIPPEL, 1977, p. 60-70). Formas políticas amparadas em um novo princípio: o da soberania do povo.

A situação muda com o início da Revolução Francesa. A proximidade geográfica torna a aristocracia alemã mais temerosa. E aí alguns paralelos entre os eventos revolucionários norte-americano e francês começam a ser confeccionados. A ponto, até, de os autores da época descreverem tais revoluções como fenômenos contínuos (Idem, p. 280-281). À exata proporção em que na aristocracia crescia o medo, na burguesia crescia o entusiasmo com os acontecimentos revolucionários, de modo que, durante a década de 1790, já surgem sete projetos de constituição para a Alemanha, nos moldes franceses, que buscavam limitar o poder do Estado (DIPPEL, 2006a, p. 8). O que esses projetos de constituição formalizam é nada mais que o constitucionalismo moderno. Pela primeira vez, surge, em solo alemão, a pretensão de o direito limitar o Estado, por meio de instituições e não por apelo à boa vontade do soberano.

É esse o contexto histórico que assiste à primeira ocorrência do termo *Rechtsstaat*. O primeiro uso desse conceito é imputado a um bibliotecário chamado Johann Wilhelm Placidus, que em 1798 descreveu o posicionamento teórico de Kant e seus seguidores como sendo a “Escola crítica ou Escola dos teóricos do Estado de Direito” (*die kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehrer*) (JOUANJAN, 2001, p. 7). Simone Goyard-Fabre (2002, p. 313) é muito precisa ao ressaltar que, na obra de Kant, não há propriamente o emprego da expressão *Rechtsstaat*, “mas o estatuto que, na sua filosofia normativo-crítica, Kant dá ao Estado torna este inseparável das estruturas jurídicas que, pela institucionalização da *trias politica* (os três poderes), tornam possível a coexistência das liberdades”. De modo que seria a própria ideia de liberdade, em Kant,

no caso *Marbury v. Madison*, ocasião em que as consequências do constitucionalismo moderno se fizeram sentir de forma expressa.

que faria com que o Estado não pudesse ser concebido como uma autoridade absoluta que se utiliza do poder de forma totalmente arbitrária⁵.

E Placidus tinha razão quando se referiu a Kant. Quando Kant traçou a diferença entre estado de natureza e estado civil, entendeu este último como uma sociedade política garantida pelo direito, em que a liberdade e a igualdade são asseguradas aos cidadãos. De modo que, em Kant, não são todas as sociedades jurídicas (*rechtmässige Gesellschaften*) que automaticamente constituem um *rechtlicher Zustand*, isto é, “estado de direito no sentido de reino do direito assegurado pela ‘garantia social’” (KERVÉGAN, 2001, p. 111). Ou seja, um estado jurídico em que a relação entre os homens é regulada pelo direito, como se vê no § 41 da *Rechtslehre*, de Kant (1796). Importante perceber que, em tal definição, Kant ainda não utiliza o “singular coletivo” *Staat*, mas *Zustand*, que tem como correspondente o termo latino *status*, que indica também uma situação⁶.

Esse impasse semântico é sintomático. E mais uma vez Kant mostra que foi um dos primeiros intérpretes da modernidade em língua alemã. Quando ele aborda o *rechtlicher Zustand*, confronta-se com um problema social novo: a relação do Direito com um novo conceito de Estado, fornecido pela prática revolucionária francesa. Kant se embate com o seguinte paradoxo introduzido no continente com a Revolução Francesa: se, por um lado, a supressão do *Ancien Régime* propiciou a invenção de direitos inerentes aos indivíduos, por outro lado, ao se extinguir o pluralismo de *états* em nome de um só *État*, que se identifica com a Nação, tem-se, de fato, um notável reforço do poder do Estado (STARCK, 1990, p. 255).

⁵ No mesmo sentido, propondo a influência da noção kantiana de reino dos fins no conceito de *Rechtsstaat*, cf. Rosenfeld (2001, p. 1324).

⁶ Para a evolução semântica de Estado, continua imprescindível Brancourt (1976, p. 39-54).

Assim, a nova ordem social inaugurada com a Revolução Americana e Francesa, e representada pelo constitucionalismo moderno, desafiou abertamente o sistema de estamentos (*Stände*) da Alemanha. Um sistema que, aliás, impedia a unidade política daquilo que só futuramente conheceremos como Alemanha. Por isso afirmou Hegel (1972, p. 8), a esse tempo, que “a Alemanha já não é um Estado”, pois “sua situação política deveria ser considerada como uma anarquia jurídica, e seu direito estatal como um sistema de direito contra o Estado” (Idem, p. 18-19). O que Hegel (1972, p. 63) descreve é a situação de fragmentação política do Sacro Império Romano-Germânico, que, mesmo sendo nominalmente unificado em uma “cabeça”, o Imperador, não tinha uma unidade efetiva para ser mais que uma “coleção de solenes documentos jurídicos fundamentais”.

As observações de Hegel tinham uma razão de ser. Durante o Sacro Império, mas também ao longo da curta existência da Confederação do Reno (1806-1815), a situação da Alemanha era de notória fragmentação política. Esse estado de coisas começa a mudar com a instauração do Congresso de Viena, que durou de 1815-1820⁷. Um de seus efeitos concretos foi o de reorganizar o mapa europeu, após a queda do Império Napoleônico. Nessa oportunidade, os cerca de 300 estados alemães foram reduzidos para 39, ocasião em que se fundou a Confederação Alemã (*Deutscher Bund*) (CLARK, 2001, p. 41).

Mas o Congresso de Viena estava muito longe de consistir em apenas uma aliança multinacional com o intuito de promover a unificação dos povos. Antes disso, foi um esforço das casas dinásticas europeias no sentido de fornecer um contraponto à Revolução Francesa, um espectro que estava a propor um outro princípio de legitimidade

⁷ Que, na verdade, foi apenas um entre vários tratados de direito internacional que aconteceram após a queda de Napoleão, em 1814. (Cf. RUDÉ, 1991, p. 27-36).

do poder que não o sangue real: o princípio da soberania popular (BLACKBOURN, 2003, p. 54-67).

3. Congresso de Viena como neutralização do constitucionalismo moderno

Em seu aspecto político e constitucional, o adversário frente ao qual o Congresso de Viena se levantava fora o constitucionalismo moderno, uma autêntica ameaça ao princípio da legitimidade dinástica. Os destronamentos em série causados pelas vitórias de Napoleão, de um lado, e pelo jacobinismo, de outro, levaram a uma inusitada aliança entre a aristocracia, o trono e o altar (RUDÉ, 1991, p. 54-55); entes políticos que, nos tempos anteriores às revoluções liberais, travavam incessante disputa pelo poder, mas que logo se uniram ante a aspiração do terceiro estado de também ser incluído no aparato decisório do sistema da política: na Alemanha não aconteceu diferente (STOLLEIS, 2001, p. 66).

Os membros da Santa Aliança sabiam que uma mera afirmação do antigo regime não era mais possível; que não se poderia negar *tout court* o constitucionalismo. Até por isso, começa a tomar corpo, já a partir de 1799, a noção de que seria necessário proceder a uma reforma “a partir de cima”, antes que se sucedesse, tal como ocorreu na França, uma revolução “a partir de baixo”⁸. Esse movimento político é normalmente descrito como Restauração, porque teria promovido a volta da monarquia que Napoleão tivera combatido e derrotado. Mas se algo foi “restaurado”, o foi somente em parte.

Logo em seu início, o Congresso de Viena tomou as atitudes necessárias no sentido de conservar o poder das monarquias da Europa Central, o que vem ilustrado no *Bundesakte* de 8 de junho de 1815, que, em seu art. 13, declarava: “Todos os estados

⁸ A paternidade dessa diferença parece ser do ministro prussiano Von Struensee. (Cf. BLACKBOURN, 2003, p. 54).

da Confederação (*Bund*) possuirão uma constituição estamental (*landständische Verfassung*)⁹. Esse início já torna o modelo alemão de Constituição bem diferente de suas contrapartes francesa e norte-americana. É um conceito de Constituição que aparece, à primeira vista, como um *compromisso*. Para manter a legitimidade monárquica intacta, o Congresso de Viena se apressou em traduzir os elementos da velha ordem social europeia em uma roupagem mais moderna, no caso, mediante um arremedo do exemplo constitucional franco-americano (STOLLEIS, 2001, p. 59).

Tal estratégia consistiu, sem dúvida alguma, em uma tentativa engenhosa de neutralização, porquanto percebeu com acerto que o movimento constitucional franco-americano não admitia os privilégios de uma ordem monárquica (Idem, p. 60). Assim, o Congresso de Viena aceitava a existência do terceiro estado, e ajudou a confeccionar um modelo que, à primeira vista, aceitava dividir a soberania com a representação popular, cuja participação se dava nas Dietas dos *Länder*. Essa primeira impressão é até mesmo reforçada quando se lê o art. 57 do Ato Final do Congresso de Viena (*Wiener Schlußakte*), de 15 de maio de 1820: “a totalidade do poder do Estado se reúne no chefe do Estado, e o soberano, por meio de uma constituição estamental, poderá condicionar o exercício de certos direitos à participação dos estamentos” (Ibidem, p. 62).

A essa característica da “monarquia constitucional”, a semelhante concentração da totalidade do poder no soberano real, deu-se o nome de *princípio monárquico* (*das monarchisches Prinzip*). Como percebeu Jacky Hummel (2002, p. 74), ele tem em seu cerne a distinção entre *substantia* e *usus*, que se encontrava presente no preâmbulo da Charte francesa de 1814 (que marcou o retorno dos Bourbons à França) e que, por um lado, conservava as prerrogativas da

coroa, mas, de outro, modificava a forma de exercício do poder em decorrência da aceitação da “diferença dos tempos”¹⁰. Assim, se por um lado o monarca aceita *exercer* alguns poderes de forma compartilhada (com a representação popular), de outro lado a *substância* do poder é ainda reservada àquele que é titular de todo o poder estatal (HUMMEL, 2002, p. 74). Mas as semelhanças entre a monarquia constitucional alemã e sua equivalente francesa terminam aqui. Se na França o soberano é descrito como um monarca que *règne, mais il ne gouverne pas*¹¹, na Alemanha ele reina, governa, legisla e ainda é imune ao poder judiciário, uma vez que, segundo o art. 52 do Ato Final do Congresso de Viena, o princípio monárquico é incompatível com a separação dos poderes (CARVALHO NETTO, 1992, p. 157).

O princípio monárquico, então, diz que o monarca é o detentor exclusivo do poder do Estado, que é reunido em sua real pessoa. Como todo o poder do Estado é reconduzível à pessoa do monarca, a Constituição somente pode ser entendida, a partir de tal localização semântica, como uma outorga graciosa por parte do monarca, que unilateralmente decide condicionar a validade de algumas funções estatais à presença da representação popular em uma Dieta (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 93; CALDWELL, 1997, p. 41). É inevitável perguntar: após a outorga monárquica da Constituição, é possível ao monarca se desvincular do que foi estabelecido?

Durante o período histórico compreendido entre 1815 e 1848, a imensa luta travada pelos juristas alemães pode ser resumida como uma tentativa de responder a essa pergunta (STOLLEIS, 2001, p. 62). Os

¹⁰ Ver O preâmbulo da Charte constitutionnelle de 4 de junho de 1814, em Duverger (1996, p. 129-130).

¹¹ Segundo Benjamin Constant (2005, p. 84): “O monarca está num recinto à parte, e sagrado: nenhum olhar deve jamais atingi-lo. Ele não tem intenções, não tem fraquezas, não tem convivência com seus ministros, porque não é um homem, é um poder neutro e abstrato, acima das zonas das tempestades.”

⁹ Ver Document 14: German Confederal Act, 8 June 1815, em Breuilly (2002, p. 122).

liberais da época¹² a respondiam da seguinte forma: a Constituição é outorgada pelo monarca, mas, após sua concessão, vira um *compromisso* entre rei e representação popular, constituindo, assim, um regime dualístico pactuado (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 94). Por tal razão, as Dietas consistiriam, na verdade, em Parlamentos, de cuja confiança dependeria o governo (STOLLEIS, 2001, p. 67-68). Assim, o Poder Legislativo seria o guardião dos direitos do povo e, portanto, afirma Karl von Rotteck, “a essência da Constituição consiste na representação nacional” (GOZZI, 2006, p. 319-321), de modo que seria essa participação parlamentar na feitura das leis que diferenciaria um Estado de direito (*Rechts-Staat*) de um Estado de força (*Gewalts-Staat*) (HUMMEL, 2001, p. 128). Obviamente, os liberais tinham uma pauta política a defender, de modo que essa descrição não pode ser vista como um exercício teórico desinteressado. Seja como for, esse conceito de constituição não prevaleceu.

A prática constitucional alemã mostra claramente o quão impossível é falar de uma parlamentarização das monarquias constitucionais durante tal época (STOLLEIS, 2001, p. 68). A administração pública, exército, direito de celebrar tratados internacionais e o próprio governo (*Regierung*) dependiam da vontade *substancial* do monarca, que *exercia* o poder quando representado por seus ministros. Contudo, o instituto da responsabilidade ministerial, a esse tempo, não tinha nenhuma aplicabilidade política prática. O resultado é que a Constituição outorgada jamais poderia

¹² O conceito liberal é aqui compreendido como uma posição política que se coloca a favor das aquisições trazidas pelo constitucionalismo moderno. Quando Olivier Jouanjan (2001a, p. 273-287) analisa o embate acerca da dificuldade para a instauração de um controle de constitucionalidade na Alemanha do século XIX, o jurista francês procede à mesma contraposição que é adotada aqui: de um lado liberais como partidários do constitucionalismo moderno e, de outro, monarquistas como aqueles que buscavam neutralizar as consequências do constitucionalismo moderno.

se transformar verdadeiramente em um pacto, pois, se o monarca – enquanto totalidade do poder do Estado, personificação da soberania – tem o poder de se vincular, possui também o de se desvincular. O monarca não é um “funcionário do povo”, mas um soberano: o governo não se pauta pelo princípio da soberania popular, mas pelo *princípio monárquico*.

Alegar o contrário seria pretender que o poder estatal, que é uno por natureza, fosse dividido com um outro poder, no caso a representação popular. Mas o art. 52 do Ato Final do Congresso de Viena lembra que a separação de poderes é incompatível com o *princípio monárquico*. Assim, a Constituição é algo à disposição do monarca (BARTHÉLEMY, 1905, p. 729-730). Neste ponto, vale a síntese de Olivier Jouanjan (2005, p. 205-206): “afirmar o caráter patrimonial da soberania era afirmar a natureza originária, anterior e superior do poder monárquico em relação à Constituição; era afirmar um direito sobre a própria Constituição e legitimar as ab-rogações unilaterais [por parte do monarca]”.

O *princípio monárquico* pode ser entendido, então, como uma semântica que descreve o direito como um instrumento de efetivação daquilo que é oportuno para a política. O problema é que o outro lado dessa relação não se desenvolve: a política não aceita conceber o direito da Constituição como direito válido. Ou seja, só um lado do *Rechtsstaat* é desenvolvido, o outro não (LUHMANN, 1990, p. 187-201; FIORAVANTI, 2001, p. 577). Daí surge a perplexidade, sob a veste de pergunta: por tudo isso seria adequado concluir que o Congresso de Viena teve o efeito de conservar a pré-modernidade na Alemanha, já que o direito não limita a política, a vontade do monarca?

A resposta é negativa. É verdade que a posição dominante foi aquela que descrevera a Constituição dos *Länder* a partir do *princípio monárquico*, porém o período entre 1806-1848 foi igualmente marcado por

grande turbulência política, em que facções parlamentares, festivais políticos, panfletos e passeatas coexistiram com a manutenção dos privilégios nobiliárquicos; de forma que isso expressa um claro “lembrete de que a modernidade nasceu na Alemanha bem antes que o antigo regime morresse” (CLARK, 2001, p. 64). No plano jurídico, essa “turbulência política”, que desafiava abertamente o sistema de estamentos, que propugnava igualdade política e todas as demais consequências da soberania popular, consiste no *Rechtsstaat*, que já foi mencionado *supra*, mas não examinado: esta é a hora.

4. *Rechtsstaat* como conceito de combate: o pré-março (*Vormärz*)¹³

No período entre 1815-1848, o *Rechtsstaat* assumiu uma clara função de “conceito de combate”, que notoriamente se contrapunha à utilização abusiva do princípio monárquico. Constitucionalistas do sul da Alemanha, principalmente, como Karl von Rotteck e Theodor Welcker, confrontaram-se com o constitucionalismo monárquico de forma intensa, com a edição de um *Staats-Lexikon* (a partir de 1834) nutrido por uma notória inspiração kantiana e que consistia em uma espécie de “bíblia do liberalismo alemão à época do *Vormärz*” (JOUANJAN, 2001, p. 15). De forma que já em 1813 é possível verificar a ocorrência da utilização de *Rechtsstaat* por Welcker (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19).

Mas coube a Robert von Mohl ser o grande divulgador do *Rechtsstaat*; um autor que “batizou oficialmente” tal expressão ao utilizá-la no título de sua *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832) (COSTA, 2006, p. 123)¹⁴. Propôs que a essência de um Esta-

¹³ Por pré-março (*Vormärz*) entende-se o período histórico compreendido entre 1815 e 1848, ano em que a revolução liberal eclode.

¹⁴ Muito embora Mohl já se tenha valido de tal expressão um pouco antes, em 1829, em seu *Staatsrecht*

do de Direito era “proteger e propiciar o desenvolvimento de todas as capacidades naturais dos indivíduos e da coletividade” (JOUANJAN, 2001, p. 25). Assim, von Mohl não colocara o Estado como norte de sua noção de *Rechtsstaat*, mas sim a liberdade individual, que era entendida como a finalidade, o limite e o critério da ação estatal (COSTA, 2006, p. 124-125). Em suma: von Mohl entendia que a política deveria operar levando em consideração as limitações oriundas do direito¹⁵.

A semântica da qual Mohl era artefato comunicativo, o *Rechtsstaat* de corte liberal, travou embate literalmente sangrento com os defensores do princípio monárquico na oportunidade em que estourou a Revolução de 1848-1849¹⁶. Do lado *Rechtsstaat*, surgiam as assim-chamadas “exigências de março”. Segundo Dieter Grimm (2006, p. 77), “sem que tenham sido coordenadas de forma central, elas giraram em torno dos mesmos temas: liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião, proteção contra prisão arbitrária, supressão dos encargos feudais, igualdade de direitos”. Eram expectativas que reivindicavam que o sistema

des Königsreichs Württemberg.

¹⁵ O que é um dos papéis exercidos por uma Constituição em sentido moderno, consoante as pesquisas de Luhmann (1996, p. 83-128).

¹⁶ Para uma introdução curta porém segura da Revolução de 1848, cf. Siemann (2001, p. 117-137). Os eventos não se restringiram à Alemanha, uma vez que se estenderam por todo o continente europeu. Para as consequências dos eventos de 1848 na Áustria, mencionando inclusive o célebre projeto de Kremsier, cf. Mazohl-Wallnig (1981, p. 305-322). Para França, cf. Lambert (1999, p. 205-229) e Clément (2003, p. 473-482). O Brasil também não ficou imune ao impacto das revoluções liberais europeias, como mostra o exemplo da Revolução Praieira, em Pernambuco, entre 1848-1849. O interessantíssimo manifesto Ao Mundo (do qual não tomei conhecimento antes da preciosa ajuda de Horst Dippel) é uma peça de alto valor histórico nesse sentido, o que é constatado quando se vê as reivindicações dos praieiros, entre elas: judiciário independente das intervenções da camarilha imperial, federalismo, fim do alistamento militar compulsório, extinção do poder moderador, voto universal, liberdade de expressão e de imprensa, separação dos poderes, direito ao trabalho. (Cf. MORAIS, 1960, p. 228-229).

da política operasse sem realizar distinções de grau entre os cidadãos, que buscavam transformar a política da sociedade em um sistema que aceitasse a limitação jurídica. Essas expectativas socialmente difusas, que procuram garantir a diferenciação de uma série de contextos sociais – v.g. liberdade de imprensa, de contratar, de contrair matrimônio – e mais, que esses contextos não se submetam necessariamente às imposições da vontade do Estado, chamam-se *direitos fundamentais* (LUHMANN, 2002, p. 37-62, 271-273).

A pauta revolucionária, palpável nos direitos fundamentais que se portavam como desdobramentos do *Rechtsstaat*, mostra que os revolucionários perceberam a constituição paradoxal do *princípio monárquico*, que na verdade apenas era uma nova roupagem para a retórica da *Raison d'État*: o monarca que é sábio para se vincular sabe o momento certo de se desvincular, para assim conservar a boa ordem do reino (PASSERIN D'ENTRÈVES, 1967, p. 69-78)¹⁷. O problema é que a *sagesse* do monarca sempre vinha acompanhada de violações a direitos fundamentais, como mostra o conflito constitucional de Hannover (1837), ou mesmo o célebre caso dos “Sete de Göttingen” (JOUANJAN, 2001a, p. 256-261).

Para afastar os inconvenientes do princípio monárquico, os revolucionários contrapuseram o princípio da soberania popular. Reunidos em assembleia constituinte, na Igreja de São Paulo (*Paulskirche*), em Frankfurt, representantes dos estados alemães confeccionaram uma Constituição

¹⁷ Essa crença era inteiramente compartilhada por Svarez, o artífice do Código geral prussiano (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*). A duplicidade do Código que por um lado fornecia à sociedade normas gerais e abstratas esteiradas em um futuro em aberto, mas que por outro lado mantinha o sistema de estamentos na sociedade alemã era retrato fiel da confiança de Svarez na monarquia iluminada, dada a iluminada capacidade de autolimitação do monarca: isso fazia com que ele aceitasse a liberdade do cidadão enquanto cidadão do mundo, mas não enquanto súdito do Estado, condição na qual só lhe restaria a obediência. (Cf. KOSELLECK, 1988, p. 23-31).

em março de 1849¹⁸, mediante a qual se buscava a unificação da Alemanha. Nela também constava a separação de poderes – mediante uma parlamentarização da monarquia constitucional –, previsão de um catálogo (extenso) de direitos fundamentais (§§ 130-189) e até mesmo da instalação de um tribunal constitucional que julgaria “violações à Constituição” e também controvérsias entre os entes federados ou entre o Parlamento e o Executivo (§§ 125-129) (LANCHESTER, 2002, p. 131-157). E é nesse particular que a evolução do direito não aceita condições que não a da improbabilidade. A partir do exame das notas estenográficas do Parlamento de Frankfurt, Klaus von Beyme (1988, p. 26) indicou com precisão que não houve oportunidade em que os Estados Unidos tenham sido mais citados do que quando se debateu o tema “controle de constitucionalidade”.

Mas a ideia de submeter o Estado alemão a uma *judicial review* causou temores. Quando do debate plenário, Moriz Mohl, de Stuttgart, arguiu que a implementação de um tribunal para a resolução de controvérsias política do Império não seria produtiva, afinal, acredita ele,

“(…) não há 34 príncipes na América do Norte. Lá, a autoridade central tem o povo como um todo como sua única contraparte e o povo não tem o mesmo interesse que os governos monárquicos germânicos poderiam imaginar que eles teriam, nomeadamente, o de trabalhar contra a autoridade central, uma vez que o povo sabe muito bem que seus interesses são representados pela autoridade central e por seus representantes no parlamento presidencial: o povo, então, não se levantará contra seus próprios representantes sem uma devida causa.” (VON BEYME, 1988, p. 26)

¹⁸ O lugar tinha significado histórico: era em tal Igreja que os imperadores do Sacro Império Romano-Germânico eram eleitos pelos seus pares.

Havia o receio de acontecer com a nova Alemanha a mesma coisa que se sucedeu ao Sacro Império, quando os príncipes usaram e abusaram da jurisdição do *Reichskammergericht*¹⁹ para assim realizar, em termos práticos, uma obstrução ao poder central, já que um processo costumava durar várias décadas. No fim, após vários debates, foi aceita a inclusão, no texto final da Constituição de *Paulskirche*, da introdução do que seria o “primeiro caso de jurisdição constitucional especializada da Europa”, e que, ao contrário do modelo francês, não se resumia a uma mera corte de apelos (VON BEYME, 1988, p. 27). A competência do *Reichsgericht* de poder julgar recursos de cidadãos contra o Estado (§ 126, “f”) o colocava em uma posição central para a efetivação do longo catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1849.

Seria, então, a vitória do princípio da soberania popular contra o princípio monárquico: a vitória do *Rechtsstaat* sobre o “Estado de força”. Entrementes, nada disso saiu do papel.

5. Formalização do direito público e o esvaziamento do *Rechtsstaat*

Apesar de as intenções serem as mais belas, a historiografia especializada é da opinião que os partidários do *Rechtsstaat* não tiveram muito senso prático. Medianamente uma série de manobras de *Realpolitik*, o Rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal e substituiu a Constituição de Frankfurt, que, segundo ele, não respeitava o princípio monárquico²⁰, por uma outra, *outorgada* pelo monarca em 31 de janeiro de 1850. Assim, ele continuava rei não pela vontade de

¹⁹ O *Reichskammergericht*, criado em 1495, não era um tribunal em sentido moderno, não resolvia questões judiciais, porquanto consistia em um órgão destinado a compor controvérsias políticas entre os príncipes territoriais e o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico. (Cf. LE DIVELLE, 2003, p. 106).

²⁰ Cf. Uma reprodução da rejeição prussiana à Constituição de 1849 em Breuilly (2002, p. 148-149).

uma assembleia popular, mas “von Gottes Gnaden”, pela graça divina (HUMMEL, 2002, p. 225).

A atual Alemanha seguia em sua pluralidade de entes políticos, sem um ente central, e a Constituição da Prússia de 1850 serviu de modelo para a organização institucional dos outros reinos alemães²¹. A experiência de 1848 passou a ser lembrada como um desastre provocado pelos “professores” de Frankfurt, políticos que tinham muita habilidade filosófica, mas nenhum senso de oportunismo político (HAMEROW, 1972, p. 173; STOLLEIS, 2001, p. 248-249)²². Com ironia, Siemann (2001, p. 134) afirma que o *Rechtsstaat* foi destruído pela pólvora prussiana. Após o fracasso da revolução liberal, o direito constitucional da época passou a revestir uma postura de ceticismo em relação às possibilidades do discurso liberal. Com o que chamamos hoje de “direitos fundamentais” não foi diferente.

O *Rechtsstaat* sofre, então, uma nova acomodação conceitual. A partir de 1850, as posturas liberais ou conservadoras serão niveladas em seus resultados, porquanto ambas serão caracterizadas pelos seguintes posicionamentos (COSTA, 2006, p. 121):

(i) a ordem política não é aquela que é desejada ou construída, pois ela está ligada à tradição, à história, que lhe confere *fundamentos*;

(ii) o “sujeito do desenvolvimento é uma entidade coletiva, o povo”, cuja “específica identidade ético-espiritual se realiza, se torna visível, no Estado”, o que significa dizer, *ultima ratio*, que o Estado é condição de existência do povo;

²¹ É verdade que os reinos mais ao sul da Alemanha eram um tanto mais liberais (Württemberg, Baden), o que era vislumbrado no peso maior que tinha a representação popular em seus arcaibouços constitucionais. Contudo, ainda em tais reinos, o primado da monarquia continuou.

²² Em sentido contrário, afirmando que o trabalho dos parlamentares de Frankfurt era em grandes linhas o mesmo de outros parlamentos, com as mesmas vicissitudes e impasses, cf. Siemann (2001, p. 128).

(iii) “a identidade político-jurídica do sujeito se determina no pertencimento ao povo-Estado, e os direitos, por conseguinte, não podem ser referidos a uma abstrata, jusnaturalística personalidade, mas nascem do nexu vital que une o indivíduo ao povo-Estado”. Assim, nenhum direito é antecedente ao Estado: os direitos, e também o que se chama hoje de direitos fundamentais, são uma concessão do Estado. *O Estado é o fundamento do direito.*

É de se notar: o *Rechtsstaat* passa a ser utilizado de forma totalmente diversa à situação concreta que ensejou a formulação original desse conceito. Como visto, no início do Oitocentos, as esperanças liberais de uma política juridicamente limitada eram demonstradas por uma utilização de *Rechtsstaat* em franca oposição ao *princípio monárquico*. Até a restauração prussiana de 1850, tal referência era manejada como um conceito de combate, mas agora as posições se invertem: o alvo passa a ser o liberalismo, o arqueiro o *princípio monárquico*. *Rechtsstaat* então passou a denotar uma relação de precedência de um *ethos* histórico em relação aos direitos dos cidadãos. É uma clara contraposição polêmica ao jusnaturalismo contratual e individualista de corte francês, que naquele tempo era normalmente considerado como um atomismo que levava inevitavelmente à república e ao jacobinismo²³.

²³ Contra as noções de vontade individual e de vontade geral, afirmou Hegel (1997, p. 148), em notória crítica ao jacobinismo: “ao chegarem ao poder, tais abstrações produziram, por um lado, o mais prodigioso espetáculo jamais visto desde que há uma raça humana: reconstruir *a priori* e pelo pensamento a constituição de um grande Estado real, anulando tudo o que existe e é dado e querendo apresentar como fundamento um sistema racional imaginado; por outro lado, como tais abstrações são desprovidas de idéia, a tentativa de as impor promoveu os mais horríveis e cruéis acontecimentos. Como se sabe, a solução, para Hegel (1997, p. 219) é observar que o espírito do tempo chegou a um terceiro momento da eticidade (*Sittlichkeit*) e que, portanto, o direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva. Com efeito, é numa tal objetividade

Agora, com esse novo sentido a partir do qual *Rechtsstaat* era utilizado, o Estado é alçado à condição de centro e vértice da sociedade, de modo que, em seguida a 1850, a liberdade do indivíduo consiste “não em uma liberdade *no* Estado, mas *que vem* do Estado” (JACOBSON; SCHLINK, 2002, p. 7). Direitos são concessões graciosas de um monarca que os outorga; monarca que é o ápice e o fundamento de um edifício constitucional, de cuja vontade depende até mesmo a existência da própria Constituição. O representante mais destacado dessa “posição vencedora” foi Friedrich Julius Stahl²⁴. Em página clássica de sua autoria, correspondente ao § 36 da terceira edição, de 1856, Stahl (1895) afirma:

“O Estado tem que ser um Estado de Direito; essa é a solução e é também, na realidade, a tendência da época atual. Este Estado de direito deve determinar com precisão, na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), tanto a direção e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, e deve assegurá-los de modo inquebrantável. Ele não tem que realizar a perseguição das idéias éticas pelos meios da autoridade estatal (*von Staatswegen*), ou seja, diretamente, além da esfera do direito, isto é, além dos limites estritamente necessários (*bis zur notwendigen Umzäunung*). Esse é o conceito de Estado de direito: não significa simplesmente, por exemplo, nem que o Estado possa dispor do ordenamento jurídico sem objetivos administrati-

que reside a verdade da certeza da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade”.

²⁴ As bases do projeto teórico de Stahl se encontram em Stahl (1895). Trata-se de uma tradução de *Die Philosophie des Rechts*, cuja primeira edição apareceu entre 1830 e 1837. É uma impressionante declaração de guerra ao jusracionalismo francês e suas tendências contratualistas e individualistas, nomeadamente às páginas 127-209 e 310-380. Para uma exposição da teoria do direito de Stahl, é muito útil e preciso ver Jouanjan (2005, p. 63-78).

vos, nem que tenha que proteger por inteiro os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente ao modo e à maneira (*Art und Charakter*) de realizá-los²⁵.”

É notória a adequação da definição de *Rechtsstaat* de Stahl a seu tempo, pois o *Kronjurist* da Prússia “priva essa noção do caráter prospectivo que a caracterizou no pensamento liberal. Ele recusa um programa constitucional que queira fundar a ordem política a partir da autonomia dos indivíduos” (SCHÖNBERGER, 2001, p. 182). Stahl funda, com tal conceito de *Rechtsstaat*, a chamada teoria da autolimitação do Estado; se por um lado o Estado não pode violar os direitos dos súditos agindo sem objetivos administrativos, por outro lado, se o Estado tiver qualquer objetivo, ele é por definição válido, já que os indivíduos não podem pretender limitar um Estado que só pode ser limitado por ele mesmo (GOZZI, 2006, p. 315). Como é fácil verificar, em Stahl os direitos fundamentais estão muito longe de ser entendidos como “trunfos” que possam ser utilizados contra a ação estatal.

Stahl nada mais fez que sistematizar a posição dos vencedores de 1850. Assim, ele realizou, por meio de seu conceito de *Rechtsstaat*, uma simbiose entre direito e Estado; de tal maneira que o direito se torna atado ao Estado, uma vez que é o único canal por meio do qual o Estado pode exercer o seu poder (ROSENFELD, 2001, p. 1319). O outro lado da relação, a possibilidade de o direito limitar a política é obscurecida pela autolimitação do Estado, que é personificada no monarca. Tudo que a política quiser (nesse caso, o monarca por meio de seus ministros) é automaticamente possível, desde que venha “na forma do direito” (*in der Weise des Rechts*). Dessa maneira, percebe-se que os contornos da

monarquia constitucional alemã pós-1850 conseguiu se manter firme na linha das recomendações do Congresso de Viena de 1820. O *monarchisches Prinzip* permaneceu intacto, e a possibilidade de a Constituição mediar o acoplamento entre direito e política também continuou infactível²⁶.

Com esse cenário, as décadas pertencentes à segunda metade do Oitocentos viram o debate político imergir-se nos postulados (perigosos) da *Realpolitik*²⁷; assistiram também à sociedade, nomeadamente a classe média, ser abatida por um desapontamento generalizado no que toca às possibilidades de construção de uma sociedade igualitária (STOLLEIS, 2001, p. 254). Com o direito acontece algo semelhante, uma vez que a publicística alemã passou por um processo de notória “formalização”, que é tanto expressão quanto decorrência metodológica do novo enfoque jurídico que então passa a gozar de proeminência: o positivismo jurídico, com fortes tons de “estatolatria”²⁸. Uma boa síntese dessa postura é fornecida por um autor como Carl Friedrich von Gerber (1971a, p. 95):

“Caso se considere o Estado, porém, do ponto de vista jurídico, percebe-se sobretudo o fato que nele o povo eleva-se, em seu conjunto, à consciência e à capacidade de desejar demandas a partir do direito; em outras

²⁶ Perceba-se que Stahl não é propriamente um pré-moderno. Ele percebe a implausibilidade de um direito natural, porquanto descreve as relações entre direito e política absolutamente do ponto de vista do direito positivo. Concomitantemente, Stahl é ciente do esgotamento da semântica medieval da Razão de Estado para fundamentar as intervenções do sistema da política no sistema do direito. A saída por ele adotada, então, é reconhecer a separação entre direito e política (Estado), mas tão-somente para, no mesmo momento, igualá-los, o que significa negar a possibilidade de o direito normatizar contrafaticamente o Estado.

²⁷ Em 1853 aparecem os *Grundsätze der Realpolitik*, publicados anonimamente por Ludwig von Rochau. Uma expressão que, como se sabe, fez fortuna na Alemanha e no mundo. (Cf. STOLLEIS, 2001, p. 255).

²⁸ Ainda que com uma orientação um tanto diversa daquela adotada nesta investigação, vale a pena conferir a genealogia do método jurídico positivista em Fioravanti (2001a, p. 57-59), principalmente.

²⁵ Tradução indireta, a partir de Schönberger (2001, p. 179) e Böckenförde (2000, p. 25).

palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica. O Estado, guardião e revelador de todas as forças do povo que são desdobradas no cumprimento ético da vida coletiva, é a suprema *personalidade do direito* que o ordenamento jurídico conhece; a sua capacidade de querer possui a máxima atribuição que o direito pode conferir²⁹.”

Ora, se o Estado é a maior expressão do direito, não há nada que ele queira que não se torne direito: “a força da vontade do Estado, o poder do Estado, é o direito do Estado” (Idem, p. 96-97). E, para von Gerber, esse traço básico do direito público somente foi olvidado por tanto tempo em solo alemão por causa da má influência de ideias próprias à França e à Inglaterra, cuja aceitação pelos “agitadores políticos”, que confundiam direito com política, obscureceu as possibilidades de uma ciência jurídica (VON GERBER, 1971, p. 15). Como naquele momento (1865) tudo estaria mais nítido, uma vez que só se fazia ciência e não política, já se poderia ver, inclusive, que a noção de direito subjetivo é impossível “cientificamente”: que um direito em sentido subjetivo precisa se “apoiar em proposições jurídicas, isto é, normas de direito objetivo” (VON GERBER, 1971a, p. 121). Como o direito é o Estado, e o Estado é o monarca, os direitos subjetivos não passam de concessões do soberano, o rei, aos seus súditos, que “são subordinados ao seu querer constitucional e por isso obrigados a manter obediência e fidelidade a ele” (VON GERBER, 1971, p. 65).

Com esse movimento, von Gerber e Stahl “formalizam” o direito público e retiram do conceito de *Rechtsstaat* todo o seu caráter problematizador, prospectivo para assim dizer. Para Ernst-Wolfgang Böckenförde (2000, p. 25), isso seria um conceito “apolítico” de Estado. Só que a

essa altura já se pode ver que a redução do direito a um instrumento do Estado, por um Stahl ou por um von Gerber, está muito longe de não ser uma atitude “política”: é um inequívoco compromisso com a monarquia constitucional de corte prussiano (MÜLLER, 2005, p. 24). Expressa a vitória do *princípio monárquico* frente ao *Rechtsstaat*. Denota, não por último, a impossibilidade de se conceber que um súdito tenha direitos contra o Estado; o que tem muitas consequências para a categoria “direitos fundamentais”.

6. Conclusão: passado e presente dos direitos fundamentais

Direitos dos cidadãos e separação de poderes. Esse, o conteúdo de um Estado de Direito tal qual prescrito pela Revolução Francesa. Um Estado que não os tem, não possui uma Constituição. Esse conceito normativo de Constituição ingressou na Alemanha sob a alcunha de *Rechtsstaat*. Entretanto, a neutralização do constitucionalismo moderno, levada a cabo pelos partidários da Restauração monárquica (seja a de 1820 ou a de 1850), foi de tal forma eficiente que até mesmo a principal arma dos liberais, o conceito de *Rechtsstaat*, foi totalmente esvaziada, formalizada.

Na Alemanha pós-1850, dizer que um Estado deve ser um Estado de Direito significa tão-somente que o Estado age na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), com base em leis. Esse nivelamento entre Direito e Estado resulta na impossibilidade de o Direito ser colocado contra o Estado. Em um contexto teórico e institucional como esse, resulta claro que os indivíduos não possuem direitos inatos, passíveis até mesmo de frear a ação do Estado.

Mas não se falou do passado, aqui, simplesmente por mero deleite. O exposto acima não se trata de uma oferenda a um dos ídolos da tribo dos historiadores (e também dos historiadores do direito), qual seja, “a obsessão das origens” (BLOCH,

²⁹ Para uma exposição mais completa do formalismo de von Gerber, cf. Fioravanti (1979, p. 193-211, 243-252).

2001, p. 56). Quando se leva em conta a postura adotada pela publicística alemã no sentido de esvaziar o constitucionalismo moderno – palpável na análise conceitual de *Rechtsstaat* empreendida aqui – é que alguns contornos da expressão “direitos fundamentais” deixam-se evidenciar. Assim, falar sobre o passado inevitavelmente consiste em um exercício de compreensão do presente; do nosso presente.

Muito embora a Constituição de *Paulskirche* (1849) contivesse um catálogo de direitos, foi somente com a Constituição de *Weimar* (1919) que o tópico “direitos fundamentais” entrou na cena constitucional alemã³⁰: após, uma difusão em âmbito verdadeiramente global sucedeu-se. Consoante a autorizada análise de Michael Stolleis, em um primeiro momento (1919-1924), os juristas alemães, com “um misto de criticismo e descaso”, concebiam direitos fundamentais como “declarações políticas” desprovidas de conteúdo jurídico. Entretanto, quando as consequências da parlamentarização da Alemanha começaram a se fazer sentir, principalmente após 1924, “os direitos fundamentais providenciaram um meio de contenção de legisladores socialistas ou extremamente reformistas”. Assim, os direitos fundamentais se transformaram em um sistema de “valores legislados” (STOLLEIS, 2003, p. 273). Com isso fica mais fácil de perceber por que os “direitos fundamentais” tiveram como grandes divulgadores, em tal período, a República de Weimar, juristas reacionários como um Rudolf Smend (1985) ou mesmo um Carl Schmitt³¹.

O que essa atitude conservadora da doutrina dominante da República de

Weimar tem a ver com o objeto das considerações deste artigo? Há um fio que une os grandes expoentes do pensamento monárquico do século XIX e os publicistas de Weimar: ambos rejeitam claramente que cidadãos tenham direitos inatos. Os direitos derivam de um meio comum, de um *ethos*, do qual o Estado é o grande porta-voz. Aceitar que os cidadãos sejam portadores de direitos levaria a uma dissolução da unidade do Estado. Levaria ao atomismo burguês (SCHMITT, 2001, p. 170-171, 201-204). Por expressar os *valores* (*Werte*) de um Estado-nação, os direitos fundamentais constituiriam o remédio adequado para se evitar a desintegração atomística da sociedade (SMEND, 1985, p. 119-144, 171-175). O legislador democrático é um perigo: a “ordem de valores” controla-o.

Consoante a abalizada análise de Peter C. Caldwell (1997, p. 142), afigura-se possível afirmar que Rudolf Smend, com sua teoria da integração, que concebe direitos fundamentais como reflexo de uma “ordem concreta de valores”, foi a principal referência da doutrina dominante no cenário alemão pós-guerra. E esse posicionamento, que concebe direitos fundamentais como decorrência de um meio histórico comum, um *ethos*, uma ordem concreta, fez fortuna pela Europa Continental e América Latina. Na doutrina brasileira, é quase uma unanimidade. Essa importação, contudo, revela um risco.

De fato, direitos fundamentais não é uma categoria ontologicamente anti-democrática, muito embora, por um longo período da história alemã, a compreensão da doutrina dominante tenha apontado em tal direção. É claro que é um avanço para o constitucionalismo o desenvolvimento de técnicas de decisão e de extensão do âmbito de eficácia normativa dos direitos fundamentais³². Entretanto, quando se trabalha

³⁰ É verdade que a Constituição de *Paulskirche* (1848-1849) continha uma vasta lista de direitos fundamentais. Todavia, consoante foi abordado, ela não teve vigência, eis que vítima da Restauração Prussiana.

³¹ O texto de Schmitt (1958, p. 140-173) é fundamental (e até inovador). Existe exemplar disponível na Biblioteca do Supremo Tribunal Federal. Há, em língua portuguesa, uma profunda e estimulante exposição das premissas que informam esse artigo de Schmitt em Aranha (2000, p. 186-212).

³² Por exemplo, a assim-chamada *Drittwirkung*, eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Com apoio nessa teoria, em acórdão memorável, o Supremo Tribunal Federal (RE 158.215-4/RS, Rel. Min. Marco

com direitos fundamentais no contexto constitucional brasileiro, deve-se sempre ter em mente que os pressupostos alemães são diferentes dos nossos. Esses direitos são chamados de “fundamentais”, e não de “individuais” principalmente por fruto do trabalho da publicística alemã do século XIX, que adaptou o constitucionalismo moderno à ordem monárquica, neutralizando assim o potencial prospectivo e até contramajoritário que é inerente ao constitucionalismo moderno (SAJÓ, 1999, p. 9).

E aqui se situa o risco. No atual contexto alemão, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) é quem diz quais são os valores que *fundamentam* a Constituição (e seus limites), portando-se, assim, como um legislador concorrente, porquanto em várias oportunidades a legislação é relegada a um segundo plano, e uma nova regra de direito é formulada após um sopesamento de valores (HABERMAS, 1997, p. 314-326). Ao fim e ao cabo, a própria deontologicidade do direito se esvai mediante a utilização de semelhante “fundamentação axiológica do direito” (BÖCKENFÖRDE, 2000a, p. 77-97). E com isso a própria Constituição deixa de ser entendida como documento da institucionalização de garantias fundamentais (...), tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam corretamente os valores de comportamentos corretos (MAUS, 2000, p. 192).

Assim, o risco implícito na importação dos direitos fundamentais é essa pré-compreensão anti-individualista de que direitos seriam concessões: se para os publicistas do século XIX essa concessão advinha da outorga graciosa do monarca, nos tempos atuais a concessão de direitos seria oriunda de uma decisão de um tribunal constitucional que monoliticamente decide o que

Aurélio) afirmou que a expulsão de associado de cooperativa deve necessariamente obedecer ao princípio do devido processo legal (ampla defesa), ainda que tal relação seja disciplinada pelo regime jurídico de direito privado.

é, ou não, um valor constitucional. Riscos são enfrentados quando tematizados, e não quando exorcizados. O contexto histórico dos direitos fundamentais foi tematizado aqui: o que significa que não se quer, aqui, bani-los a qualquer custo.

Ao contrário. Quando bem trabalhados, quando vistos como uma espécie de *firewall* titularizado pelos cidadãos (DWORKIN, 1985), os direitos individuais/fundamentais ao lado da separação de poderes são imprescindíveis para um Estado de Direito, para um Estado que se pauta pelo constitucionalismo moderno, tal como prescreveu o art. 16 da *Déclaration* de 1789.

Referências

- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BARTHÉLEMY, Joseph. Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l' Empire. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Tomo 22, ano 12. Paris: E. Brière, 1905.
- BLACKBOURN, David. *History of Germany 1780-1918: the long nineteenth century*. 2 ed. Oxford: Blackwell, 2003.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício de historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The german type of constitutional monarchy in the nineteenth century. In: *State, society and liberty: studies in political theory and constitutional law*. New York: Berg, 1991.
- _____. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. Pour une critique de la fondation axiologique du droit. In: *Le droit, l'État et la constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Edição e Tradução de Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000a.
- BRANCOURT, Jean-Pierre. Des estats à l'État: évolution d'un mot. In: *Archives de Philosophie du Droit*. v. 21. Paris: Sirey, 1976.

BREUILLY, John. *Austria, Prussia and Germany, 1806-1871*. London: Longman, 2002.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001.

CLÉMENT, Jean-Paul. La Constitution de La mennais (1848). In: *Revue Française de droit constitutionnel*. n. 55. Paris: Presses Universitaires de France, jul. 2003.

CONSTANT, Benjamin. Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos e em particular à Constituição atual da França. In: *Escritos de política*. Editado por Célia Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COSTA, Pietro. Diritti. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Laterza, 2003.

_____. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: _____. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIPPEL, Horst. *Germany and the american revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*. Tradução de Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.

_____. (Org.). *Executive and legislative powers in the constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

_____. O surgimento do constitucionalismo moderno e as primeiras constituições latino-americanas. In: *Notícia do direito brasileiro*. n. 13 (nova série). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006.

_____. *As idéias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII*. Tradução de Herman Nébias. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006a (manuscrito inédito).

DUVERGER, Maurice (Org.). *Constitutions et documents politiques*. 14 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.

FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence; _____. HANSON,

Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. Costituzione e Stato di Diritto. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2001a.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebenleicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMEROW, Theodore S. *Restoration, revolution, reaction: economics and politics in Germany, 1815-1871*. 6 ed. Princeton University Press, 1972.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La constitución de Alemania*. Tradução de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972.

_____. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUMMEL, Jacky. État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

_____. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Introduction Constitutional Crisis: the German and the american experience. In: *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002.

JOUANJAN, Olivier. Présentation. In: *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

_____. Le contrôle incident des normes et les contradictions de l'État monarchique en Allemagne (1815-1860). In: *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001a.

_____. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

KERVÉGAN, Jean-François. L'État de droit dans l'déalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*. Tradução de Marco Cupellaro. Bolonha: il Mulino, 1988.

LAMBERT, François. La genèse de la Constitution du 4 novembre 1848: de la confiscation de la Révolution à la défaite de la République. In: DIPPEL, Horst (Org.). *Executive and legislative powers in the Constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da francoforte a bonn*: introduzione e testi. Milano: Giuffrè, 2002.

LE DIVELLEC, Armel. Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945. In: CHAGNOLLAUD, Dominique (Org.). *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XXe. Siècle*. Paris: Editions Panthéon Assas, 2003.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. The two sides of the State founded on Law. In: *Political theory in the Welfare State*. Tradução de John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990.

_____. *I diritti fondamentali come istituzione*. Tradução de Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo, 2002.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para a compreensão de sua especificidade moderna. In: *Nomos*: Revista

do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, jul./dez. 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos*. Tradução de Martonio Mont Alverne Lima e Paulo Albuquerque. n. 58. São Paulo: Cebrap, nov. 2000.

MAZOHL-WALLNIG, Brigitte. Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del 48. In: SCHIERA, Pierangelo (Org.). *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*. Bologna: il Mulino, 1981.

MORAIS, Manuel Pereira de et al. Ao Mundo. In: CARNEIRO, Edison. *A Insurreição Praieira (1848-1849)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3 ed. Tradução de Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *La Dottrina dello Stato*: elementi di analisi e di interpretazione. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1967.

ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. In: *Southern California Law Review*. v. 74, n. 5. Los Angeles: Gould School of Law, jul. 2001.

RUDÉ, George. *Europa desde las guerras napoleónicas a la revolución de 1848*. 2 ed. Tradução de Fernando de Rojas. Madrid: Cátedra, 1991.

SAJÓ, András. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapeste: Central European University Press, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

_____. Freiheitsrechte und institutionelle garantie der reichsverfassung. In: *Verfassungsrechtliche aufsätze aus den jahren 1924-1954*: materialen zu einer verfassungsglehre. Berlin: Duncker & Humblot, 1958.

SCHÖNBERGER, Christoph. État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

SIEMANN, Wolfram. The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850). In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STAHL, Friedrich Julius. *História de la filosofía del derecho*. Tradução de Don Enrique Gil y Robles. Madrid: La España Moderna, 1895.

STARCK, Christian. La Révolution Française et le droit public en Allemagne. In: *Revue internationale de droit comparé*. ano 42, n. 1. Paris: Société de Legislation Comparée, jan./ mar. 1990.

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

_____. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. In: *Ratio Juris*. v. 16, n. 2. Oxford: Blackwell, jun. 2003.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (Orgs.). *Conceptual change and the constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

VON BEYME, Klaus. The genesis of constitutional review in Parliamentary systems. In: LANDFRIED, Christine (Org.). *Constitutional review and legislation: an international comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

VON GERBER, Carl Friedrich. Sui diritti pubblici. In: *Diritto Pubblico*. Edição de Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971

_____. Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco. In: *Diritto Pubblico*. Edição de Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971a.

Participação popular, capital social e políticas públicas de defesa do patrimônio cultural

Elementos e pressupostos para a construção de uma democracia deliberativa no município

Eduardo Pordeus Silva e
Leandro Konzen Stein

Sumário

Introdução. 1. Da democracia representativa à democracia participativa. 2. Pressupostos da participação no município. 3. A participação popular nas políticas públicas de defesa da cultura no âmbito municipal. 4. Considerações finais.

Introdução

A administração pública contemporânea passa por profundas mudanças, em face do declínio do liberalismo e do surgimento de tentativas de radicalizar a democracia, que podem ser aglutinados no republicanismismo e no procedimentalismo.

No Brasil, esse processo de democratização do Estado e da instauração de uma nova relação do mesmo com a sociedade ganha força com a Constituição Federal de 1988, que estabelece o princípio democrático com primazia absoluta.

Todavia, a deliberação política também é regulada, em nosso sistema normativo-constitucional, pelo princípio da constitucionalidade, isto é, pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais expressos no Texto Magno, que serão os pressupostos normativos da formação pública da opinião e da vontade não-coatadas.

Além disso, as modernas teorias políticas e sociológicas advogam outros pressupostos (empíricos ou externos ao sistema jurídico) para uma participação efetiva da cidadania, que se podem aglutinar no am-

Eduardo Pordeus Silva é Mestrando em Ciências Jurídicas (Área de Concentração em Direito Econômico) pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Leandro Konzen Stein é Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado.

plo conceito de capital social, que irá revelar a importância do histórico e do sentido de pertencimento à comunidade.

Na efetivação desses pressupostos, assume destaque ímpar o ente público municipal, eis que é *locus* privilegiado de efetivação de uma participação calcada no espírito cívico, visto que o sentimento de identidade coletiva é muito maior do que nos demais entes federativos, além de possibilitar um diálogo mais dinâmico em face das próprias características do espaço local que congrega um número menor de cidadãos do que os Estados e a União.

Desse modo, neste artigo, buscaremos (a) estabelecer um quadro panorâmico das diversas possibilidades conceituais da democracia radicalizada, isto é, de democracia participativa em oposição à tradicional concepção liberal de soberania restrita ao voto, para, (b) visualizando os pressupostos normativos (internos) e empíricos (externos) à participação social no município, (c) perquirir sobre os limites e possibilidades da deliberação democrática municipal em torno de políticas públicas de proteção do patrimônio cultural, em vista à promoção do desenvolvimento.

1. Da democracia representativa à democracia participativa

Não é novo o fato de que há muito vem perdendo força o liberalismo clássico e seu modelo representativo de democracia política. O paradigma liberal-burguês de administração pública e exercício da soberania popular na escolha de representantes está em franco declínio. A ideia elitista schumpeteriana (Cf. SCHUMPETER, 1967) de democracia como método, e não como fim em si mesma¹, que dominou o pensamento

¹ A redução da abrangência da soberania permite a Schumpeter limitar o papel do povo ao de produtor de governos, isto é, aquela instância de escolha daquele grupo particular entre as elites que seria o mais qualificado para governar. Através dessa operação, o povo permanece como fundamento em última instância da política democrática em apenas uma condição,

político até a década de 1970, é corolário do liberalismo burocrático e, também, da forma renovada do capitalismo (interventivo), o *Welfare State*. Como aponta Rogério Leal (2006, p. 31-32):

“Esta leitura do Estado como condições e possibilidades de governos regidos pelos termos da Lei, portanto, não é suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e das cidadanias esfaceladas em sua consciência política. Em outras palavras, a Democracia Liberal, ao designar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade de um conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do *status quo* identificado com projetos de sociedade mais corporativos do que comunitários. Em tal quadro, compete ao Estado de Direito tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia se converte numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, torna-se predominantemente direito civil, consagrando aos princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o da *pacta sunt servanda*.”

As formas tradicionais de democracia têm, portanto, se modificado em função do declínio da ideologia liberal e do renascimento do republicanismo:

“[...] na Itália renascentista, Maquiavel (Niccolò Machiavelli) e vários contemporâneos seus concluíram que

a saber, na condição de árbitro das disputas entre as elites. (AVRITZER, 2002, p. 566)

o êxito ou o fracasso das instituições livres dependia do caráter dos cidadãos, ou seja, de sua 'virtude cívica'. Segundo uma interpretação consagrada do pensamento político anglo-americano, essa escola 'republicana' de humanistas cívicos foi posteriormente superada por Hobbes, Locke e seus sucessores liberais. Enquanto os republicanos enfatizavam a comunidade e as obrigações dos cidadãos, os liberais ressaltavam o individualismo e os direitos individuais. [...]

Nos últimos anos, porém, uma onda revisionista varreu a filosofia política anglo-americana. [...] Segundo os revisionistas, existe uma importante tradição republicana ou comunitária que vem desde os gregos e Maquiavel, passando pela Inglaterra do século XVII, até os constituintes americanos. Em vez de exaltarem o individualismo, os novos republicanos evocam a eloqüente exortação comunitária." (PUTNAM, 2000, p. 101)

A República pressupõe ampla divulgação e abertura da administração ao controle da cidadania, que deve fazer-se ouvir seja na assembleia de cidadãos (democracia direta, como na Grécia Clássica), seja por meio de representantes (democracia representativa):

"Enquanto o principado, no sentido clássico da palavra, a monarquia de direito divino, as várias formas de despotismo, exigem a invisibilidade do poder e de diversos modos a justificam, a república democrática - *res publica* não apenas no sentido próprio da palavra, mas também no sentido de exposta ao público - exige que o poder seja visível: o lugar onde se exerce o poder em toda forma de república é a assembleia dos cidadãos (democracia direta), na qual o processo de decisão é *in re ipsa* público, como ocorria na ágora dos gregos; nos casos em que a assembleia é a

reunião dos representantes do povo, quando então a decisão seria pública apenas para estes e não para todo o povo, as reuniões da assembleia devem ser abertas ao público de modo a que qualquer cidadão a elas possa ter acesso." (BOBBIO, 2000, p. 30)

Rousseau é um dos nomes destacados do republicanismo (que remonta a Aristóteles). O autor francês é contrário a associações secundárias de indivíduos, ou seja, opõe-se à democracia de grupos, temendo o sectarismo, que pode advir de uniões parciais (não totais, como no Estado: *volonté générale*) de indivíduos que pensam da mesma forma:

"Rousseau mostra como a existência de 'associações parciais' prejudica a vontade geral. Ele diz que 'tal deliberação pode ser vantajosa para uma pequena comunidade, mas muito prejudicial para a grande comunidade'. O termo deliberação tomado nesse sentido particular aparece precisamente naquelas passagens em que Rousseau condena aqueles grupos que normalmente constituem o eixo principal da discussão política: os grupos ou as partes que se enfrentam numa troca de argumentos." (MANIN, 2007, p. 24)

Essa concepção trará sérias consequências no que se refere à deliberação política e à formação democrática da opinião e da vontade. Rousseau encara a deliberação pública (entendida como processo de formação da opinião e da vontade) como perigosa. Como explica o professor do Departamento de Política da Universidade de Nova York, Bernard Manin (2007, p. 25): "Para Rousseau, os indivíduos já sabem o que querem quando vão a uma assembleia pública para decidir algo em comum, porém qualquer ato de persuasão empreendido pelos outros pode corromper sua vontade e oprimi-la."

Ou seja, Rousseau pregava que o indivíduo que precisa tomar uma decisão (no

âmbito da esfera pública) já sabe antes o que quer. Em outros termos, a vontade geral é prévia à discussão pública dos temas que afetam a vida comunitária, sendo esta desnecessária e mesmo perigosa.

Veja-se, portanto, que o liberalismo clássico e o comunitarismo exacerbado são dois vertentes ideológicas antagônicas que – para melhor operação do princípio democrático e da cidadania ativa – devem encontrar um ponto de equilíbrio.

“Acredito que seja indiscutível a preocupação liberal com o efeito corrosivo que a política majoritária desenfreada pode ter sobre as liberdades civis e políticas. No entanto, o modelo deliberativo de democracia pode fornecer certos conceitos, bem como soluções institucionais, para mitigar e, talvez, *transcender a velha dicotomia entre a ênfase liberal nas liberdades e direitos individuais e a ênfase da teoria democrática na deliberação coletiva e na formação da vontade.*” (BENHABIB, 2007, p. 64, grifo nosso)

É dizer: tanto o liberalismo quanto o republicanismo (ou comunitarismo, em sua vertente contemporânea) apresentam falhas que devem ser resolvidas por meio de uma síntese superior que concretize efetivamente os pressupostos democráticos.

Como explica o representante da terceira geração da Escola de Frankfurt, Axel Honneth (2001), a distinção fundamental entre paradigmas de Estados democráticos contemporâneos é entre os modelos liberal e republicano, somando-se, hoje, o paradigma intermediário de Habermas, qual seja, a democracia procedimental, a qual pressupõe deliberação e participação efetiva da cidadania. Contudo, essa distinção é mais didática e simplificadora do que o quadro efetivo, haja vista que vários autores não se filiam a qualquer dessas correntes:

“Com essa posição estou unindo-me, até certo ponto, ao diagnóstico de Habermas, no qual liberalismo e republicanismo são apresentados como

os dois paradigmas prevaletentes na teoria do Estado constitucional democrático [...]. Se for somado a essas duas alternativas o conceito processual de democracia desenvolvido por Habermas, há duas abordagens radicais que estão tentando, de pontos de vista contrários, defender uma idéia normativa mais substantiva de formação democrática da vontade conjunta *vis-à-vis* a perspectiva liberal de política. Tais conceitos padronizados – liberalismo, republicanismo, procedimentalismo – sempre correm o risco de serem simplificações exageradas. Pode-se facilmente perder de vista as diferenciações e as restrições com que as várias posições tentam evitar estereótipos precipitados.” (HONNETH, 2001, p. 63)

No plano normativo, o modelo sintético de Estado/Sociedade/Direito é o novel paradigma do Estado Democrático de Direito, que desponta do final dos anos 1970, assim conceituado por Bolzan de Moraes (1996, p. 74-75):

“O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica.* E mais, a idéia

² O próprio Habermas explica a sua posição intermediária da seguinte maneira: “A teoria do discurso, que atribuiu ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, as quais, no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo.” (HABERMAS, 2003b, p. 21)

de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.”

Assim, os elementos centrais do novo paradigma informador do Direito e da sociedade podem ser resumidos, *grosso modo*: (a) na radicalização da democracia, mormente a participativa, tendo o cidadão amplo acesso às estruturas estatais, o que permitiu o crescimento das demandas sociais por políticas públicas, além de possibilitar uma saudável função fiscalizadora; e (b) a realização ótima dos direitos fundamentais (de todas as gerações ou dimensões), por intermédio da positivação e imutabilidade (cláusulas pétreas e cláusula da “proibição de retrocesso social”) de conquistas sociais, ora plasmadas no Texto Magno.

Essa inversão da lógica democrática na contemporaneidade advém do fato de que não mais se valorizam os fins, mas os meios, ou seja, a legitimidade da decisão reside não tanto na decisão em si (como soma de vontades individuais pré-determinadas), mas no processo de formação da decisão: na deliberação.

“Diante disso, é necessário alterar radicalmente a perspectiva comum a ambas teorias e ao pensamento democrático: a fonte da legitimidade não é a vontade predeterminada dos indivíduos, mas antes o processo de sua formação, ou seja, deliberação. Precisamos, assim, modificar a conclusão fundamental de Rousseau, Sieyès, e Rawls: *uma decisão legítima não representa a vontade de todos, mas resulta da deliberação de todos*. O processo deliberativo é tanto individualista como democrático: individualista porque cada um participa da deliberação, e democrático por que a decisão tomada pode ser considerada como emanando do povo.” (YOUNG, 2001, p. 365, grifo nosso)

Iris Marion Young (2001, p. 369), ao tratar da definição de democracia deliberativa

em contraposição ao de uma democracia tida de interesses, destaca:

“O modelo de democracia deliberativa, ao contrário, concebe a democracia como processo que cria um público, isto é, cidadãos unindo-se para tratar de objetivos, ideais, ações e problemas coletivos. Os processos democráticos são orientados em torno da discussão do bem público, ao invés da competição pelo bem privado de cada um.”

Ademais, nesta, por ser compreendida como mais igualitária e potencialmente mais inclusiva, entende-se que ninguém pode estar em posição que permita ameaçar ou coagir outros a aceitar ou rejeitar determinada proposta, pois, segundo Young (2001, p. 369), a finalidade da deliberação é atingir o consenso; ainda que não haja este e que os participantes tenham de recorrer ao voto, o resultado será um julgamento coletivo e não uma agregação de preferências privadas, como o ideário de democracia de interesses.

“De acordo com o modelo deliberativo de democracia, para alcançar a legitimidade e a racionalidade nos processos de tomada de decisões coletiva em uma comunidade política, a condição necessária é que as instituições estejam de tal forma arranjadas, de modo que o que é considerado do interesse comum de todos resulte dos processos de deliberação coletiva conduzidos de modo racional e equitativo entre os indivíduos livres e iguais.” (BENHABIB, 2007, p. 50)

Céli Jardim Pinto (2004, p. 97) entende que tanto a democracia representativa quanto a democracia participativa são interligadas a ponto de ser possível criar uma arena privilegiada à expansão das potencialidades do ser humano e até mesmo assevera que a democracia participativa chega a ser um antídoto para a crise atual da democracia representativa, pois assim observa a seguinte realidade:

“[...] os princípios de participação e representação nas atuais teoria e prática democráticas, que entendem o regime como potencialmente capaz de gerar justiça e inclusão social. É consenso entre um número significativo de autores que a democracia representativa tal como se consolidou no século XX não tem sido capaz de dar conta dos sérios problemas sociais e culturais que o mundo contemporâneo apresenta. [...] As potencialidades de radicalização dos princípios da democracia decorrem da combinação entre representação e participação, em que a participação deve estar ao mesmo tempo suficientemente independente do campo da política institucional, para estabelecer com ela uma relação calcada na autonomia e não caudatária de interesses construídos no seu interior, e inserida o bastante nesse campo para que não ocorra uma espécie de divisão de trabalho entre sociedade civil e a esfera propriamente política.”

Assim sendo, a autora não prescinde da realidade de exclusão socioeconômica que gravita em torno da maioria dos países e que, primacialmente, tende a gerar efeitos negativos para o exercício da cidadania, pois que, segundo ela, não se pode deixar de levar em conta o fato de que os governos (municipais, estaduais ou federais) atuam em cenários de grande escassez de recursos e de carência de serviços básicos em favor dos setores marginalizados da população (PINTO, 2004, p. 101). Ora, é pontual que a inclusão socioeconômica dessa população, no sentido de tomarem decisão sobre as formas de aplicação dos recursos, contribuiu para a legitimação das políticas públicas tendentes a levar a cabo as demandas eleitas pela comunidade.

Segundo Dias (2008, p. 218), a participação da sociedade não pode ser limitada a previsões legais, cuja existência se dá apenas no plano formal. Para a autora, é

imprescindível a instituição de mecanismos participativos³, a criação de instrumentos de participação na gestão urbanística, de meios de informação de forma a possibilitar um diálogo entre a administração e os cidadãos para a ordenação e gestão do espaço municipal.

Na linguagem habermasiana, o direito (e, por consequência, as políticas públicas) somente adquire legitimidade quando existe um procedimento democrático de legislação, o qual permite a participação de todos os possíveis atingidos pela norma/política:

“Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.” (HABERMAS, 2003a, p. 190-191)

A noção de democracia procedimental, no marco da teoria do discurso, exige, todavia, certos pressupostos:

“A institucionalização (de uma rede) de discursos (e negociações) tem de se orientar em primeira linha de acordo com o objetivo de cumprir da maneira mais ampla possível os pressupostos pragmáticos comuns de argumentos em geral (acesso universal, participação sob igualdade de direitos e igualdade de chances para todas as contribuições, orientação dos participantes em direção

³ Sobre o tema, conferir: LEAL; STEIN, 2008.

ao entendimento mútuo e incoerção estrutural). A instituição dos discursos, portanto, deve assegurar, tanto quanto possível, sob as restrições temporais, sociais e objetivas dos respectivos processos decisórios, o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, de maneira que possa entrar em ação a força racionalmente motivadora do melhor argumento (da contribuição convincente ao tema relevante).” (HABERMAS, 2002, p. 330)

Veja-se, portanto, que não se trata de deixar tudo ao arbítrio dos atores sociais que vão decidir de qualquer modo sobre qualquer assunto. Nenhum autor revisionista da democracia tradicional (representativa) nega que existam determinados pressupostos que devam ser satisfeitos para que a deliberação na esfera pública seja efetiva. Ou seja, o Estado Democrático de Direito carrega consigo o princípio democrático, mas esse não se subsume ao princípio da maioria, contendo em si, também, o princípio da constitucionalização (calcado no respeito aos direitos fundamentais).

Além desses princípios que integram o sistema jurídico (pressuposto interno), existem outros pressupostos (externos ao ordenamento), que são as condições materiais (empíricas) que possibilitem uma participação consciente e que levem os cidadãos a pensarem nos interesses comuns, e não meramente na defesa de seus interesses privados. São eles: o capital social, o espírito cívico e o sentimento de pertencimento. Nesse sentido, a efetivação desses pressupostos externos (materiais) guarda íntima relação com o espaço local, visto que a deliberação ocorre de forma mais fluida em espaços menores e, principalmente, porque o pertencimento ao município/comunidade é mais destacado do que em relação ao Estado, ou União Federal, mormente em países de dimensões continentais, como o Brasil.

2. Pressupostos da participação no município

O município adquire importância ímpar no pacto federativo brasileiro, formulado na Constituição Federal de 1988, passando, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, a ser ente federativo, a teor do artigo art. 1º, que versa: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e *Municípios* e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Além disso, o artigo 18 reforça a federação de Estados e municípios que é o Brasil ao preceituar que: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os *Municípios*, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

A autonomia conferida aos municípios no pacto constituinte de 1988 é importante indicativo da adoção do princípio da subsidiariedade pelo Texto Magno. Ou seja, o ente mais próximo do cidadão, no caso o município, deve ter prioridade na execução das políticas públicas. Como explica Baracho (1996, p. 89), a ligação entre federalismo e subsidiariedade é íntima:

“A idéia de subsidiariedade está intensamente ligada à de federação. A aplicação da idéia de subsidiariedade leva à conciliação entre as diversidades mais variadas, sem negar a solidariedade do Estado. Sua idéia está assentada na concepção de uma sociedade plural, dotada de sentido mais amplo do que aquele proposto pela democracia, pois visa não somente à diversidade de opiniões, mas à variedade de capacidade e atuação, com efetivação dos fins individuais e sociais.”

O princípio da subsidiariedade passa a ser, portanto, princípio constitucional implícito de distribuição de competências entre os entes federados, privilegiando, repise-se, o município:

“A subsidiariedade funcionará como critério de distribuição de poderes entre o Estado e os outros entes territoriais sempre que a Constituição não disponha ela própria directamente ou remetendo para outros critérios ou princípios jurídicos acerca das atribuições e competências dos referidos entes territoriais. Assim, a subsidiariedade funcionará plenamente como critério principal de repartição de exercício de poderes, dirigido ao legislador cujo espaço de conformação fica assim mais reduzido, ou não funcionará como critério de repartição de exercício de poderes. Admitir que o princípio da subsidiariedade é um mero critério supletivo ou é um princípio puramente hermenêutico implica a não aceitação da subsidiariedade como princípio constitucional reitor da organização e funcionamento do Estado.” (MARTINS, 2001, p. 755)

Ademais, o município é realçado como ente federado privilegiado na concretização democrática e participativa das políticas sociais tendentes a efetivar as promessas constitucionais, em especial os direitos fundamentais. O cidadão vive, pois, no município, e não no Estado ou na União Federal:

“A subsidiariedade concretiza-se no Município, desde que o indivíduo não é um ser abstrato, mas concreto, onde aparece como cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direto na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional.” (MARTINS, 2001, p. 755)

Outro fator importante, além do princípio da subsidiariedade (e de sua implicação na repartição de competências federativas), agora de ordem externa (isto é, alheio ao sistema jurídico constitucional), é o chamado *capital social*.

Os temas da democracia e do capital social estão estreitamente vinculados, mor-

mente desde os escritos seminais de Robert Putnam, nos quais analisa a relação entre desenvolvimento regional e comunidade cívica, primeiramente na Itália⁴ (PUTNAM, 2000) e posteriormente nos Estados Unidos⁵ (PUTNAM, 2002). Nesse sentido, ganham força conceitos de participação, espírito cívico, redes, confiança, cultura política, contexto cultural, história republicana, etc.

Veja-se que se privilegia a historicidade e a sociedade civil em detrimento de uma postura estatista e impositiva. As relações horizontais são destacadas, a solidariedade e sentido de pertencimento à comunidade ganham importância:

“A par do que sustentamos até agora, ser cidadão, no âmbito principalmente da Constituição brasileira de 1988, não tem a ver fundamentalmente com os direitos reconhecidos pelos aparelhos estatais, pelo fato de que esta cidadania localiza-se em território determinado, mas, notadamente, com as práticas sociais e culturais que dão sentido de pertencimento desta cidadania com o seu espaço e tempo, e fazem que se sintam diferentes, os que possuem uma mesma língua, formas semelhantes de organização e de satisfação das necessidades.” (LEAL, 2006, p. 50)

Schmidt (2006, p. 1.760) conceitua capital social como um “conjunto de redes, relações e normas que facilitam ações coordenadas na resolução de problemas coletivos e que proporcionam recursos que habilitam os participantes a acessarem bens, serviços e outras formas de capital”.

D’Araújo (2003, p. 45) traz um conceito de capital social mais vinculado à confiança entre os diversos atores sociais: “[...] as relações informais e de confiança que fazem com que as pessoas ajam conjuntamente

⁴ Originalmente publicado em 1993 com o título *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*.

⁵ Originalmente publicado com o título *Bowling alone*.

em busca de um bem comum são fundamentais para que novas e velhas organizações da sociedade civil possam prosperar e dar oportunidade de participação aos que ainda carecem de engajamento ou de proteção.”

Destarte, a confiança mútua e o sentido de pertencimento são mais propícios em espaços menores no qual a identidade se forma; é a chamada *comunidade cívica* que se caracteriza “[...] pela existência de fortes obrigações dos cidadãos com a comunidade, expressas em intensa participação, em mecanismos de igualdade política, em sentimentos de solidariedade, de confiança e de tolerância e em densas redes de associações. O compromisso cívico se expressa no empenho dos cidadãos em prol de bens públicos.” (SCHMIDT, 2003, p. 436)

A participação social na gestão dos interesses locais é condicionada a esses elementos, sendo indispensável que se estabeleçam mecanismos capazes de garantir formas de inclusão democráticas no município, *locus* privilegiado dessa nova articulação entre Estado e Sociedade.

“De fato, nas esferas mais determinadas, de menor extensão, é possível uma efetiva participação dos atores sociais considerados excluídos, ou incapazes de fazer frente ao processo complexo de articulação nos espaços nacional e, especialmente, transnacional. Esta redefinição do centro de debate acerca dos locais de poder pode contribuir para retornar a centralidade ao cidadão, atualmente ofuscado pelo complexo conjunto de inter-relações da economia globalizada.” (HERMANY, 2007, p. 251)

Não se quer dizer que a deliberação dos cidadãos no município seja livre de qualquer condicionante, ou seja, o debate público pode ser desvirtuado:

“Um modelo deliberativo de democracia propõe uma condição necessária, mas não suficiente, de racionalidade prática, pois, como em qualquer

processo, o modelo pode ser mal interpretado, mal empregado e mal usado. O modelo discursivo adota algumas precauções contra seus próprios abusos e maus usos, pois que a condição de reflexividade embutida no modelo possibilita que os abusos e maus usos no primeiro nível sejam confrontados num segundo, o meta-nível do discurso. Do mesmo modo, a chance igual de todos os implicados iniciarem tal discurso de deliberação sugere que nenhum resultado é *prima facie* fixado, mas pode ser revisado e sujeito a uma reavaliação.” (BENHABIB, 2006, p. 55)

Para evitar isso, imperioso o respeito aos ditames constitucionais como forma de garantir uma formação da vontade municipal não-coatada⁶:

“[...] o espaço local deve se traduzir em um contexto de efetivação das garantias constitucionais, não sendo suficiente a simples abertura dos espaços decisórios à sociedade, em função dos riscos representados pela eventual ausência de requisitos substanciais mínimos. É essa perspectiva que deve ser considerada para a viabilização de um direito social condensado como espécie de direito social que compatibilize a atuação dos atores sociais, potencializada na esfera local, com referenciais institucionais mínimos representados pela Constituição.” (HERMANY, 2007, p. 255)

⁶ “Habermas, lembrando Hannah Arendt, refere que o fenômeno do poder moderno não se caracteriza como a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, mas, sim, o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coatada, isto porque o poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, associando-se com outros e entendendo-se com eles. Todavia, isto só ocorre em espaços próprios em que possam se desenvolver estruturas de intersubjetividade formadas a partir de interlocuções não deformadas.” (LEAL, 2006, p. 19-20)

Conclui-se pela existência de determinados pressupostos jurídico-positivos para que a participação seja efetiva, e não meramente formal ou dirigida (seja pelo Estado ou por outros atores sociais). Ou seja, devem existir diretivas normativas cogentes que são guias das decisões estatais. Em outras palavras, não existe plena autonomia social na definição das políticas públicas que deverão ser levadas a cabo pelo Estado, eis que existem parâmetros normativo-constitucionais previamente definidos – pela própria sociedade expressa no Poder Constituinte, e não por algum ente metafísico ou religioso – como condição prévia de possibilidade ao jogo democrático:

“O Estado de que estamos falando, pois, não se confunde com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do qual se tem, tão-somente, um mínimo existencial assegurado, um plexo de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu envolver. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que temos de superar nossas próprias limitações, categorias restritivas das possibilidades existenciais intersubjetivas que nos prometeu a racionalidade moderna.” (LEAL, 2006, p. 53)

Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais desempenham papel primordial nesse sentido. Ademais, importante não descurar do fato de que a lógica da democracia participativa jamais pode ser substitutiva da sua forma institucionalizada (representação parlamentar).

Vistos os pressupostos teóricos de uma democracia contemporânea no sentido participativo e procedimental como forma

de superação do paradigma eleitoralista liberal de democracia meramente representativa, passamos a avaliar um tema pontual, qual seja, a defesa e controle social sobre o patrimônio cultural no âmbito municipal.

3. A participação popular nas políticas públicas de defesa da cultura no âmbito municipal

A necessidade de controle social acerca do patrimônio cultural é primordial, porque tende a ofertar mecanismos próprios de bem-estar social, de vez que faculta à comunidade local os instrumentos propiciadores do direito fundamental ao desenvolvimento humano. Por isso é importante uma sistemática de atuação, principalmente do Poder Público, para que a educação formal seja realmente reformada e aberta para incluir as pessoas, conscientizando-as de suas responsabilidades, em detrimento das desigualdades sociais.

Os desafios acerca da destruição e da conservação do patrimônio cultural no Brasil são, certamente, pouco conhecidos do público acadêmico brasileiro. Outrossim, é curial destacar que são variados os sentidos no que tange ao conceito de *patrimônio cultural*.

Conforme Funari, as línguas de origem românica adotam os termos frutos do latim *patrimonium* para se referir à “propriedade herdada do pai ou dos antepassados, uma herança”. Também segundo o referido autor, os alemães usam o termo *Denkmalpflege*, “o cuidado dos monumentos, daquilo que nos faz pensar”, enquanto o inglês adota a terminologia *heritage*, confinado “àquilo que foi ou pode ser herdado”, mas que, pelo mesmo processo de generalização que afetou as línguas românicas e seu uso dos derivados de *patrimonium*, também passou a ser usado como uma referência aos monumentos herdados das gerações anteriores (FUNARI, 2001, p. 24).

Dessa maneira, pode-se concluir que essas terminologias têm, em regra, refe-

rência à lembrança, isto é, moneo (do latim “levar a pensar”, presente tanto em *patri-monium* como em *monumentum*), *Denkmal* (em alemão, *denken* significa “pensar”) e aos antepassados, que são embutidos na herança. (Idem, p. 25)

Concomitantemente a mencionados termos subjetivos e/ou afetivos, pelos quais são ligados às pessoas, ou seja, ainda aos seus possíveis precursores, é curial destacar uma definição mais econômica, bem como mais jurídica, qual seja a propriedade cultural, que, nas palavras de Funari (2001, p. 25), é comum nas línguas românicas (e no italiano, *beni culturali*), “o que implica um liame menos pessoal entre o monumento e a sociedade, de tal forma que pode ser considerada uma ‘propriedade’”.

No mais, visualiza-se na Constituição brasileira vigente a importância de proteção do patrimônio cultural nacional, apontando a obrigação do Estado em assegurar o pleno exercício dos direitos culturais, bem como garantir o acesso às fontes da cultura nacional. Daí se denota um aspecto importante no resguardo constitucional ao referido patrimônio: o fato da participação da comunidade, juntamente com o Poder Público, no desempenho das formas legais de proteção e de preservação.

Ante o disposto no artigo 216, § 1º, da CF/1988, compreende-se que o Poder Público levará em conta o entendimento comunitário do que seja importante para a preservação do patrimônio cultural. O referido dispositivo destaca que a política de preservação, no que tange a esse patrimônio, deve ser democrática, participativa e aberta a todos os setores sociais; daí se identificando o princípio constitucional cultural da participação popular, consistente na possibilidade de os cidadãos poderem opinar e deliberar, de forma direta, acerca da política cultural a ser encetada. (CUNHA FILHO, 2003, p. 107)

Nesse sentido, a temática da política cultural bem como da gestão cultural ganham relevância nos debates acadêmi-

cos no Brasil, na medida em que buscam incorporar o discurso segundo o qual o enriquecimento intelectual e material delas decorrentes são potenciais. Assim sendo, o Estado, em todas suas esferas, tem tarefa imprescindível na gestão cultural, por intermédio especialmente do poder local (espaço municipal), já que mais próximo da realidade e dos interesses específicos de determinada comunidade, assumindo um papel relevante na valorização e na preservação da cultura e, de modo particular, do patrimônio cultural.

Destaque-se que, em verdade, o direito à cultura liga-se às potencialidades do ser humano quando confere a possibilidade de desenvolvimento da sua intelectualidade, da valorização da sua condição humana, na medida em que se asseguram condições de engajamento do capital social nas políticas desenvolvimentistas, sem paternalismos.

Chauí (1995, p. 82-83) destaca direitos pelos quais se possa identificar uma nova cultura política e, conseqüentemente, fortalecer a política cultural do Estado. Nesse contexto, observa-se o direito de acesso e de usufruto dos bens e serviços culturais pelos serviços públicos de cultura, em especial o direito à informação, em prol da democracia; o direito à criação cultural, enfatizando a pessoa humana e que grupos sociais sejam reconhecidos como sujeitos culturais; e o direito à participação nas políticas públicas ligadas à cultura, por intermédio de órgãos representativos ou movimentos sociais, de modo a garantir uma política cultural distanciada dos padrões do clientelismo e da tutela.

Por isso, é pertinente lembrar a necessidade de efetivar a cidadania cultural que, conforme Chauí (1995, p. 84):

“[...] teve em seu centro a desmontagem crítica da mitologia e da ideologia: tomar a cultura como um *direito* foi criar condições para tornar visível a diferença entre carência, privilégio e direito, a dissimulação das formas da violência, a manipulação efetua-

da pela *mass media* e o paternalismo populista; foi a possibilidade de tornar visível um novo sujeito social e político que se reconheça como sujeito cultural. Mas foi, sobretudo, a tentativa para romper com a passividade perante a cultura – o consumo de bens culturais – e a resignação ao estabelecido, pois essa passividade e essa resignação bloqueiam a busca da democracia [...]"

Depreende-se, de fato, que o desenvolvimento envolve fatores econômicos, sociais, culturais, políticos e ecológicos. Em se tratando do desenvolvimento local, implica dizer que este engloba uma perspectiva integrada do desenvolvimento que vai além do referencial econômico, reunindo os aspectos humanos e sociais. Sob esse ponto de vista, é considerada de extrema importância a participação da comunidade como condição à legitimidade e sustentabilidade do desenvolvimento.

Conforme Silva (2004, p. 128), à gestão pública local competirá implementar as políticas de desenvolvimento mediante a utilização de instrumentos jurídicos institucionais disponíveis, tal como a realização do planejamento, votação orçamentária com participação popular e atos normativos específicos de realização concreta dos comandos na esfera administrativa, pelos órgãos competentes incumbidos de sua implantação. Para Albuquerque Júnior (2007, p. 77):

"A gestão democrática da cultura passa [...] pelo reconhecimento de que deva haver a gestão pública da cultura, que esta deva contemplar a pluralidade das manifestações culturais e abrir o espaço para a multiplicidade de seus agentes, que os conflitos que atravessam o social devam se explicitar nas próprias atividades culturais que são apoiadas e contempladas pelas políticas públicas."

Ademais, a exclusão socioeconômica tem uma força decisiva para manter as

formas de opressão e de dominação pelas quais ganham status institucionalizado, de modo que o Estado (por seus representantes, obviamente) cria certos embaraços para um desenvolvimento humano e a própria expansão das formas de atuação da democracia, ideia essa compartilhada por Pinto (2004, p. 102), da forma seguinte:

"[...] poder-se-ia argumentar que a participação é consequência de uma sociedade organizada, em que os indivíduos possuem melhores condições sociais, econômicas e educacionais, o que, por sua vez, os leva a votar em partidos mais identificados com causas sociais e com questões concernentes à participação democrática. Se a democracia participativa necessita dessas condições para se desenvolver, como pensar na alteração dessas condições em países ou regiões de extrema pobreza e onde dominam partidos oligárquicos, responsáveis por políticas excludentes."

Outrossim, vige, hodiernamente, na maioria das cidades brasileiras, um sentimento de alienação, resultando uma consciência no sentido de que sua própria cultura não é algo de relevante valor ou digno de atenção e de sua permanente cobrança perante os poderes constituídos.

É comum se minimizar ou mesmo negar a importância da participação popular nos destinos da coisa pública, em particular no que diz respeito aos grupos subordinados, pois persiste um grau de separação entre os setores superiores e inferiores da sociedade, oportunidade em que protela o desenvolvimento socioeconômico e humano.

Nesse contexto, é natural o fato de as pessoas, apesar de um senso de cidadania e de democracia que adquirem, não darem a devida atenção à proteção e à conservação do patrimônio cultural, posto que o entendem, na maior parte das vezes, como se fora coisa estranha ao desenvolvimento dos direitos humanos ou até mesmo coisa do estrangeiro.

Ademais, no Brasil, há um ditado popular que vai ao encontro dessa realidade, o que vem a conferir mais certeza a essa alienação das classes: “eles, que são brancos, que se entendam”. Inclusive, vale ressaltar, esta frase é bem usada igualmente pelos ditos brancos para se referirem às autoridades no sentido geral. (FUNARI, 2001, p. 27)

Sendo assim, com o entendimento no sentido de que “o problema é deles, não nosso”, fica restrita a concepção de povo e de *res publica* para conferir uma ordem econômica que promova a busca da justiça social e, de modo particular, reduza as desigualdades sociais e regionais, na forma que se depreende do Texto Constitucional brasileiro.

Para Nabais (2004, p. 28), o patrimônio cultural é tido como domínio aberto ao envolvimento e empenho da comunidade. Assim, denota-se a corresponsabilização de cada um e de todos os membros da sociedade civil: “[...] ao lado das idéias de ‘estadualidade’ e de ‘publicidade’, revela também e cada vez mais a idéia de ‘civilidade’”. Isso, contudo, ainda consoante Nabais (2004, p. 28), não afasta o fato indiscutível de que “[...] são o Estado e os demais entes públicos territoriais os primeiros e os principais responsáveis pela tutela do patrimônio cultural, tanto na sua vertente de conservação, como sobretudo na vertente da sua valorização [...]”.

Por outro lado, destacam-se variados fatores os quais inibem um engajamento participativo no que se refere à gestão do patrimônio cultural. Em primeiro lugar, há falta de informação e de educação formal acerca do tema da cultura como motor do desenvolvimento humano. Destarte, mister também a defesa do patrimônio cultural por meio do controle da sociedade, porque, como destacado por Pelegrini (2006, p. 127):

“À medida que o cidadão se percebe como parte integrante do seu entorno, tende a elevar sua auto-estima e a valorizar a sua identidade cultural.

Essa experiência permite que esse cidadão se torne um agente fundamental da preservação do patrimônio em toda sua dimensão. O conhecimento adquirido e a apropriação dos bens culturais por parte da comunidade constituem fatores indispensáveis no processo de conservação integral ou preservação sustentável do patrimônio, pois fortalece os sentimentos de identidade e pertencimento da população residente, e, ainda, estimula a luta pelos seus direitos, bem como o próprio exercício da cidadania.”

Logo, é forçoso compreender que a apatia da pessoa humana ou dos grupos sociais em cobrar medidas eficazes dos poderes constituídos redundaria, na maior parte das vezes, na destruição ou descaracterização do patrimônio cultural, mesmo sob a alegação de haver políticas culturais pela busca da modernidade às cidades.

No que se refere aos atos de proteção ao patrimônio cultural, conforme exposto por Rodrigues (2002), a participação social pode ocorrer por duas formas: a primeira, pela participação da comunidade organizada nos conselhos de cultura e nos organismos que decidem os objetos material ou imaterial a serem preservados; a segunda é traduzida pela utilização de mecanismos legais, tal como a ação popular para coibir os atos políticos que ponham em riscos os valores de importância cultural definido pela coletividade.

Dessa maneira, ao se falar em planejamento urbano, conota-se, desde logo, a discussão sobre a qualidade de vida coligada no espaço cultural. Ademais, a qualidade de vida só é propícia a partir do intercâmbio de informações e de diálogo aberto, da participação democrática, do dever do Estado em promover e prover os direitos fundamentais que os cidadãos clamam, após a ponderação dos inúmeros e complexos interesses existentes. (DIAS, 2008, p. 219)

A Agenda 21 constitui-se num documento internacional que encarta o modelo

de desenvolvimento econômico em que se efetive a consideração da democracia econômica, social e ambiental de forma integrada e por ele resta assegurada a necessidade do envolvimento de todos no processo decisório democrático para resolução dos problemas mundiais, regionais e locais (DIAS, 2008, p. 220).

Em especial, a Declaração de Amsterdã (1975) introduziu algumas orientações para tornar viável o implemento de políticas para conservação integrada do patrimônio cultural, inaugurando uma abordagem pautada pela noção de integração do patrimônio à vida social. Dessa maneira, conferiu ao poder público municipal a responsabilidade de elaborar programas de conservação e aplicar os recursos financeiros obtidos para esses fins. O mencionado documento orientou ainda o envolvimento da população nos processos preservacionistas [...] para assegurar maior observância dos valores ligados à identidade microlocal e a evitar a evasão das pessoas humanas em virtude da especulação. (FUNARI; PELEGRINI, 2006, p. 33)

Logo, fica evidente que o desenvolvimento urbano está relacionado com o direito ao desenvolvimento humano e, a um só tempo, a participação popular é indispensável para a consecução das políticas urbanas. Acresce dizer que a participação popular tem ligação com a efetivação do direito à igualdade quando propicia a oportunidade de usufruir e gozar dos benefícios advindos das políticas públicas em áreas urbanas, pressupondo, assim, a igualdade de condições políticas a participar no processo de tomada de decisões sobre interesses da coletividade.

À participação da sociedade civil, faz-se necessária a efetivação de ações políticas que privilegiem o direito à informação, especificamente a educação patrimonial, porque, segundo observado por Pelegrini (2006, p. 121-122):

“[...] a complexidade da proteção de uma coleção tão extensa de bens

culturais dispersos em tão imenso território tem implicado a adoção de ações pontuais no campo das políticas públicas devotadas à defesa do patrimônio e do turismo. Estas têm sido respaldadas pela implantação de cursos de Educação Patrimonial e Educação Ambiental, tomadas como instrumentos para a construção da cidadania, do progresso econômico e da preservação dos bens culturais e sócio-ambientais.”

Daí por que os grupos que conseguem espaço em algum tipo de inclusão são capazes de se organizar como diferenças; mas, em sociedades que apresentam altas desigualdades socioeconômicas, existe um significativo setor da população incapaz de se constituir como diferença na esfera pública, devido a condições de pobreza extrema, isolamento social e falta de recursos providos pela educação formal (PINTO, 2004, p. 105). A partir das observações de Pelegrini (2006, p. 125-126), impende consignar que:

“Se for verdade que as identidades latino-americanas podem ser conservadas por meio da preservação de seu patrimônio, a educação patrimonial e ambiental pode contribuir para avivar a consciência do valor cultural e simbólico de distintos bens. A educação nesse campo deve iniciar-se pela percepção direta de que o patrimônio não se restringe somente aos bens culturais móveis e imóveis representativos da memória nacional, como monumentos, igrejas ou edifícios públicos. Pelo contrário, o conceito de patrimônio cultural é muito mais amplo, não se circunscreve aos bens materiais ou às produções humanas, ele abarca o meio ambiente e a natureza, e ainda se faz presente em inúmeras formas de manifestações culturais intangíveis.”

Parte-se do raciocínio de que o direito ao patrimônio cultural é consentâneo com

a promoção dos direitos humanos, em particular com a ampliação das liberdades da pessoa humana e, também, dos grupos sociais, quando, a par da dicção das normas internacionais e constitucionais, almeja-se integrar as ações prestacionais do Poder Público ao entendimento da comunidade diretamente interessada.

Desta feita, deve haver uma simbiose do direito ao desenvolvimento com os ideais de participação social, ao tempo em que se compreende um determinado bem cultural com valor econômico e social, à conta da efetividade do princípio constitucional da ordem econômica brasileira: reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ademais, concretiza-se também o princípio fundamental da cidadania, esculpido no art. 1º, II, da Carta Magna.

As cidades cuja preservação e valorização do patrimônio cultural são metas prioritárias tornam-se mais atraentes aos investimentos privados – fortalecendo as políticas de incentivo ao turismo, o que, evidentemente, é de interesse de todos e confere autossustentabilidade aos bens que o integram, propiciando maior circulação de riquezas e efetivando o direito ao desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, a geração de bem-estar social.

O enfoque de desenvolvimento econômico de determinadas cidades ou regiões tem muito que ver com as formas de desenvolvimento humano, ao tornar a democracia como algo próximo da realidade brasileira, por, essencialmente, afastar as formas de manobras ímprobos nos governos, em todas as esferas, e que desgastam os incipientes processos de participação política, malferindo diuturnamente a *res publica*.

Resta saber se os direitos culturais, como forma de impulsionar o desenvolvimento socioeconômico nos Estados, e a necessidade de uma democracia deliberativa para a sua condução, seriam viáveis num contexto social tão excludente, uma vez que, *prima facie*, as pessoas em situação de miséria ficam

indiferentes à cultura, pois é mais urgente ter saneamento básico, saúde de qualidade, direito à alimentação adequada, entre outras necessidades mais prementes.

No Estado interventor, afinal, há necessidade de induzir ações e planejar políticas de modo a alterar a realidade cruel. Isso combinado com um modo de fazer os interessados participarem, sem paternalismos. *O desenvolvimento socioeconômico inclusivo, participativo e democrático não é promovido só de cima, ou só de baixo, mas resulta da articulação inteligente de diversos tipos de aportes.*

O conceito e o problema a discutir é este mesmo, das desigualdades. Mas tem-se que não chega a nada apenas apontando que ele existe. É preciso aprofundar a discussão sobre uma aproximação entre educação formal e cultura e sobre saúde e acesso às estruturas de lazer e esporte, numa revisão das políticas atomizadas que trabalham sem levar em conta que as questões podem ser associadas na condução de uma política pública.

Assim sendo, o direito pode formular diretrizes ou os decretos podem espelhar essa nova perspectiva, não apenas garantir o básico. Em que pese termos secretarias municipais que reúnam mais de uma rubrica, como a educação, esporte e turismo, ou educação, cultura e esportes, e outras versões e variações, as políticas empreendidas ainda não espelham essa possibilidade de conceito integrado e gestão idem.

4. Considerações finais

O desenvolvimento socioeconômico municipal perpassa a efetivação do direito à cultura, ao passo que a defesa do patrimônio cultural no espaço local constitui campo privilegiado de avaliação da efetividade do princípio constitucional da cidadania e da consuetudinária participação popular.

As políticas públicas, para serem legítimas, devem estar impregnadas da vontade social. Contudo, concluímos que existem determinados pressupostos de ordem

interna (jurídicos) e externa (empíricos) à participação social na definição dessas políticas. Entre eles, destacam-se o respeito aos ditames constitucionais, a construção do capital social, a noção de pertencimento e de bem comum e a consagração/efetividade do princípio da subsidiariedade, que está fortemente impregnado na estrutura do federalismo brasileiro pós-1988.

Como pano de fundo teórico, visualizamos que o modelo clássico de democracia meramente representativa encontra-se em crise e que os autores vinculados a novas formas democráticas (revisionistas) se aglutinam em dois grupos (que se contrapõem ao modelo liberal, restrito ao voto): o republicanismo e o procedimentalismo. Nesse sentido, a democracia passa a ser entendida como deliberação, surgindo os conceitos de democracia participativa e deliberativa, em que o cidadão é instado a se responsabilizar pelos destinos da *res publica*, por meio de variados mecanismos que congreguem uma formação não-coatada da opinião e da vontade.

Nesse diapasão, deve-se compreender a cultura e, de modo particular, o patrimônio cultural como bens a serviço da sociedade e não como bens ou serviços fúteis, dos quais necessariamente não se possa atribuir um valor econômico. Assim, por exemplo, há importância para os empreendimentos turísticos e a consequente geração de emprego e renda, inclusive com a valorização da urbanização, a partir de uma política.

A cultura, em particular sob a óptica de seu valor econômico, não é algo para ser apenas apreciado por quem tem poder aquisitivo para usufruí-la. O sentido vai bem mais adiante: a cultura desponta como mecanismo pelo qual se pode criar uma arena privilegiada para mudanças sociais e a inclusão social e econômica de certos povos.

Diante disso, importa destacar que as pessoas devem ter a consciência da cultura (patrimônio cultural) como direito fundamental, para definir a *accountability*, bem

como reivindicar dos poderes constituídos medidas aptas a interagir com o primado do desenvolvimento humano.

A cultura é um direito e um motor para o desenvolvimento humano, e, a partir dela, podem-se propiciar oportunidades de inserção social para comunidades marginalizadas social e economicamente, necessitando, contudo, de planejamento político dentro do qual a comunidade tenha direito de participação. Outrossim, faz-se curial a participação da cidadania na condução e implementação de planos, ações e projetos de política cultural, porque é interesse coletivo a democratização da cultura, como forma de inclusão social.

Os elementos para a formação da política cultural levam em conta os aspectos e as vocações culturais de determinado lugar, pois, assim, podem-se propiciar consequências positivas da execução de ações e de programas a ela relacionadas. Dessa maneira, é essencial o tratamento da cultura como direito e como componente indispensável nas agendas do desenvolvimento socioeconômico, aperfeiçoando, justamente, o envolvimento da sociedade civil na condução das políticas públicas, em especial nos espaços menores, como o município.

Indiscutível, portanto, a vocação do poder local para dar a devida proteção do patrimônio cultural, em particular sob a ótica da gestão dos seus bens patrimoniais de caráter ambiental, cultural ou paisagístico. De fato, importa consolidar os investimentos com a plena participação social, como fatores indispensáveis para o desenvolvimento socioeconômico.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. Gestão ou gestação pública da cultura: algumas reflexões sobre o papel do Estado na produção cultural contemporânea. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Org.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.

- AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Os princípios constitucionais culturais. In: LEITÃO, Cláudia (Org.). *Gestão cultural: significados e dilemas na contemporaneidade*. Fortaleza: BNB, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Cultura política e política cultural. *Estudos avançados*. v. 9, n. 23. São Paulo, jan./abr. 1995.
- D'ARAÚJO, Maria Celina Soares. *Capital social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- DIAS, Daniella S. O princípio da soberania como expressão da participação popular e da democracia no planejamento urbano. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Org.). *Direitos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FUNARI, Pedro Paulo. Os desafios da destruição e conservação do patrimônio cultural no Brasil. *Trabalhos de antropologia e etnologia*, Porto, 41, 1/2, 2001.
- _____.; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio histórico e cultural*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007.
- HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje. In: SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta; STEIN, Leandro Konzen. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos fundamentais civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *Encontro Preparatório para o Congresso do CONPEDI*, 17. Anais... Salvador, Bahia, 2008, no prelo.
- _____. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. *Tese de doutorado*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental. *Revista brasileira de história*. São Paulo, v. 26, n. 51, jan./jun. 2006.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Espaços deliberativos e a questão da representação. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 19, n. 54, fev. 2004.
- PUTNAM, Robert. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- _____. *Solo en la bolera: colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2002.
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A proteção do patrimônio cultural. Competências constitucionais municipais e o direito de construir regulado pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Jus Navigandi. Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3160>>. Acesso em: 05 jan. 2008.
- SCHMIDT, João Pedro. Capital Social e políticas públicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.
- _____. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato

dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

YOUNG, Iris Marion. Comunicação e outro: além da democracia deliberativa. In: SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.