

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2010 – Ano 47 – Nº 188



Carla Pompeu, "Palipalã". Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 188
Outubro/dezembro – 2010

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: Fabrícia da Silva Costa Feitosa, Larissa Nogueira Bello
REVISÃO DE PROVAS: Lígia C. Santana Catunda e Nathália M. B. Benthner Narciso
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues
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.

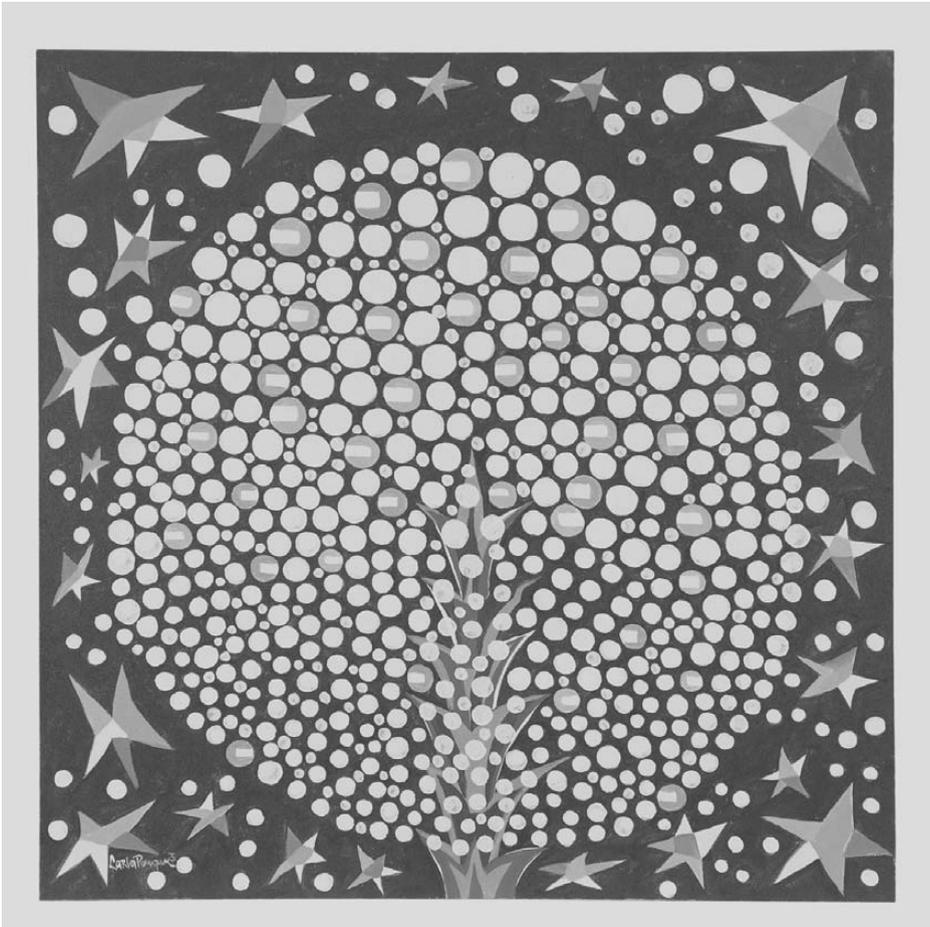
Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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)



“Palipalá”, de Carla Pompeu, técnica acrílica sobre tela de 1,20 x 1,20m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 47 · nº 188 · outubro/dezembro · 2010

Dilvanir José da Costa	Marcos do pensamento filosófico e do pensamento jurídico 7
Jorge Miranda	O regime dos direitos sociais 23
Leonel Cesarino Pessôa	Teoria pragmática e teoria da interpretação 37
Adilson José Moreira	A construção jurídica da heterossexualidade 45
Walter Claudius Rothenburg	A segunda geração do mandado de injunção 69
Christian Edward Cyril Lynch	O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933. Um estudo de direito comparado 93
Fernando J. Armando Ribeiro e Gabriela de Sousa Moura	O caráter cognitivista das normas deonticas. Reflexões a partir de Kant e Habermas 113
Aziz Tuffi Saliba, Clarissa Piterman Gross e Luisa Quintão Ubaldo	Discricionariedade ou vinculação? Um estudo dos atos administrativos de exclusão do estrangeiro admitido no território nacional 131
Carlos José S. Machado e Rodrigo M. Vilani	Aspectos conceituais do licenciamento ambiental na conservação de recursos naturais não renováveis. Exploração de petróleo e gás natural no Brasil 143
Ibsen Noronha	Brasília: panorama jurídico-histórico. Em torno da legislação fundadora de Brasília 153
Jair José Perin	Arquitetura da estrutura jurídico-funcional da Advocacia-Geral da União após dezessete anos de existência. Modelo ideal 167
Hugo Evo Magro Corrêa Urbano	Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde 179
Mário Soares Caymmy Gomes	O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade 191
Renato Gugliano Herani	Anomia do processo constitucional objetivo 209
Beclaute Oliveira Silva	“Centauro” ou “da imanência à transcendência”. Considerações sobre o homem e a política em “O príncipe” de Maquiavel 229

Ben-Hur Rava	Empresários e transição democrática. Os interesses de classe na Constituinte de 1987/1988 239
Geilza Fátima Cavalcanti Diniz	Teoria da argumentação jurídica e <i>love's knowledge</i> no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo 255
Manoel Hermes de Lima	O atual Código Civil, sua intertextualidade e intersistematicidade como diretrizes metodológicas e sua proteção a grupos culturais 277
Ana Tereza Pinto Filipecki et al.	Análise crítica do marco regulatório da experimentação animal na biomedicina brasileira 293
Orione Dantas de Medeiros	Direito Constitucional Comparado. Breves aspectos epistemológicos 313
Éder Maurício Pezzi López	Polícia Legislativa do Senado Federal. Atribuições investigativas e de polícia judiciária em face da Constituição de 1988 333
Márcio Adriano Anselmo	O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro 357

Marcos do pensamento filosófico e do pensamento jurídico

Dilvanir José da Costa

Sumário

I – Marcos do pensamento filosófico. Introdução. 1. Confúcio. 2. Platão. 3. Aristóteles. 4. Tomás de Aquino. 5. Copérnico. 6. Bacon. 7. Newton. 8. Voltaire. 9. Kant. 10. Darwin. 11. Conclusão. II – Marcos do pensamento jurídico. Introdução. 1. Cícero. 2. Montesquieu. 3. Ihering. 4. Hermann Post. 5. Tobias Barreto. 6. Sylvio Romero. 7. Síntese final da obra de Clóvis. 8. Conclusão.

I – Marcos do pensamento filosófico

Introdução

Will Durant (1885-1981), historiador e filósofo norte-americano, autor da História da Civilização e da História da Filosofia, é considerado um historiador do pensamento humano. Ele nos dá uma síntese da história da humanidade sob um enfoque atraente e valioso: a vida e a obra dos dez maiores pensadores ou personalidades que mais contribuíram e se destacaram, com suas ideias e trabalhos científicos, para o progresso dos povos. Começa por acentuar que a história do mundo é a história dos grandes homens. E que os grandes feitos não saem dos campos de batalha e sim dos cérebros e dos corações. Sobre o poder do pensamento, observa que todas as realizações humanas nele encontram sua fonte e sua meta. O surto do pensamento constitui a grande virada do drama da evolução. As invenções brotam das ideias e determinam a

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil (UFMG). Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

história. Nenhuma pressão de circunstância econômica teria sido bastante para promover avanços da humanidade se as faíscas do pensamento não houvessem interferido.

Afirma ainda que as dificuldades surtem a propósito dos critérios de seleção dos personagens máximos no rol dos gênios humanos. Qual deverá ser o teste de grandeza? Como definir o pensador, entre os cientistas, filósofos e sábios? A lista não comporta os revolucionários da fé, da ação política e apaixonada, mas só os que, pelo pensamento e pela ciência, vislumbraram a verdade e influenciaram o mundo. Devemos reverenciar quem conquista nosso espírito pela força da verdade e não quem nos escraviza pela violência ou nos engana com a fraude.

Feita a advertência, Will Durant passa a apontar, em ordem cronológica, os dez monstros sagrados que mais influenciaram a ciência e a filosofia nos últimos 2.500 anos. E a fundamentar a sua escolha, o que resumiremos ao nível deste artigo. Temos reservas e ressalvas ao trabalho, não obstante o nosso entusiasmo com a síntese histórico-filosófica e científica da seleção, que resume a própria história da humanidade.

1. Confúcio

O primeiro apontado é o sábio chinês Confúcio (552-479 a.C.), filósofo moral, pelo fato de seu apelo à vida nobre ter tido base em motivos seculares e não em razões sobrenaturais. Ao discípulo que lhe teria indagado se devia pagar o mal com o bem, teria respondido: “Com que então recompensarás a bondade? Pagarás o bem com o bem e o mal com a justiça” (DURANT, 1969). Outro mérito de Confúcio foi ter realçado os deveres e obrigações no comportamento das pessoas, mais que os direitos, hoje tão enaltecidos pela justiça dita social.

2. Platão

Depois da China o destaque é para a Grécia do “Século de Péricles”. Platão

(429-347 a.C.) é o segundo da lista. Foi discípulo de Sócrates, mestre de Aristóteles e fundador da Academia, a primeira e mais duradoura universidade do mundo. Autor de *A República*, *das Leis* e dos *Diálogos* imperecíveis, obras de filosofia, metafísica, teologia, ética, política, psicologia, educação e arte. Sua influência foi de Alexandria a Cambridge, na teologia cristã, na cultura medieval e na Renascença. Neste momento, em cem países, milhares de estudantes, absorvidos na leitura da *República* e dos *Diálogos*, sentem-se moldados em sabedoria pelo ardor e sutileza do Mestre.

3. Aristóteles

Aristóteles é o terceiro (384-322 a.C.). Autor da *Metafísica*, do *Organon* e de outras obras sobre física, metafísica, retórica, poética, moral e política. É considerado o gênio mais vasto da antiguidade. Em Alexandria e na Roma Imperial, sua obra deu início ao avanço da ciência. No século XIII, seus escritos filosóficos, trazidos pelos mouros à Europa, fertilizaram a filosofia escolástica. Na volta ao redor do mundo que estamos a dar, esclarece Durant, não encontraremos outro cérebro de maior influência no espírito da humanidade que o de Aristóteles. Foi discípulo de Platão por vinte anos e mestre de Alexandre Magno por recomendação de seu pai Filipe da Macedônia. Fundou a escola filosófica conhecida como *peripatética* (em que se ensina passeando).

“O seu sistema mostra-nos toda a natureza como um imenso esforço da matéria bruta para se elevar até ao ato puro, isto é, ao pensamento e à inteligência. É o gênio mais vasto da Antiguidade, abrangendo todas as ciências do seu tempo e muitas que não existiam. Na Idade Média, Aristóteles era o oráculo dos filósofos e dos teólogos escolásticos.” (Idem)

Mas por que excluir Sócrates da lista, indaga Will Durant. E responde: “Sócrates é metade mito. Deve sua fama à divulgação de Platão nos *Diálogos*. Tomemos, pois, Pla-

tão como significando ao mesmo tempo a si próprio e a Sócrates.” (Ibidem)

4. Tomás de Aquino

Tomás de Aquino (1225-1274). Dos filósofos gregos, Will Durant dá um salto de 1.500 anos até os grandes pensadores romanos para escolher Tomás de Aquino, filósofo e teólogo católico, autor da *Suma Teológica*, que, segundo seus biógrafos, é a expressão mais perfeita da ortodoxia católica. O tomismo se inspira na filosofia de Aristóteles.

“Os imperadores passaram e os papas permaneceram; as legiões já não se moviam, mas os monges e missionários da fé nascente calmamente criavam a ordem nova em que de novo o pensamento iria funcionar. Boaventura e Anselmo consolidaram em majestosa teologia o que havia de racional na fé medieval. Quando o trabalho preparatório se completou, um segundo Aristóteles surgiu... e todas as filosofias tomaram-lhe a ‘Suma’ como premissa. Ainda hoje em cem universidades e mil colégios o pensamento de Aquino é reverenciado como superior à ciência, e sua filosofia constitui o sistema oficial da mais poderosa igreja da cristandade.” (DURANT, 1969)

Com outros filósofos importantes incluídos na lista, “o rol dos dez seria então um álbum dos favoritos, não a galeria dos espíritos de maior influência da humanidade.” (Idem)

5. Copérnico

Nicolau Copérnico (1473-1543). Até então acreditava-se no sistema geocêntrico do astrônomo grego Cláudio Ptolomeu (Séc. II), que considerava a Terra como corpo fixo no centro do universo. Copérnico, astrônomo polaco, revolucionou o sistema, demonstrando o duplo movimento dos planetas sobre si mesmos e ao redor do Sol, contrariando as Escrituras, conforme expôs no livro “Revolução dos Corpos Ce-

lestes”. Por ter defendido o mesmo sistema heliocêntrico, em livro de 1632 (“E pur si muove”, noventa anos depois de Copérnico), que veio a lume no ano de sua morte (por isso não sofreu sanções), o astrônomo italiano Galileu Galilei (1564-1642) teve de retratar-se perante o tribunal da Inquisição, para não morrer na fogueira como herege, tal como já ocorrera com o filósofo Giordano Bruno (1550-1600). “Eles deram início à modernidade. Com eles a Razão fez a Revolução francesa contra a Fé imemoriavelmente firme em seu trono. O céu místico torna-se o céu físico da astronomia.” (Ibidem)

6. Bacon

Francis Bacon (1561-1626). Filósofo inglês. Sua escolha se deve à precedência na revolução operada na metodologia da pesquisa científica.

“O homem que deu o toque de reunir e mobilizou todas as inteligências. O cérebro que levantou o mapa dos terrenos desconhecidos da investigação; que atribuiu a cem ciências a sua tarefa e lhes predisse incríveis triunfos; que inspirou a Sociedade Real da Inglaterra e a grande Enciclopédia da França; que pôs de lado a adoração e urgiu o controle da natureza; que derrubou a lógica de Aristóteles para entronizar a estrita observação; que delineou o espírito e o propósito da mente moderna; que tornou a investigação independente do princípio da autoridade e do método escolástico e dedutivo; que estabeleceu uma classificação metódica das ciências e, no *Novum Organum*, uma teoria da indução.” (DURANT, 1969)

7. Newton

Isaac Newton (1642-1727). Matemático, físico, astrônomo e filósofo inglês. Tornou-se imortal pela descoberta das leis da gravitação universal. Sua obra *Princípios Matemáticos de Filosofia Natural* estabeleceu a hoje indisputada hegemonia da ciência no

pensamento moderno. Suas leis do movimento e da mecânica tornaram-se a base de todos os progressos posteriores. A descoberta da gravitação iluminou o mundo da astronomia. Foi a propósito de Newton que Durant (1969) acentuou: “nosso programa nos leva a julgar estes heróis da inteligência dum ponto de vista objetivo, com base na influência que exerceram no mundo”.

Somente Albert Einstein (1879-1955), físico alemão do século XX, com a genialidade de suas teorias (relatividade, conversão da energia em massa e vice-versa) conseguiu superar Newton na física, sob certos aspectos, tanto que conquistou o prêmio Nobel de física em 1921. Por isso, seria incluído no rol dos sábios e revolucionários modernos da física.

8. Voltaire

Voltaire (1694-1778). Escritor francês. Custou a Will Durant justificar a inclusão desse preparador da Revolução francesa na sua lista. Destacou seus méritos de inteligência, competência e talento na divulgação e defesa da causa da liberdade afinal conquistada pela Revolução. Também como divulgador da ciência moderna, na liderança da revista “Enciclopédia”, em 33 volumes, que tornou conhecidos os progressos da ciência e do pensamento em todos os domínios, antes da Revolução. Seus autores ficaram conhecidos como enciclopedistas. Will Durant (1969) compara:

“Assim como a decadência fisiológica não conduz a nenhuma reação antes que a mensagem da dor seja levada à consciência, assim também a corrupção política da França dos Bourbons teria prosseguido em seu curso se um cento de penas viris não levasse aquele estado de coisas à consciência popular. E nessa imensa empresa Voltaire foi o general supremo; todos os mais lhe reconheceram a liderança – e com orgulho. O próprio Frederico o saudava como ‘o mais belo gênio produzido pelo mundo’”.

9. Kant

Emanuel Kant (1724-1804), filósofo alemão, racionalista. Will Durant nem mesmo fundamenta sua escolha. Foi lacônico. Outros filósofos e juristas poderiam ter ocupado o espaço, tal a repercussão de suas teses. Savigny com a revolução da Escola Histórica na fundamentação do Direito. Hans Kelsen com a teoria pura na mesma fundamentação e sua extraordinária repercussão e fertilidade na conceituação do fenômeno jurídico. Dir-se-ia que foram mais juristas do que filósofos. Mas teríamos ainda Hegel, filósofo idealista como Kant, mas que se projetou com o princípio da contradição ou da união dos contrários na composição da verdade. Ou mesmo Marx com o socialismo revolucionário, que desaguou no socialismo moderno.

Prevaleceu Kant, que teria, segundo ele próprio, provocado uma revolução copernicana na filosofia, colocando a razão no centro do processo de conhecimento. Mas reconheceu a incapacidade do intelecto ou da razão pura (independente da experiência) para atingir a essência das coisas. Por isso, confessou afinal, depois de exaltar a razão e lhe impor os limites, que “duas coisas me deixam a alma cheia de admiração e estupor: o céu estrelado sobre minha cabeça e a lei moral dentro de mim.” (Declaração gravada em placa no seu sepulcro). Essa lei do dever ou imperativo categórico fez com que acreditasse no legislador e no autor do universo transcendente. E assim conciliou a ciência com a fé, a razão com a esperança.

10. Darwin

Charles Darwin (1809-1882), naturalista inglês, autor de *Origem das espécies pela seleção natural* (1859). Assim nasceu o darwinismo ou transformismo, contra o criacionismo ou dogma bíblico da origem do homem.

“Copérnico reduzira a terra a grão de poeira entre as nuvens; Darwin reduziu o homem a um animal em luta para uma

transiente dominação do Globo.” (DURANT, 1969)

Maior destaque talvez merecesse o filósofo inglês Herbert Spencer (1820-1903), o qual, em 1862 (três anos depois da obra de Darwin), iniciou a publicação dos dez volumes em que “sistematizou e deu forma ao evolucionismo biológico de Darwin, que não passou de uma hipótese.” (LUÑO PENA, 1948)

Segundo o filósofo italiano Giorgio del Vecchio (1953):

“Toda a teoria darwiniana se apóia nestes dois princípios: luta pela vida e conseqüente seleção natural. Segundo Herbert Spencer, que construiu um sistema completo de Filosofia sobre a hipótese da evolução, a vida do Universo é um grande ritmo, um movimento contínuo de formação e de dissolução. O sentido desse movimento é o que constitui a evolução: e esta consiste precisamente em um trânsito do homogêneo ao heterogêneo, do indiferenciado ao diferenciado, do incoerente ao coerente.”

Decorridos 200 anos de Darwin e 150 anos de sua obra, ainda pairam dúvidas sobre o dogma da criação e a hipótese da evolução. O transformismo não saiu do domínio da hipótese para a tese cientificamente demonstrada. Mas valeu a iniciativa revolucionária de Darwin para o debate interminável.

11. Conclusão

Aí estão os que contribuíram com a inteligência para a ciência, para as invenções e descobertas em favor do progresso da humanidade.

Alexandre Magno, César, Napoleão e Hitler não os integram, porque usaram o argumento da força e não a força do argumento.

Certamente que muitos outros cientistas de expressão contribuíram para o aperfeiçoamento, desdobramento e enriquecimento das obras desses líderes de projeção mundial. A lista seria muito longa.

Também no domínio das artes, muitos se destacam com suas obras imortais (poetas, escritores, pintores, escultores, cantores e compositores). Na engenharia, na arquitetura, na medicina, no direito e em tantas outras atividades técnico-científicas. As pirâmides do Egito são exemplos de obras que se destacam na história da civilização, seja pela estrutura física ou aparência, seja pela sua destinação ou finalidade transcendental. Poderíamos compor muitas listas de autores anônimos em múltiplos setores da sociedade.

O próprio critério de excluir da lista os fundadores de três religiões monoteístas maiores, que vêm influenciando a humanidade ao longo dos últimos milênios, não se justifica. Seria ignorar as suas respectivas origens, fundamentos, crenças, leis e sua marcante presença e atuação constante na vida pessoal, social e até política dos homens.

Nada marcou tanto a vida dos povos, ao longo dos séculos, do que essas três religiões. Seus fundadores não podem ser excluídos da lista dos que fizeram a história da civilização. Refiro-me a Moisés, Maomé e Jesus Cristo.

A vida de Moisés está ligada ao *Decálogo*, ao *Deuteronômio* e ao *Antigo Testamento*, livro sagrado dos judeus e cristãos. A *Bíblia* contém a história do mundo e do homem e as regras de comportamento. Moisés teria sido o mensageiro dessas regras.

Maomé e seus continuadores fundaram o islamismo ou religião muçulmana dos povos árabes, cuja síntese e princípios se encontram no *Alcorão*, código de leis, doutrina e princípios atribuído a Maomé, o qual encerraria o conteúdo de todas as bibliotecas, segundo seus adeptos. Sua paixão e ação religiosa foram tão intensos que conquistaram partidários em todos os continentes. Chegou a inspirar o crítico Voltaire a escrever uma tragédia sob o título “Maomé ou o fanatismo”, condenando o fanatismo religioso. Suas mesquitas ou templos religiosos, obras de arte monumentais,

dão o testemunho milenar de sua fé e de seus valores morais.

Finalmente Jesus Cristo foi o criador e defensor da religião do amor e do perdão.

Suas catedrais, igrejas, seminários e obras sociais dão o testemunho de sua obra civilizatória, libertadora e humanitária, com suporte no *Novo Testamento*.

II – Marcos do pensamento jurídico

Introdução

Assim como Will Durant apontou os dez maiores pensadores, filósofos ou cientistas que contribuíram para o estudo da origem, evolução e destino do homem e do mundo, Clóvis Beviláqua selecionou, com seus critérios, os seis maiores “juristas filósofos” ou os marcos do pensamento jurídico.

Vimos como foi difícil para Will Durant selecionar os dez maiores pensadores, tal a variedade de critérios que se pode adotar na escolha. Ele partiu do pressuposto de que “os mais poderosos fatores da história são as idéias – invenções, religiões, filosofias e formas de governo” (DURANT, 1969). Referiu-se à influência das ideias de Nietzsche sobre Hitler, e de Marx sobre a vida da Rússia. E concluiu: “as grandes coisas de nosso século não sairão dos campos de batalha e sim dos nossos cérebros e corações” (Idem). E apontou Confúcio, Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Copérnico, Bacon, Newton, Voltaire, Kant e Darwin como os dez maiores pensadores da história humana.

Mais difícil se afigurou a Clóvis Beviláqua apontar e qualificar os juristas filósofos que mais se destacaram na história da filosofia e do direito.

Quando apresentou o livro com esse título, em fevereiro de 1897, não conseguiu selecionar mais do que meia dúzia de juristas filósofos: Cícero em Roma, Montesquieu na França, Ihering e Hermann Post na Alemanha, Tobias Barreto e Sylvio Romero no Brasil.

Já no prefácio Clóvis (1897) se preocupou em adiantar o conceito de juristas filósofos:

“homens do direito que, do terreno médio da ciência prática, do conhecimento das leis e dos princípios que fazem mover-se a mecânica do direito, se elevaram às generalizações superiores que unificam os grupos particulares de fenômenos da mesma ordem e os prendem ao conjunto cósmico.”

Disse ter destacado alguns nomes representativos de uma forma nova do pensamento jurídico ou criadores de uma fase nova da ciência do direito.

“Escolhi alguns juristas filósofos cujos nomes se me afiguram em condições vantajosas para indicarem o curso de uma corrente de idéias, como postes luminíferos ao longo de uma estrada em noites trevosas, ou à semelhança de bóias que anunciam os baixios escondidos sob o infindável manto azul das águas. Não se tratava de esgotar a lista e sim de estudar alguns que nos indicassem um dos caminhos seguidos pela doutrina jurídica: o caminho por onde se canalizam as minhas mais fortes simpatias.” (CLÓVIS, 1897)

Ainda no prefácio, Clóvis traça o perfil das personagens escolhidas. Cícero representa a junção da jurisprudência romana com a filosofia grega, do elemento dogmático com o especulativo do saber jurídico. Em Montesquieu, que os franceses consideram filósofo e os alemães jurisconsulto, Clóvis identificou a aplicação de um novo método ao estudo do direito. Significou o início da jurisprudência moderna, assim como Bacon e Descartes simbolizaram a transformação da filosofia nos tempos modernos. Ihering e Post retratam as duas principais feições científicas da jurisprudência contemporânea. Tobias Barreto e Sylvio Romero refletem essas feições entre nós, cada qual com o colorido de sua cultura filosófica. Teve

em mira mostrar ideias por trás de nomes sugestivos.

Na introdução de sua obra clássica, Clóvis remonta às origens do fenômeno jurídico, ainda nebuloso e envolvido com as regras e crenças religiosas, até mesmo como forma ou técnica de melhor se impor à consciência dos homens. Isso explica os mitos sugestivos e as entidades sobrenaturais que inspiraram os primeiros legisladores dos povos (o Deus Sol do Código de Hamurabi, o Jeová do Decálogo de Moisés, o Alah do Alcorão de Maomé). Bem por isso foram sacerdotes os primeiros depositários, conhecedores, intérpretes e aplicadores do direito. A classe sacerdotal forneceu os juízes e os consultores jurídicos no Egito, na Grécia, em Roma, na Índia, na Gália e por toda parte. Da nebulosa religiosa primitiva desprenderam-se as disciplinas mentais, inclusive a doutrina jurídica. Somente ao longo do tempo e sob influências diversas, as normas jurídicas foram-se expandindo e ganhando autonomia e consistência na laicidade moderna. Tentaremos resumir o pensamento de Clóvis sobre a evolução da doutrina jurídico-filosófica nas culturas helênica, romana e moderna.

Na Grécia, os oráculos proferiam decisões divinas pela boca dos sacerdotes, inspirados por Themis, a deusa da Justiça. Mas o solo grego, tão fecundo para as concepções filosóficas e as criações estéticas, foi medíocre na produção da cultura jurídica. Notáveis advogados e oradores existiram, como Demóstenes. Nenhum deles fez do direito um verdadeiro culto, nenhum foi jurista na significação intensa do vocábulo. Se a doutrina jurídica pôde elevar-se na Grécia a conceitos dignos de perpetuação, deve-o às laboriosas especulações filosóficas. Sócrates lançou as primeiras sementes do direito natural e do *jus gentium* dos romanos. Acentuou o caráter de permanência, generalização e universalidade de certos princípios jurídicos, que seriam os mesmos em todos os países, embora não se achassem escritos nos códigos. Platão iden-

tifica o bem com o justo. Aristóteles avança: a justiça é o bem, mas o bem social. A lei é uma forma contingente e variável de traduzir a justiça. Distingue o direito positivo do natural, sob a forma da equidade.

Os estoicos depuram ideias que não de iluminar a jurisprudência romana, insuflando-lhe os princípios filosóficos.

Enquanto na Grécia a filosofia conduziu ao estudo das questões fundamentais da doutrina jurídica, em Roma os sacerdotes, a quem incumbia o conhecimento e a guarda da lei, transformaram-se na poderosa congregação leiga dos jurisconsultos. O direito gravado na Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e as formas processuais eram mantidos por um colégio de sacerdotes. A classe dos jurisconsultos começou a formar-se fora da atmosfera dos templos. A jurisprudência arrastou-se longamente no aprendizado da arte de interpretar e de aplicar a lei. Com o estímulo da filosofia grega e as energias mentais do povo romano, criou-se esse monumento imperecível de saber, de lógica e de argúcia que admiramos no Digesto ou Pandectas, a parte mais destacada do *Corpus Juris Civilis* (ano 533 de nossa Era), obra imortal do Imperador Justiniano e de seus jurisconsultos assessores em Constantinopla. Foi a jurisprudência, no dizer de Ihering, a filosofia nacional dos romanos. Quem quiser saber como os romanos compreenderam o homem e a sociedade não deve perguntá-lo a Lucrécio, a Sêneca ou a Marco Aurélio (seus filósofos), mas a Paulus, Ulpianus, Gaius, Modestino e Cícero (seus jurisconsultos). Os juristas romanos não foram filósofos, assim como os filósofos gregos não foram jurisconsultos. Por isso, a Grécia não teve jurista filósofo. E Marco Túlio Cícero foi o que se destacou em Roma, o único a merecer de Clóvis esse título.

1. Cícero

Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.) foi o maior orador romano, assim como Demóstenes o foi da Grécia. A filosofia nunca se aclimatou em Roma para produzir um

gênio criador e original. O filósofo, em Marco Túlio, ficou em segundo plano. Foi um diletante, versado nas letras gregas. Consideremos as contribuições que trouxe à ciência do direito. *De Republica*, *De legibus*, *De officiis* são as obras principais que nos deixou e podem-nos oferecer sua teoria sobre o direito. Foi um vulgarizador eloquente e entusiasta da filosofia grega. Viveu quando começava a se operar a fusão da civilização grega com a latina. Daquela vinham a filosofia e as artes; desta, o direito e a força. Por esse tempo, a jurisprudência deixou de ser o simples conhecimento exato do direito vigente e a interpretação formal das leis decenvirais, para tornar-se a elaboração científica e prática do direito. Essa transmutação e esse surgir da ciência jurídica teve seu começo com o pontífice máximo Mucio Scevola, mestre de Cícero, o que proporcionou a este o ensejo de ser o primeiro romano a lançar as bases de uma teoria filosófica do direito e da política. Quem quiser conhecer como um romano instruído em filosofia aplicava os princípios gerais dessa disciplina à ciência do direito, em que era profissional, deve dirigir-se a Marco Túlio Cícero, de preferência a qualquer outro, indaga e responde Clóvis (1897).

Em *De Republica*, trata das formas de governo – realeza, aristocracia e democracia. Somente um meio seguro existe para evitar a degeneração dessas formas puras de governo em anarquia ou tirania: é congraçar em forma composta ou mista os elementos divergentes das formas puras, naquilo que contiverem de vantajoso, eliminando-se os inconvenientes de cada uma pela ação dos contrários nas outras. Seria essa a quarta e melhor forma. A monarquia parlamentar inglesa serve hoje de exemplo, assim como a tentativa de solução de uma crise no Brasil criada com a renúncia do presidente Jânio Quadros: Tancredo Neves, como primeiro ministro, dividiu o Poder Executivo com o vice-presidente João Goulart, aliviando a crise e salvando a democracia.

Ainda em *Republica*, Cícero trata do direito natural e da justiça absoluta, medindo forças com o dialético Carneades, para quem o direito natural não passava de uma quimera. Os homens procuram o que lhes é vantajoso. Se todos os povos, inclusive os romanos, quisessem ser justos e restituíssem o que tomaram dos outros, teriam de retornar às cabanas primitivas e vegetar na pobreza e na miséria. Não possuiriam mais um palmo de terra. Que faria o justo se, em um naufrágio, visse um homem mais fraco apoderar-se de uma tábua de salvação? Cícero mal dá conta de refutar o argumentador sofista.

No *De legibus* argumenta que o direito não deriva da opinião mas sim da natureza humana. Daí o caráter de universalidade.

O *De officiis* contém a doutrina do direito natural em seus traços essenciais.

Segundo Clóvis (1897), Cícero pôde elevar-se às concepções da metafísica, que, se hoje são um entrave ao desenvolvimento do direito ciência, foram, em outros tempos, uma indeclinável necessidade mental e um benéfico protesto em favor dos oprimidos.

Reproduzindo e embelezando as lições dos filósofos gregos, Cícero esgotou o assunto que depois retomaram os teóricos do direito natural, sem poderem acrescentar uma ideia essencial ao quadro, conclui Clóvis (1897).

Marco Túlio Cícero, o primeiro jurista filósofo, foi, “como escritor, a suprema expressão do gênio latino, modificado pelo gênio grego” (ROUYEYRE, 2000, p. 76). Além dos tratados filosófico-jurídicos que escreveu e da sua eloquência judiciária, ficou célebre pelos discursos políticos e críticos que proferiu, a exemplo das Catilinárias, das Filípicas e das Verrinas, que lhe valeram o título de “Pai da Pátria”.

2. Montesquieu

Montesquieu (Carlos de Secondat, barão de... 1689-1755). Obras principais: *Cartas Persas*, *Considerações sobre a causa da grandeza e da decadência dos romanos* e *O*

Espírito das leis. Defensor da doutrina da separação dos Poderes, precursor da Revolução Francesa e inspirador das reformas trazidas pela Assembleia Constituinte de 1789 para o regime político francês.

Clóvis dá um salto de 1700 anos para descobrir, na França, o segundo jurista filósofo. Considera o Espírito das leis – sua obra principal – um dos mais sólidos pilares do pensamento jurídico, o qual, apoiado na história e na legislação comparada, oferece base segura às construções da filosofia. Faz comparações como esta para justificar sua escolha:

“Cujas (Jacques, jurista francês, 1522-1590) é mais genuinamente jurista, é mais perspicaz na interpretação do direito romano por intermédio da história, da filosofia e da literatura, porém, Cujas é, afinal, somente um romanista ainda mal desprendido da estrutura do método dos glosadores. Mas Montesquieu soube criar uma construção nova que inaugurou uma época também nova para a ciência do direito.” (CLÓVIS, 1897)

Clóvis se refere a três direções que se criaram ao pensamento jurídico, em suas relações com a filosofia, no Século XVIII. De um lado, a teoria do direito natural, com sementes lançadas pelos gregos, com domínio momentâneo em Roma e que se firmou no livro de Grotius (Hugo, 1583-1645) – *De jure belli ac pacis*. De outro, a reação positivista de Bentham pelo utilitarismo. De outro, a tendência histórica que se iniciara com Cujas e deu origem à Escola Histórica de Savigny. Reitera que não pretende falar das filosofias que se preocuparam com o direito, mas somente dos juristas da mais alta generalização no domínio de sua própria ciência. E exemplifica: Kant é o filósofo máximo dos tempos modernos. Teve influência sobre a doutrina jurídica, criando uma filosofia nova do direito. Foi filósofo máximo mas não jurista, assim como Savigny foi grande jurista mas não filósofo.

Prosseguindo, refere-se ao movimento contra a tirania política e religiosa que se acentuou no Século XVIII. Montesquieu contribuiu com seus livros para dar-lhe impetuosidade, com a contribuição de Voltaire, Rousseau e os enciclopedistas, até o desfecho de 1789. Ficou célebre a definição: “As leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas” (Idem). Segundo Clóvis, a definição não se pode aplicar às leis que constituem o direito positivo dos diversos povos. O que o autor do Espírito das Leis quis significar é que as leis humanas são traduções incorretas, obscuras, mesmo falsas das leis naturais aplicadas ao homem social. Este o pensamento capital do livro.

Depois de distinguir as formas de governo, passa a decompor o poder público em seus elementos precípuos – legislativo, executivo e judiciário. Essa tríplice feição do poder político, achada pela análise arguta desse grave pensador, constitui uma verdade definitivamente adquirida pela ciência. E conclui Clóvis (1897):

“O Espírito das leis deve ser considerado um dos momentos mais belos da aplicação do método histórico e comparativo ao estudo do direito. E o seu autor não deve ser venerado somente como filósofo e historiador, mas como criador do direito ou legislação comparada como método do estudo da jurisprudência”.

3. Ihering

Rudolf von Ihering (1818-1892) teria sido o maior jurista filósofo de todos os tempos. Clóvis (Idem) assim o descreve:

“Com um preparo científico tão sólido quanto vasto, resume o saber jurídico de seu tempo. Assenta as bases de uma filosofia jurídica na altura da ciência de Darwin, Haeckel e Spencer. O princípio da finalidade sobre o qual repousa o seu sistema é psicológico. Foi o primeiro a transpor para o direito a noção de luta darwiniana”.

E prossegue Clóvis (Ibidem):

“Toda a filosofia jurídica de Ihering pode ser estudada na *Luta pelo direito* e na *Finalidade do direito*; seu método e sua lógica jurídica podem igualmente ser inteiramente apreendidos no *Espírito do direito romano* com os seus geniais complementos, entre os quais se destaca o *Papel da vontade na posse*. O *Espírito do direito romano* é um majestoso vôo de águia a subir, desde as planuras sombrias do fundo dos vales, onde se escondem as origens históricas do direito até os cimos iluminados, onde a razão prática dos romanos arquitetou o grande monumento de sua legislação imorredoura.

Para que a vontade do indivíduo se estimule, existe o *interesse*. E, para que esse interesse não sucumba, defendem-no, a princípio, a força individual, e, depois, a social. Assim, vê-se que no direito se conjugam dois elementos: um essencial e íntimo – o interesse; e outro formal e exterior – a força. E como a força social se revela e se anuncia hoje por meio da lei, os direitos se deixam compreender como *interesses que a lei protege*. O interesse é a substância mesma do direito; a força é a forma por meio da qual ele alcança o seu fim.

Eis a teoria jurídica que se desprende do *Espírito do direito romano*. Porém, como não é este um livro de pura doutrina, Ihering enfrenta os institutos jurídicos da legislação romana, um por um, ‘e nos mostra, com eloqüência e clareza, como realmente os seus princípios não são mais do que uma síntese abstrata da realidade objetiva da vida, observada no povo que levou mais longe o desenvolvimento do direito’.

Todo o direito que existe teve de ser adquirido pelo combate; todos os princípios jurídicos que hoje vigoram

tiveram de ser impostos por meio da luta àqueles que não os queriam reconhecer, e todo o direito, o de um povo como o de um indivíduo, supõe que o seu possuidor está pronto a defendê-lo. O direito não é uma idéia lógica, mas uma idéia de força; eis porque a justiça que soergue, numa das mãos, a balança onde pesa o direito, sustenta, com a outra, a espada para fazê-lo valer. A espada sem a balança é a força bruta; a balança desacompanhada da espada é o direito em sua impotência. O termo do direito é a paz, o meio para atingi-lo é, porém, a luta; a afirmação do nosso direito é um dever para conosco e para com a sociedade.

É, pois, o fim o criador do direito, como diz o mote da folha de rosto do grande livro (*A finalidade do direito*). E a causa final que, na prática, suscitou o nascimento do direito foi a necessidade de assegurar as condições da existência social.

A Ihering devemos o ressurgimento da ciência do direito. Devemos a Ihering e a Hermann Post a ação principal de transformação que tem retirado da jurisprudência essa tonalidade soturna e o odor de mofo, que afastavam dela a curiosidade dos moços, tornando o direito assunto atraente.”

4. Hermann Post

Hermann Post (1839-1895). Jurista filósofo alemão colocado por Clóvis ao nível de Ihering. Vejamos as razões. Teve por arma o método indutivo. Parecia-lhe absurdo extrair um sistema jurídico aceitável de noção abstrata. Os fatos por ele observados para coleta de materiais foram as legislações e os costumes jurídicos de vários povos. Explorando a legislação comparada, elevou os mais vastos e surpreendentes monumentos nos seus livros incomparáveis: *Fundamentos do direito*, *Jurisprudência africana* e *Jurispru-*

dência etnológica. O direito entrara na fase nova do experimentalismo e do realismo evolucionista. Assim iniciou Clóvis o seu estudo.

E prossegue:

“Em uma literatura jurídica poderosa, opulenta e lucífera como a da Alemanha, só conseguem adquirir notoriedade os espíritos de escol, que não se ofuscam, de todo, no campo de irradiações fortíssimas que se desprendem dos grandes mortos como Savigny, Puchta. Ihering. Alberto Hermann Post, o notável juiz de Bremen, o admirável trabalhador da *Jurisprudência africana*, que um jurista italiano chamou de estupenda, o admirável filósofo dos *Fundamentos do direito*, o mestre adorável da *Jurisprudência etnológica*, está nessas condições.

Sem espírito filosófico, toda ciência é simples amontoado de fatos mal esclarecidos, e sobre os quais não passa, em estremecimentos, de vitalidade, a voz da unidade da existência, que vem reboando pela mente dos mais nobres pensadores, para estabelecer a ligação coexistencial e sucessional dos fenômenos. Mas, para estabelecer a filosofia do direito sobre bases experimentais, dois caminhos se abriram diante dos investigadores. Um em que preponderava o método dedutivo, outro que a primazia era cedida à indução. Ihering preferiu o primeiro. [...] Hermann Post adotou o outro sistema. Saindo da universidade com uma educação jurídica limitada à jurisprudência romana e a um pouco da alemã, como diz ele em mais de uma ocasião, não se sentia apto para compreender a vida do direito. E vendo a marcha seguida pelas ciências reanimadas pelo método experimental, compreendeu que se poderia fazer alguma coisa de semelhante em relação ao direito. [...] Atirou-se, portanto,

à faina, colhendo os documentos, estudando os sistemas jurídicos que se lhe depararam, remontando às origens, não desdenhando os rudes e humildes povos deserdados do quinhão hereditário da civilização.” (BEVILÁQUA, 1897)

Das pesquisas resultaram as conclusões a seguir resumidas por Clóvis e por nós.

“Para compreendermos bem o fenômeno jurídico, que pertence ao grupo sociológico, necessário é que primeiro façamos conhecimento com os seus enraizamentos biológicos. Essas raízes são o instinto de conservação e o de reprodução, de onde resulta o combate pela existência social. Constituem esses dois instintos fundamentais uma forma das duas tendências que devem existir em todo organismo, constituem a tendência para conservar e desenvolver a própria existência e a tendência para limitar a ação de todos os outros organismos. Combinadas elas com as tendências semelhantes da sociedade, produzem um *modus vivendi* particular, que é o direito. É fácil de ver que também dessa fonte nasceram a moral e outros sistemas de normas reguladoras da conduta humana. [...] O direito é a manifestação, na natureza biológica do homem e na coexistência social, de uma lei que governa todo o cosmos: é o equilíbrio resultante da combinação daquelas tendências contrárias, por parte do indivíduo e dos agregados sociais, e as quais correspondem, na vida social, às forças de atração e repulsão da vida cósmica. [...] Uma ciência geral do direito deve abranger necessariamente essas duas faces da externalização da vida do direito humano, sendo, portanto, ao mesmo tempo, psicológica e sociológica [...].

Ihering nos diz que o fim social é o criador de todo o direito; Post faz-nos

avançar um pouco além, e mostra-nos que o direito, em virtude do qual os indivíduos e as classes se equilibram na sociedade e as nações no mundo, é a manifestação, no meio social, da mesma força que traz em estado de equilíbrio os corpos celestes, ‘correspondendo o direito, na vida social, às forças de atração e repulsão da vida cósmica.’” (Idem)

5. Tobias Barreto

Eis a introdução de Clóvis sobre (1897) os juristas filósofos brasileiros:

“Sei que a jurisprudência não realizou aqui dessas descobertas que transformaram as bases de uma ciência, que não produziu um desses vultos alcandorados em tão grande altura que podem ser vistos de todos os cantos do globo. [...] José da Silva Lisboa, visconde de Cairú, é o vulto que serve de ponto de partida a quem procura acompanhar o desenvolvimento de nossa literatura jurídica. Lisboa blindou sua cultura com os princípios da economia política e conseguiu fundar o direito mercantil, dando-lhe sistema e cunho científico. Porém, se foi um jurista eminente, que compreendeu o proveito a tirar das ciências sociais e da economia política para elucidação do direito, não possuía o seu engenho essa nobre saliência que conduz às abstrações da filosofia e às construções que sintetizam os conhecimentos e generalizam as idéias. Seu domínio foi o direito comercial.”

Nossa preocupação, com as transcrições sumárias mas valiosas, é mostrar os critérios de Clóvis na seleção dos juristas filósofos. E prossegue o mestre:

“Perdigão Malheiros deixou-se prender sempre ao direito positivo, como Pimenta Bueno, Paula Batista, Rammalho, Braz Florentino e Nabuco. A técnica os preocupa, mas não a

filosofia do direito. Teixeira de Freitas é o nosso maior jurisconsulto, pela vastidão de seus conhecimentos especiais, pela originalidade de suas concepções, pela segurança de seu raciocínio. Quem preparou a *Consolidação das leis civis*, com as belas e fortes páginas que lhe servem de introdução, e as notas que animam e ilustram o texto; quem condensou no *Esboço do código civil* todo o saber jurídico dos melhores mestres do tempo, incluído entre eles o insigne Savigny, tem direito a reverência cultural de todos os que professam a jurisprudência no Brasil. Porém, talvez lhe parecesse, como a Savigny, que a filosofia nada tinha que ver diretamente com a jurisprudência, que em vez de sustentáculo e guia antes era um elemento conturbante do encadeamento ideológico da doutrina jurídica. Lafayette e Ribas tornaram familiares, nas escolas de direito, a feição e as doutrinas da civilística alemã, no que ela oferece de mais geral; Tão Vieira chamou a atenção dos estudiosos para a renovação do direito criminal na Itália, e fez-se um apóstolo da escola positiva; Ruy Barbosa desvendou, aos olhos brasileiros, a ciência do direito público que a América do Norte criara e nós quase ignorávamos que existisse antes que a vissemos trasladada, em correta e lucilante frase portuguesa, pelo escritor bahiano. Nenhum destes ainda assentou sobre a doutrina jurídica as construções generalizadoras de uma filosofia do direito. Saturam-se com os princípios da ciência; estão muito distanciados dos espíritos áridos, para os quais todo o direito se acha concretizado na lei ou nalgum manual que lhe desarticula os editos em múltiplas hipóteses para delícia dos causídicos. É um mérito esse por certo. Entretanto é ainda mais longe que

demora a filosofia. Certamente não se pensará em defrontá-la em alguns compêndios que escreveram Autran, Silveira de Souza e Benevides, sobre os temas capitais do direito natural. São trabalhos modestos que não visaram transpor o círculo dos estudantes de direito, e que estes esqueceram terminando o exame do primeiro ano. Já, porém, com as lições de José Hygino derrama-se um jato de luz nova sobre esses temas, e o terreno se prepara para receber a completa e brilhante transformação das idéias, operada por Tobias Barreto.” (BEVILÁQUA, 1897)

Tobias Barreto de Menezes (1839-1889). Segundo Clóvis, a campanha dirigida contra o direito natural oferece-nos uma das faces mais brilhantes e originais da obra de Tobias.

“É preciso bater cem vezes e repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. [...] O direito é, portanto, uma criação humana que se desenvolve com a civilização, ao contrário do que pensavam os teóricos do direito natural, que no-lo apresentavam, em sua essência, como uma centelha divina, destinada a nos iluminar nas trevosidades da vida, ou como uma idéia universal e necessária, obtida pela razão, pela inteligência enquanto capaz de compreender o absoluto [...].

O direito é um *modus vivendi*, é a pacificação do antagonismo das forças sociais, porquanto é somente da combinação harmônica do interesse de todos que pôde resultar a força do direito numa sociedade organizada. E o fito da lei, expressão mais notável do direito, é traduzir, do melhor modo, a consubstanciação desses interesses que se contrariam, a sinergia dessas forças que se chocam [...].

Todo o sistema de forças vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ele procura é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive em contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas que são sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena, (convém lembrar que Tobias era também criminalista).” (Idem)

6. Sylvio Romero

“Sylvio Romero, entre todos, levou mais longe as investigações puramente filosóficas, nos seus *Ensaios de filosofia do direito*, e é de esperar que prossiga nesse caminho, para o qual certamente o convidam os estudos com que tem de preferência alimentado a sua fecunda inteligência, que, se obedece hoje ao evolucionismo spenceriano, o faz sem submissão fanática, sempre à escuta para apañhar as irradiações do ideal científico, venham da Alemanha, da Inglaterra ou da França [...].

O direito, como todas as manifestações sociais, por isso que se move no mundo, recebe as influências do meio cósmico; porque aparece através do homem, tem raízes biológicas nos seus instintos fundamentais; porque limita a liberdade humana, adapta as atividades individuais aos fins da sociedade, harmoniza e equilibra os interesses colidentes, é uma portentosa operação de cultura, uma admirável obra de arte em que a civilização trabalha desde séculos sem fim.” (Ibidem)

7. Síntese final da obra de Clóvis

“a) A doutrina do direito começou por ser uma parte modesta da litur-

gia primitiva, sendo, então, confiada ao zelo religioso de sacerdotes.

b) Evoluindo, tomou corpo e, despreendendo-se do ritual religioso, foi constituir uma disciplina mental à parte, mirando o ideal longínquo da laicidade. Guindou-se logo, na Grécia, aos cimos da filosofia, mas sem o suporte indispensável dos estudos especiais e das aplicações experimentais. Em Roma, foi sua marcha menos precipitada, e, por isso mesmo, mais segura e proveitosa. Foram os juristas que remontaram às fontes superiores e mais puras dos conhecimentos para melhor compreensão do objeto de suas cogitações de todos os momentos, e não os filósofos que o apanharam de passagem para fazê-lo entrar na engrenagem de seus sistemas.

c) Por muitos anos, a filosofia a que alçaram os juristas foi um apriorismo dos mais ingênuos e inconsistentes. Mas a reação materialista e autoritária de Hobbes, a orientação naturalista de Bentham, o historicismo de Montesquieu e da escola alemã, que teve por chefe Savigny, afastando, definitivamente, a ação estorvante do teologismo e do metafisicismo arruinado, abriram o caminho às doutrinas, triunfantes na atualidade, que enxergavam no direito um fenómeno social e não um presente divino nem uma realidade absoluta.

d) É certo que foi ao influxo da filosofia geral que a jurisprudência deu esse passo decisivo. Porém, é também verdade que os juristas contribuíram com alguma coisa para a renovação do pensamento filosófico, assente na observação direta dos fatos; e não tenhamos dúvida de que, se o espírito filosófico não penetrasse por intermédio deles na jurisprudência, seria como inexistente para todo este vasto círculo de atividades mentais, como aconteceu na Grécia.

Um filósofo poderá dar as bases gerais e a orientação da filosofia do direito, não há contestá-lo; muitos o têm realizado com elevação de vistas e genial intuição dos fatos; mas somente um jurista, pelo conhecimento especial que possui do direito, poderá levar, com segurança, as luzes da doutrina a todos os plexos em que se acasalam normas jurídicas e atividades indivíduo-sociais. A essa tarefa se entregaram os homens ilustres a que me refiro no correr deste escrito, como entregar-se-ão aqueles que os hão de substituir no labor. E não penso errar supondo que descortinará uma bela face da evolução da filosofia aquele que a estudar através dos juristas filósofos, estudo que eu apenas pude indicar neste ensaio.” (BEVILÁQUA, 1897)

8. Conclusão

Aí estão os juristas filósofos, no parecer de Clóvis Beviláqua, em livro com esse título. Percebe-se o rigor do autor na seleção. A Grécia foi rica em filosofia mas não teve um jurista filósofo, por falta de juristas ou de cientistas do direito. Roma, berço da cultura jurídica, com um milênio de jurisprudência desde as XII Tábuas (450 a.C.) ao *Corpus Juris Civilis* (533 de nossa Era), foi um celeiro de juristas clássicos de renome, mas que não se dedicaram aos estudos filosóficos. Somente Cícero foi, “como escritor, a suprema expressão do gênio latino, modificado pelo gênio grego” (Idem). Notável jurista e conhecedor da filosofia grega. Além dos tratados filosóficos e da eloquência judiciária, ficou célebre pelos discursos políticos, pelas Catilinárias, Verrinas e Filípicas. Na Idade Média e na Era Moderna, houve na Europa grandes filósofos não juristas e notáveis juristas não filósofos. Clóvis destacou Montesquieu com o *Espírito das Leis*, Ihering com o *Espírito do Direito Romano* e Hermann Post com a *Jurisprudência Etnológica*. O critério foi a conjugação da cultura jurídica

com o suporte filosófico. Kant teria sido o filósofo máximo mas não foi jurista. Savigny foi jurisconsulto renomado, “um dos criadores da ciência moderna do direito” (Ibidem), fundador da Escola Histórica na conceituação do direito e não incluído por Clóvis, assim como o nosso Teixeira de Freitas, autor da *Consolidação das leis civis* e do *Esboço do Código Civil*, com perto de 5000 artigos. Ter-lhes-ia faltado o suporte filosófico. Não teríamos dúvida em considerá-los juristas filósofos, assim como ao próprio Clóvis, autor do projeto do nosso Código Civil de 1916 e de tantas obras jurídicas clássicas, inclusive essa em que se revelou juiz dos juristas filósofos. Incluiu apenas Tobias Barreto e Sylvio Romero no Brasil, pelas razões e critérios que apontou.

Sem pretensão e autoridade para tanto, atualizaríamos em parte a lista com Miguel Reale, por suas criações jus-filosóficas – a *Teoria Tridimensional na conceituação do Direito*, a *Filosofia do Direito* e outras obras, ao lado da coordenação do projeto do novo Código Civil (2002). Eduardo Espínola, como ex-Ministro do Supremo Tribunal e autor do extraordinário *Tratado de Direito Civil Brasileiro* também faria jus ao título, assim como Pontes de Miranda, por seu *Tratado de Direito Privado*, em 60 volumes, o *Sistema de ciência positiva do direito* e seus comentários à Constituição e ao Código

de Processo Civil. São mais do que jurisconsultos.

Nos planos interno e externo, muitos vêm-se destacando depois de Clóvis, por suas teorias jurídico-filosóficas sobre a natureza, o conceito e a evolução do direito.

Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. *Juristas filósofos*. Salvador: Livraria Magalhaes, 1897.

CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Reus, 1950.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1953.

DURANT, Will. *Os grandes pensadores*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969. (Obras filosóficas, 5).

GROPPALI, A. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Clássica, 1926.

LUÑO PEÑA, Enrique. *Historia de la filosofia del Derecho*. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1948.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1978.

RUSSELL, Bertrand. *Obras filosóficas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

O regime dos direitos sociais

Jorge Miranda

Sumário

1. Os direitos sociais no âmbito dos direitos fundamentais. 1.1. A evolução dos direitos fundamentais. 1.2. Os direitos fundamentais no Estado social de Direito. 1.3. Direitos de liberdade e direitos sociais. 1.4. Os princípios constitucionais. 2. O regime dos direitos sociais. 2.1. A conexão com tarefas e incumbência do Estado. 2.2. A participação dos interessados imediatos e da sociedade civil. 2.3. A dependência da realidade constitucional. 2.4. O não retorno da concretização. 2.5. A repartição dos custos em razão das condições económicas dos titulares. 2.6. A adequação das formas de tutela.

1. Os direitos sociais no âmbito dos direitos fundamentais

1.1. A evolução dos direitos fundamentais

I – Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta de (no dizer de Radbruch) um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no

Jorge Miranda é Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (*v. g.*, a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX, reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma Constituição posterior à primeira guerra mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão.

Sabe-se, porém, que são diversas – muito mais diversas de que os do Estado liberal – as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país.

II – Num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, correntemente, três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias, ligados à sociedade de *informação* e à sociedade de *risco*.

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o

que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos com estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX. E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.

Finalmente, direitos como os direitos à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento nem sequer entram no âmbito dos direitos fundamentais, porque pertencem a outra área – a dos *direitos dos povos*. Eis o que adiante se mostrará.

III – Nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político e económico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas – jusnaturalista, positivista, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual.

A situação muda no século XX: não tanto por desagregação ou dissociação das três vertentes liberais (em especial, por o liberalismo político deixar de se fundar, necessariamente, no liberalismo filosófico) quanto

por todas as grandes correntes – religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas, políticas – se interessarem pelos direitos do homem e quase todas se afirmarem empenhadas na sua promoção e na sua realização. O tema dos direitos do homem cessou de ser, nessa altura, uma exclusiva aspiração liberal.

1.2. *Os direitos fundamentais no Estado social de Direito*

I – A passagem para o Estado social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentava antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade – autonomia, como uma liberdade – participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de Constant).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar á generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes.

II – Independentemente das divergências a nível de formulações, teorizações e fundamentações, ressaltam algumas tendências comuns:

- A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;
- A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais;
- A acentuação da dimensão objectiva e a irradiação para todos os ramos de Direito;

- A aceitação da natureza de princípios da maior parte das normas de direitos fundamentais;
- O reconhecimento da complexidade de estrutura;
- A dimensão plural e poligonal das relações jurídicas;
- A produção de efeitos não só verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação aos particulares);
- A dimensão participativa e procedimental, levando a falar em *status activus processualis* (HÄBERLE);
- A ideia de aplicabilidade directa;
- A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efectivação dos direitos;
- O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da legalidade e da constitucionalidade;
- O enlace com o Direito internacional.

1.3. *Direitos de liberdade e direitos sociais*

I – Não faltam Autores que somente tomam como direitos fundamentais as liberdades e que relegam os direitos sociais para a zona das imposições dirigidas ao legislador ou para a das garantias institucionais. Assim como há aqueles que não admitem verdadeiras liberdades à margem da consecução dos factores de exercício só propiciados pela realização dos direitos sociais. Mas, da óptica do Estado social de Direito, sejam quais forem as interpretações ou subsunções conceituais, não pode negar-se a uns e outros direitos a natureza de direitos fundamentais.

Como escrevi noutra altura, já há muito tempo, em *Contributo para uma teoria de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, p. 70-71:

“Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de

agir e a liberdade a própria igualdade puxada para acção. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade.”

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.

II – Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* – e, portanto, *necessária* – do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de liberdade* – de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade – civil ou política – de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos.

O resultado almejado há-de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correcção das desigualdades e não atra-

vés de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e susceptível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

III – Nos direitos de liberdade ou, mais amplamente, nos direitos, liberdades e garantias, parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos, é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à protecção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O escopo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la; e também a unidade do sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.

IV – Sustenta a doutrina dominante que os direitos, liberdades e garantias têm um conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das normas constitucionais, os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opções do legislador ordinário. Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos.

Mas essa maior ou menor determinação ou determinabilidade do conteúdo dos direitos, como base de distinção, deve ser relativizada, desde logo porque deve ser sempre possível apurar o lugar, a projecção e o sentido essencial de quaisquer direitos dentro do sistema e, depois, porque há graus diferentes quer nos direitos, liberdades e garantias quer nos direitos sociais. É o que pode ver-se à face de alguns preceitos da Constituição portuguesa.

Há direitos, liberdades e garantias que não possuem, ou só possuem em pequeno grau, a característica de determinabilidade constitucional. É o que sucede com o direito à identidade genética (art. 26º, nº 3), com o direito à objecção de consciência (art. 41º, nº 6), com o direito de manifestação (art. 44º, nº 2), com o direito de autogestão (art. 61º, nº 5), com o direito de participação de trabalhadores na gestão das unidades de produção do sector público (art. 89º), com o direito de participação dos administrados nos procedimentos administrativos (art. 267º, nº 5) e, de certo modo, com o direito a indemnização em caso de responsabilidade civil das entidades públicas (art. 22º), com o direito de acção popular (art. 52º, nº 3) e com o direito à segurança no emprego (art. 53º).

Em contrapartida, há direitos sociais determináveis, como o de acesso aos tribu-

nais, independentemente de insuficiência de meios económicos (art. 20º, nº 1, 3ª parte), o direito a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas [art. 59º, nº 1, alínea d)], o direito a que todo o tempo de trabalho contribua para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tenha sido prestado (art. 63º, nº 4), o direito das mulheres trabalhadoras a dispensa de trabalho, durante a gravidez e após o parto, por período adequado, sem perda da retribuição e de quaisquer regalias (art. 68º, nº 3), o direito das mães e dos pais a dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar (art. 68º, nº 4), o direito ao ensino básico universal, obrigatório e gratuito [art. 74º, nº 2, alínea a)] e a proibição de trabalho de menores em idade escolar (art. 69º, nº 3).

Repare-se, além disso, em direitos – como o de protecção da saúde (art. 64º), o direito à habitação (art. 65º), os direitos dos deficientes (art. 71º), os das pessoas idosas (art. 72º) ou o direito à fruição cultural (art. 78º) – em que, através das incumbências do Estado destinadas à sua efectivação, se capta, com relativa nitidez, o conteúdo que a Constituição lhes pretende assinalar.

V – A Constituição portuguesa trata em títulos separados os direitos a que chama *direitos, liberdades e garantias* (e que correspondem aos clássicos direitos de liberdade e a garantia de Direito e processo penais) e os *direitos económicos, sociais e culturais*. Mas a contraposição pode e deve ser atenuada por haver princípios comuns e por o art. 17º mandar aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga.

1.4. Os princípios constitucionais.

I – Princípios comuns a todos os direitos são, na Constituição portuguesa:

a) O *princípio da universalidade* (art. 12º), com extensão de direitos aos portugueses

no estrangeiro (art. 14^o) e aos estrangeiros em Portugal (art. 15^o);

b) O princípio da igualdade (art. 13^o);

II – Princípios comuns com variações ou diferenciações vêm a ser:

a) O princípio da protecção da confiança com toda a amplitude inerente ao Estado de Direito e conexo com o dever ou o princípio da boa fé na actuação do Estado e das demais entidades públicas (art. 266^o, n^o 2);

b) O princípio da proporcionalidade (arts. 2^o, 18^o, n^o 2, 19, n^{os} 4 e 8, 30^o, n^o 5, 50^o, n^o 3, 65^o, n^o 4, 266^o, n^o 2, 270^o, 272^o, n^o 2), com base no qual não-de ser resolvidas as colisões de direitos e entre direitos e deveres, apuradas as restrições constitucionalmente admissíveis a direitos fundamentais, ou a sua suspensão, e (de certo modo) feitas as opções relativas à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais;

c) O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, envolvendo a aplicação imediata, directa ou indirecta, dos direitos fundamentais, a vinculatividade das entidades públicas e a vinculatividade das entidades privadas (art. 18^o, n^o 1), bem como a limitação recíproca dos direitos com vista à sua optimização (art. 29^o, n^o 2 da Declaração Universal) e a garantia do seu conteúdo essencial (art. 19^o, n^o 3);

d) O princípio da tutela jurídica, através dos tribunais (arts. 20^o, 202^o, 268^o, n^{os} 4 e 5 e 280^o, n^{os} 1 e 2), do Provedor de Justiça (art. 23^o) e do exercício de direito de petição (art. 52^o, n^o 1);

e) O princípio da responsabilidade civil das entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes em caso de violação de direitos (arts. 22^o e 269^o, n^o 1).

Por outro lado, os direitos, liberdades e garantias, de forma explícita, e os direitos económicos, sociais e culturais, de forma implícita, entram nos *limites materiais de revisão constitucional*.

III – Princípios específicos do regime dos direitos, liberdades e garantias são, por seu turno:

a) O princípio de reserva de lei (art. 18^o, n^{os} 2 e 3, designadamente);

b) O princípio do carácter restritivo das restrições (art. 18^o, n^{os} 2 e 3), conexo com o princípio da afectação individual de direitos apenas verificados os pressupostos e as garantias da Constituição e da lei;

c) O princípio do carácter excepcional da suspensão (art. 11^o);

d) O princípio da afectação individual apenas verificados os pressupostos e as garantias da Constituição e da lei (arts. 27^o, n^{os} 2 e 3, 36^o, n^o 6, etc.);

f) O princípio da autotutela através do direito de resistência (arts. 21^o e 103^o, n^o 3);

e) O princípio da responsabilidade criminal em caso de violação pelos titulares dos órgãos de poder político e pelos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas (arts. 117^o, n^o 1 e 269^o).

Depois, os direitos, liberdades e garantias entram na reserva de competência da Assembleia da República, seja reserva legislativa absoluta [art. 164^o, alíneas a), e), h), i), j) e p)] e relativa [art. 165^o, n^o 1, alínea b)], seja reserva de aprovação de convenções internacionais [art. 161^o, alínea i)]; e sobre eles está vedada, em princípio, aos órgãos das regiões autónomas legislar [arts. 112^o, n^o 4 e 227^o, n^o 1, alínea e)].

IV – Princípios específicos do regime dos direitos económicos, sociais e culturais são:

a) O princípio da participação dos interessados na sua concretização [arts. 2^o, *in fine*, 54^o, n^o 5, alínea e), 59^o, n^o 2, alínea d), 63^o, n^o 3, 64^o, n^o 3, alínea d), 65^o, n^o 2, alíneas c) e d), 66^o, n^o 2, 67^o, n^o 2, alínea c), 70^o, n^o 3, 71^o, n^o 3, 73^o, n^o 3, 74^o, n^o 2, alínea f), 75^o, n^o 2, 78^o, n^o 2, 79^o, n^o 2, 97^o, n^o 2, alínea d)];

b) O princípio da dependência da realidade constitucional ou das condições económicas, sociais e culturais para a sua efectivação [art. 9^o, alínea d)];

c) O princípio da repartição dos custos em razão das condições económicas dos beneficiários [arts. 20^o, n^o 1, *in fine*, e 64^o, n^o 2, alínea a)].

Na reserva de competência legislativa da Assembleia da República entram apenas as bases do sistema de ensino, com reserva absoluta [art. 164º, alínea i)]; e, com reserva relativa, as bases do sistema de segurança social, do serviço nacional de saúde, do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural e do ordenamento do território e do urbanismo [art. 165º, nº 2, alíneas f), g) e z)].

V – Diversas são, outrossim, as sedes constitucionais:

a) Quanto aos regimes comuns a todos os direitos, quanto ao regime comum com variações e quanto ao regime material dos direitos, liberdades e garantias, o título I da parte I;

b) Quanto ao regime orgânico, o capítulo II do título III da parte III, sobre competência da Assembleia da República;

c) Quanto à revisão constitucional, o título II da parte IV.

VI – Os princípios e regras enunciados têm diversas origens:

a) Remontam ao constitucionalismo liberal o princípio da universalidade, a extensão dos direitos aos portugueses no estrangeiro e aos estrangeiros em Portugal, o princípio da tutela graciosa, a limitação recíproca dos direitos, a autotutela através do direito de resistência, e a reserva de competência do Parlamento sobre direitos, liberdades e garantias;

b) Remonta ao constitucionalismo liberal, se bem que enriquecido e transformado pelo Estado social, o princípio da igualdade;

c) Traduzem progressos no sentido do aprofundamento do Estado de Direito os princípios da protecção da confiança e da proporcionalidade, os princípios do acesso ao direito e da tutela jurisdicional, o princípio da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, alguns aspectos da reserva de lei sobre direitos, liberdades e garantias e a restrição, a suspensão ou a privação de direitos, liberdades e garantias de qualquer pessoa apenas nos

casos e com as garantias previstas na Constituição e na lei;

d) São recentes aquisições, nuns casos, ou explicitações e desenvolvimentos, noutros casos, do Estado de Direito, a aplicação directa dos preceitos respeitantes aos direitos fundamentais, com vinculação das entidades públicas e privadas, o carácter restritivo das restrições dos direitos, liberdades e garantias e o serem os direitos, liberdades e garantias limite material da revisão constitucional;

e) São também recentes aquisições – agora do Estado social de Direito – os princípios sobre direitos económicos, sociais e culturais;

f) Revelam originalidade marcantes da Constituição portuguesa a insistência nas formas de participação ou de democracia participativa (art. 2º) e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º).

2. O regime dos direitos sociais

2.1. A conexão com tarefas e incumbências do Estado

I – O primeiro princípio específico do regime dos direitos económicos, sociais e culturais prende-se com a “tarefa fundamental”, de carácter geral, do Estado de promover a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais [art. 9º, alínea d), da Constituição] e com as incumbências do Estado e de outras entidades em especial (arts. 63º, nº 2, 64º, nº 3, etc.).

Tarefas equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material. Traduzem um determinado enlace entre o Estado e a sociedade.

Entre elas e as *funções* ou actividades específicas ou típicas do poder situam-se as *incumbências*, que são, ao mesmo tempo, metas e acções a que o Estado fica consti-

tucionalmente adstrito – o mais das vezes através de normas programáticas – em face dos direitos, interesses ou instituições que lhe cabe garantir, promover ou tomar efectivos; e as incumbências traduzem-se em “imposições constitucionais” designadamente em “imposições legiferantes”.

II – Aquela tarefa e essas incumbências aparecem estreitamente correlacionadas. Com a Constituição económica, desde logo porque a efectivação dos direitos se faz “mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”.

E aqui sobressaem, em geral, directamente, as incumbências de promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e de operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, de eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior, de promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade, eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio [art. 81º, alíneas a), b), d), 2ª parte, e) e h)].

Em particular, no domínio da política agrícola, avultam os objectivos de promover a melhoria da situação económica, social e cultural dos trabalhadores rurais e dos agricultores, o desenvolvimento do mundo rural, a racionalização das estruturas fundiárias e o acesso à propriedade ou à posse da terra e demais meios de produção directamente utilizados na sua exploração por parte daqueles que a trabalham, e de criar as condições necessárias para atingir a igualdade efectiva dos que trabalham na agricultura com os demais trabalhadores [art. 93º, nº 1, alíneas b) e c)].

Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo, promover, além do crescimento económico e do desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição

individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português (art. 90º).

Mas a Constituição parece apostar muito mais no sistema fiscal [art. 81º, alínea d), *in fine*], destinado tanto à satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas como a uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza (art. 103º, nº 1). Por isso, o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar [arts. 104º, nº 1 e 67º, nº 2, alínea f)]; a tributação do consumo visa adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo (art. 104º, nº 4), e, finalmente, o regime das finanças regionais assenta nos princípios de efectiva solidariedade nacional [art. 227º, nº 1, alínea j)], e o das finanças locais visa a justa repartição dos recursos públicos pelo Estado e pelas autarquias e a necessária correcção de desigualdades entre autarquias do mesmo grau (art. 238º, nº 2).

III – Estas tarefas e incumbências concretizam-se:

– Pela garantia da igualdade de oportunidades entre os cidadãos [arts. 58º, nº 2, alínea b), 64º, nº 3, alínea a), 73º, nº 2, 74º, nº 2, alínea d), 76º, nº 1, 78º, nº 2, alínea a), e 81º, alínea b)];

– Pela previsão de prestações pecuniárias [arts. 59º, nº 1, alíneas e) e f), 63º, nºs 3 e 4, e Lei nº 45/2005, sobre rendimento social de reinserção];

– Pela criação de instituições, sistemas e serviços [arts. 59º, nº 2, 63º, nºs 2 e 3, 64º, nº 2, alínea a), e nº 4, 67º, nº 2, alínea b), 74º, nº 2, alínea b), e 75º, nº 1];

– Pelo estabelecimento de políticas [arts. 58º, nº 1, alínea a), 64º, nº 3, alínea f), 65º, nº

3, 66º, nº 2, 67º, nº 2, alínea *h*), 70º, nº 2, 71º, nº 2, 77º, nº 2, e 78º, nº 2, alínea *e*];

– Pela previsão de condições [arts. 59º, nº 2, alínea *c*), 64º, nº 2, alínea *b*), 65º, nº 1, 71º, nº 1];

– Por medidas legislativas, pura e simplesmente [arts. 59, nº 3, 63º, nº 4, 64º, nº 3, alíneas *d*) e *e*), 67º, nº 2, alíneas *e*) e *f*), 68º, nº 4, 69º, nº 3].

IV – De qualquer sorte, nem as tarefas do art. 9º, nem as incumbências dos arts. 58º, 81º, 227º, etc., envolvem um programa de governo. Este tem de ser muito mais do que isso – um conjunto de orientações políticas e medidas a adoptar ou a propor nos diversos domínios da actividade governamental, como se lê no art. 188º; e as tarefas situam-se a um nível diferente e superior, necessariamente normativo. Nem se conceberia em democracia pluralista (arts. 2º, 10º, etc.) que fossem outra coisa senão princípios ou limites (que, de resto, não só o Governo como os demais órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local têm de respeitar).

Há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar. Para além disso, é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização.

2.2. *A participação dos interessados imediatos e da sociedade civil*

I – Para a Constituição não importa qualquer efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Importa, por coerência com os princípios fundamentais da liberdade, do pluralismo e da participação [arts. 2º e 9º, alíneas *b*) e *c*), entre tantos], uma efectivação não autoritária e não estatizante, aberta à promoção pelos próprios interessados e às iniciativas vindas da sociedade civil.

Não se trata apenas de criar serviços ou concretizar prestações, pecuniárias ou

outras; trata-se também, por um lado, de dar lugar e voz aos destinatários e beneficiários segundo a Constituição e a lei e, por outro lado, de admitir formas de complementaridade ou de concorrência entre as intervenções do Estado e das demais entidades públicas e as iniciativas das pessoas e dos grupos existentes na sociedade civil. Assim se espera otimizar as condições de realização dos direitos e aprofundar a própria democracia.

II – A *democracia participativa* [arts. 2º, *in fine*, e 9º, alínea *c*), 2ª parte] traduz-se, por seu turno, na atribuição aos cidadãos enquanto administrados, de específicos direitos de participação no exercício de função administrativa de Estado – *maxime* quando estejam em causa direitos económicos, sociais e culturais – e na relevância de grupos de interesses, de associações e de instituições em processos de decisão a nível do Estado.

A Administração pública será estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva (art. 267º, nº 1), para esse efeito, estabelecendo a lei adequadas formas de descentralização e desconcentração, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo (art. 267º, nº 2). E, desde logo, administração participada e descentralizada encontra-se na saúde (art. 64º, nº 4) e no ensino universitário público (art. 76º); e administração participada e desconcentrada na segurança social (art. 63º, nº 2), noutras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores [art. 56º, nº 2, alínea *b*)] e no ensino não universitário público (art. 77º, nº 1).

Para além disso, são muito variados os direitos de participação de grupos nas decisões, inclusive legislativas, que directamente os afectem, com incidência em direitos económicos, sociais e culturais: direito das comissões de trabalhadores de participar na elaboração da legislação do

trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector [art. 54º, nº 5, alínea *d*)]; direito das associações sindicais de participar na elaboração da legislação de trabalho e no controlo da execução dos planos económico-sociais [art. 56º, nº 2, alíneas *a*) e *c*)], bem como de se fazer representar nos organismos de concertação social [art. 56º, nº 2, alínea *d*)]; direito das associações de consumidores e das cooperativas de consumo de serem ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores (art. 60º, nº 3); direito dos interessados de participação no planeamento urbanístico (art. 65º, nº 4); direito das associações representativas das famílias de serem ouvidas na definição da política de família [art. 67º, nº 2, alínea *b*)]; direito de participação das associações de professores, de alunos e de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (art. 77º, nº 2); direito de participação das organizações representativas de trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição, na execução e no controlo das principais medidas económicas e sociais [arts. 80º, alínea *g*), e 92º, nº 2].

III – Em vez do exclusivismo do Estado no desenvolvimento de actividades que conduzam à efectivação de direitos económicos, sociais e culturais, a Constituição pressupõe ou faz apelo à colaboração de entidades da sociedade civil, de entidades privadas ou afins.

Assim: realização de obras sociais nas empresas, com a participação das comissões de trabalhadores [art. 54º, nº 5, alínea *e*)]; cooperação das organizações sociais no desenvolvimento sistemático de uma sede de centros de repouso e de férias [art. 59º, nº 2, alínea *d*)]; apoio às instituições particulares de solidariedade social (art. 63º, nº 3); articulação das formas empresariais e privadas de medicina com o serviço nacional de saúde [art. 64º, nº 3, alínea *d*)]; estímulo à construção privada e incentivo e apoio

às iniciativas das comunidades locais e das populações tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais, fomento da criação de cooperativas de habitação e da autoconstrução [art. 65º, nº 2, alíneas *c*) e *d*)]; envolvimento dos cidadãos na defesa do ambiente (art. 66º, nº 2); cooperação com os pais na educação dos filhos [art. 67º, nº 2, alínea *c*)]; fomento e apoio das organizações juvenis (art. 70º, nº 3); apoio às associações de cidadãos portadores de deficiência (art. 71º, nº 3); colaboração dos órgãos de comunicação social, das associações e fundações de fins culturais, das colectividades de cultura e recreio, das associações de defesa do património cultural, das organizações de moradores e de outros agentes culturais na democratização da cultura e no fomento e na criação culturais (arts. 73º, nº 3, e 78º, nº 2); inserção das escolas nas comunidades que servem [art. 74º, nº 2, alínea *f*)]; reconhecimento do ensino particular e cooperativo (art. 75º, nº 2, conexo com o art. 43º, nº 4); colaboração das escolas e das associações e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto (art. 79º, nº 2); estímulo do associativismo dos trabalhadores rurais e dos agricultores [art. 97º, nº 2, alínea *d*)].

2.3. A dependência da realidade constitucional

I – A realização dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais. Depende também, e sobretudo, de condições económico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais (entrando nestas a sedimentação, na consciência jurídica geral a que, por vezes, se apela).

Não por acaso o art. 22º da Declaração Universal liga os direitos económicos, sociais e culturais “ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo”. E a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efectividade

concreta a uma *reserva do possível*, na raridade material do objecto da pretensão como limite real ou na reserva financeira do possível.

II – A apreciação dos factores económicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efectivação dos direitos cabe aos órgãos políticos e legislativos – não aos da Administração. Não corresponde a uma simples operação hermenêutica, mas a um confronto complexo das normas com a realidade circundante.

De resto, sendo abundantes as normas e escassos os recursos, dessa apreciação poderá resultar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efectivação dos direitos. Se nem todos os direitos económicos, sociais e culturais puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário redundaria na inutilização dos comandos constitucionais: querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer.

Todavia, por regra (insista-se), o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação.

Vale isto dizer que também aqui se justifica e se impõe uma tarefa de harmonização e concordância prática. Não se tratará, como nos direitos, liberdades e garantias, de colisões ou conflitos de direitos (ou dos seus conteúdos potenciais máximos). Tratar-se-, sim, de uma avaliação simultânea (ou dialéctica) dos direitos a efectivar e dos recursos, humanos e materiais, disponíveis e adequados para o efeito.

Nesta apreciação, os órgãos de decisão política hão-de gozar, por certo, de uma relativa margem de liberdade – da liberdade de conformação a eles inerente e postulada pelo pluralismo democrático e

pela alternância. Não de uma total liberdade. Não pode ser obliterado o princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), aferido por padrões de justiça social, solidariedade e “igualdade real entre os Portugueses” [art. 9º, alínea d), da Constituição]; e aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial competirá descobrir eventuais inconstitucionalidades.

Mas perante uma alteração substancial de todos aqueles condicionalismos, não deve ter-se por legítima, ou até por necessária, a própria revogação das normas legais concretizadoras? Eis o problema habitualmente debatido como problema do retrocesso ou de proibição do retrocesso social.

2.4. O não retorno da concretização

I – Entendo hoje que um princípio de não retorno de concretização das normas de direitos económicos, sociais e culturais não tem autonomia, por estar conexo com o princípio da tutela da confiança e, sobretudo, ser uma decorrência do princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. E, por outro lado, deixo de o ligar à proibição de retrocesso social, pelos equívocos que a ideia tem gerado.

A despeito disso, mantenho, no essencial, o que disse em escritos e palestras anteriores.

II – Assim, quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão. Exige-o a própria força normativa da Constituição.

Não se visa com isso revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias institucionais. Essas normas continuam modificáveis como quaisquer outras normas ordinárias, sujeitas a controlo da constitucionalidade e susceptíveis

de caducidade em caso de revisão constitucional (sem prejuízo de limites materiais). Nem sequer vêm a prevalecer sobre outras normas ordinárias; como tais, nenhuma consistência específica adquirem.

O que se pretende é, na vigência de certas normas constitucionais, impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema. O legislador, de acordo com os critérios provenientes do eleitorado, pode adoptar outros modos e conteúdos de concretização. Nada obriga, por exemplo, a que o serviço nacional de saúde (art. 64^o) ou o sistema de ensino (arts. 74^o, 75^o e 76^o) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas: podem ser, ora mais centralizados ora mais descentralizados, ora mais socializantes ora mais liberalizantes. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço e tal sistema.

Todavia, porque os direitos económicos, sociais e culturais estão sujeitos à reserva do possível, as respectivas normas concretizadoras, por seu turno, estão sujeitas a uma *reserva geral imanente de interpretação*, traduzida nos seguintes pontos:

1^o) Quando se verificarem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;

2^o) Ao invés, não ocorrendo tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;

3^o) Situações de extrema escassez de recursos ou de excepção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas não têm de retomar a sua efectividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida colectiva – o que não se justifica, em caso algum, é uma leitura *a contrario* do

art. 19^o da Constituição quer no sentido da impossibilidade de suspensão dos direitos económicos, sociais e culturais, quer no sentido de uma eventual suspensão não ter de observar quaisquer regras ou limites, designadamente o respeito da reserva de competência legislativa parlamentar;

4^o) Mesmo nesses casos a dignidade da pessoa humana postula a garantia de um conteúdo mínimo dos direitos ou de um mínimo material de subsistência.

Há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estágio de efectividade das normas, uma relação necessária constante entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, uma relação necessária constante entre os bens económicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis. E, por tudo isso, *só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório*.

2.5. A repartição dos custos em razão das condições económicas dos titulares

I – Os direitos económicos, sociais e culturais são, no contexto do Estado de Direito democrático, direitos universais e não direitos de classe. Tal não obsta a que, por ancorados na ideia de uma igualdade real a construir, as incumbências públicas correlativas da sua realização consintam alguma adequação em função das condições concretas dos seus titulares ou beneficiários.

Direitos de libertação de necessidade e expressão de solidariedade organizada, como já disse, são direitos de todos – porque todos fazem parte de uma só comunidade e porque todos, conforme as suas circunstâncias e vicissitudes, podem vir carecer dos correspondentes bens. Porém, precisamente porque há desigualdades de facto, as prestações em se projectam não-de tomá-las em conta, podem ser diferenciadas e não-de ser suportadas desigualmente de acordo com as capacidades económicas.

É o próprio princípio de igualdade que o exige assim como, consoante acabámos

de ver – em face de insuperáveis limites financeiros – a efectividade das normas constitucionais em relação aos direitos derivados a prestações, no seu conjunto.

II – Sobre o problema de saber como devem ser encaradas e suportadas as despesas inerentes à satisfação das necessidades colectivas, há três linhas possíveis e bem demarcadas:

a) A do Estado *mínimo*, que tende a atribuir todos ou quase todos esses encargos aos indivíduos ou a grupos privados;

b) A do Estado *assistencial*, que tende, pelo contrário, a confiá-los ao Estado;

c) E a do Estado *social*, que aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não podem pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que as podem pagar.

Se, obviamente, a Constituição rejeita o Estado mínimo, tão pouco se compadece com o Estado assistencial (em face da soma de tarefas e incumbências que atribui às entidades públicas, à luz do desígnio de “uma sociedade mais solidária” do art. 1º).

Não se conforma com este por causa de todo o relevo que confere à intervenção de grupos, associações e instituições existentes na sociedade civil na efectivação dos direitos sociais. Depois, por causa da garantia da propriedade e da iniciativa económica privada (reforçada em sucessivas revisões). Enfim, porque, expressamente, ao considerar o acesso à justiça alude à “insuficiência de meios económicos” (art. 20º, nº 1, atrás considerado) e declara o serviço nacional de saúde *tendencialmente gratuito* “tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos” [art. 64º, nº 2, alínea c), na versão de 1989].

III – Por um lado, recai sobre o Estado assegurar, por meio de impostos, a assistência materno-infantil, os cuidados primários de saúde, o ensino básico e o secundário obrigatórios, o apoio no desemprego, a integração dos deficientes e dos margina-

lizados, o auxílio material às vítimas de crimes e de calamidades naturais, etc. A essencialidade dos bens ou a universalidade justificam-no.

Por outro lado, quanto às restantes necessidades – ou porque não afectam identicamente todos os cidadãos, ou porque não revestem para todos o mesmo significado ou porque dependem de circunstâncias nem sempre previsíveis – pode justificar-se uma partilha dos custos da sua satisfação (até porque se verifica uma partilha de benefícios). O Estado deve pagar uma parte, os próprios outra parte e até onde possam pagar.

Os que podem pagar, devem pagar. E é preferível que paguem em parte (até certo limite do custo real) o serviço ou o bem, directamente, por meio de taxas, e não indirectamente, mediante impostos, por três motivos: 1) porque assim tomam consciência do seu significado económico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar ou atenuar o peso do aparelho burocrático.

Diversamente, *os que não podem pagar, não devem pagar* (ou devem receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsídio de desemprego – para poderem pagar).

Mas a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades não é nunca rígida, nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento económico, social e cultural e da situação do país. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça, através das políticas públicas adoptadas pelos órgãos nele baseados.

2.6. A adequação das formas de tutela

As normas que consagram direitos económicos, sociais e culturais são quase todas normas programáticas, conforme se sabe, e a inconstitucionalidade por omissão (art.

283ª da Constituição) é a sua violação mais característica.

Não deixa, porém, de se registrar inconstitucionalidade por acção na hipótese de normas legais contrárias, designadamente por desvio de poder legislativo e por preterição do princípio da igualdade - podendo chegar o Tribunal Constitucional a emitir sentenças aditivas. Assim como na já apontada hipótese de revogação (não, logicamente, de declaração de inconstitucionalidade) de normas legais destinadas a conferir exequibilidade às normas constitucionais, sem que elas sejam substituídas por outras com a consequente necessária sujeição a fiscalização.

Afora isso, os direitos derivados a prestações seguem o regime comum de tutela jurisdicional, de tutela através do Provedor de Justiça e dos restantes meios de protecção assegurados aos cidadãos. Inclusive, enquanto com estrutura aproximável da dos direitos, liberdades e garantias, poderão beneficiar das providências judiciais prioritárias e céleres previstas no art. 20º, nº 5 da Constituição) e traduzidas no instituto da intimação dos arts. 109º e segs. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Tributários.

Teoria pragmática e teoria da interpretação

Leonel Cesarino Pessôa

Sumário

1. Introdução. 2. A interpretação funcional. 3. Objetivismo e subjetivismo na teoria da interpretação. 4. As *Investigações Filosóficas*. 5. Conclusão.

1. Introdução

Pode-se dizer que a teoria do direito, no Brasil, constituiu-se a partir de um diálogo com a teoria do direito europeia. Em parte dos esforços para construir uma teoria da interpretação que ocorreram neste país, a referência fundamental, no entanto, não são os livros e artigos de Gadamer ou Dilthey, mas a teoria da linguagem. A esse respeito merecem destaque os trabalhos do professor Tercio Ferraz Jr., de São Paulo.

Desde seus primeiros escritos sobre o saber dogmático ou a ciência dogmática do direito e seu estatuto teórico – de que os livros *A Ciência do Direito* e *Função Social da Dogmática Jurídica* são os marcos principais –, Ferraz Jr. escreveu que, num sentido muito específico, poder-se-ia falar em cientificidade do direito. No sentido de que existe um *problema* comum, qual seja, a decidibilidade dos conflitos, e de que três métodos apresentam-se com a pretensão de resolver o referido problema: método analítico, método da interpretação e método da decisão.

Nos livros apontados acima, esses três métodos são apresentados de maneira

Leonel Cesarino Pessôa é Doutor em Direito pela USP, foi pesquisador visitante na *New School for Social Research* (Nova York/EUA) e na *Università commerciale Luigi Bocconi* (Milão/Itália). Professor do PPGA da Universidade Nove de Julho.

sucinta. Do método da decisão e principalmente do método analítico, o autor já se havia ocupado, mais longamente, quando da elaboração de seu livro *Direito, Retórica e Comunicação* – no qual foram lançadas, por assim dizer, as bases filosóficas para construção de sua *Teoria da Norma Jurídica*.

Em 1988, contudo, com a publicação da primeira edição de seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*, dirigido aos estudantes de graduação, esses temas ganharam um tratamento mais detido e o método da interpretação recebeu, pela primeira vez, um tratamento mais aprofundado.

O problema da interpretação da lei aparece nessa obra a partir do que o autor chama de *desafio kelseniano*. Trata-se de apresentar esse problema em termos da sua verdade ou falsidade. É sabido que Kelsen responde a essa questão de forma, por assim dizer, negativa. Para ele, o ato que escolhe entre as hipóteses interpretativas não é ato de conhecimento, mas ato de vontade. Kelsen, contudo, é apenas o ponto de partida desse autor. Ao longo de seu livro, Ferraz Jr. vai defender que a correção da interpretação estará relacionada ao que ele chama de *arbitrário social prevalecente*.

O objetivo deste texto é analisar, a partir dos trabalhos de Ferraz Jr. sobre o tema, a influência da teoria pragmática sobre a teoria da interpretação jurídica e seus reflexos sobre o debate que se desenvolvia então no Brasil. Não se pretende, contudo, neste artigo, analisar o conceito de arbitrário social prevalecente e a maneira como, para esse autor, o problema da interpretação se resolve.

Antes de procurar encaminhar uma solução, Ferraz Jr. faz a crítica de algumas das teorias da interpretação que se apresentavam no debate europeu. O objetivo deste trabalho é investigar esse percurso. Trata-se de mostrar, em primeiro lugar, como a teoria da linguagem e, mais especificamente, a filosofia do que se convencionou chamar de segundo Wittgenstein estarão na base dessa crítica. E, além disso, mostrar como, com

essa crítica – ainda que os interlocutores explícitos fossem as teorias desenvolvidas na Europa –, também se tinha como objetivo intervir na discussão tal como ela se organizava no Brasil.

2. A interpretação funcional

Em nosso país, há alguns anos, principalmente em razão dos trabalhos de direito empresarial do conhecido professor Fábio Konder Comparato, a chamada teoria da interpretação funcional ganhou muita influência no meio jurídico. Não apenas nos textos desse jurista, mas também nos trabalhos de vários outros autores – entre os quais o professor Nelson Eisirik, do Rio de Janeiro –, esse método despontava como o método de interpretação por excelência.¹

Um exemplo tomado do professor Nelson Eisirik (1992) ilustra o funcionamento do referido método. Uma das formas de as empresas se financiarem é por meio da captação de recursos de acionistas ou do público mediante emissão de valores mobiliários. Nos termos da legislação em vigor ao tempo da publicação do seu artigo, “nenhuma emissão de valores mobiliários pode ser distribuída no mercado sem seu prévio registro na CVM”² (grifo nosso).

Em seu artigo, o professor Eisirik procura mostrar que, mesmo que o teor literal da lei não previsse, há uma distinção entre emissão pública e privada de ações. Os destinatários da oferta constituem o elemento mais importante para classificar uma emissão como pública ou privada. Na emissão pública, a oferta é dirigida à generalidade de indivíduos. Pode ser considerada emissão privada, por sua vez, aquela ofertada apenas a determinados investidores (sofisticados).

Segundo Eisirik (1992, p. 6), as normas que exigem o registro na CVM apresentariam nítida feição instrumental: elas

¹ A respeito dos trabalhos do professor Fábio Konder Comparato, cf. COMPARATO, 1981, p. 331-349.

² Cf. o artigo 19 da Lei nº 6.385/76 e o art. 4º, par. único, da Lei nº 6.404/76.

estariam inseridas no contexto da política de *disclosure*, que consiste na “divulgação de informações amplas e completas a respeito da companhia e dos valores por ela ofertados”.

Dessa forma, mesmo que o teor literal da lei exija o registro de todas as emissões na CVM, como a *função do registro* é a de garantir a informação a um público de não especialistas, quando a emissão tem as características que Eisirik atribui à emissão privada, não haveria, para ele, a necessidade do registro. A funcionalidade do instituto estaria, de acordo com essa concepção, determinando a correta interpretação da norma.

Nesse sentido, Eisirik (1992, p. 15) conclui:

“Assim, o que verificamos apenas no par. 3º, art. 19, da Lei nº 6.385/76 é a caracterização de determinadas situações que podem configurar a emissão pública de valores mobiliários. A construção dogmática do instituto, porém, deve ser realizada com base não na interpretação literal da norma – que pode conduzir a situações caricaturais –, mas tendo em vista interpretação teleológica e levando em conta a experiência do direito comparado. Com efeito, considerar-se a presença de qualquer um dos meios elencados exemplificativamente nos incisos I, II e III, do par. 3º, do art. 19 da Lei 6.385/76, como caracterizadores de uma emissão como pública, poderia conduzir a absurdos jurídicos. Por exemplo, seria cabível admitir-se como pública uma emissão colocada por meio de uma sociedade corretora cujo único destinatário fosse uma outra instituição financeira? Ainda que presente, no caso, um dos meios enumerados na norma (a corretora) evidentemente não há como falar-se em emissão pública, quando a adquirente dos títulos é uma só pessoa”.

A teoria da interpretação funcional não é, no entanto, a interlocutora direta de Ferraz Jr. Ele inicia a parte sobre interpretação de seu livro com uma incursão na teoria do direito europeia.

3. *Objetivismo e subjetivismo na teoria da interpretação*

Para apresentar o cenário no qual a teoria da interpretação teria surgido e se desenvolvido, Ferraz Jr. parte da obra de Savigny. Tendo em vista o tema da interpretação, pode-se dizer que sua obra divide-se em duas grandes fases. Até 1814, Savigny estava preocupado com o significado literal da lei e a questão era ainda, para ele, meramente técnica. Após esse período, ele deixa de pensar o problema da interpretação como uma mera enumeração de técnicas e passa a refletir sobre os fundamentos de uma teoria da interpretação: “surge o problema de se explicar o critério (metódico) da interpretação *verdadeira*” (FERRAZ JR., 1989, p. 241).

Na Europa do século XIX, duas correntes de pensamento jurídico vão protagonizar os debates sobre interpretação da lei. E, de acordo com Ferraz Jr., ambas teriam respostas diferentes para a questão sobre a correção da interpretação. As duas correntes defenderiam formas distintas para se captar o sentido da norma. De um lado, a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, defendiam que o sentido da norma teria como base a vontade do legislador, à qual se teria acesso com o auxílio de análises linguísticas e métodos lógicos de inferência. De outro lado, a Jurisprudência dos Interesses surgiu como crítica a essas duas Escolas. De acordo com seus defensores, o “sentido da lei repousaria em fatores objetivos como os interesses em jogo na sociedade” (Idem).

Após expor o esquema elaborado por Karl Engisch, que organiza os principais argumentos da Escola da Exegese e Ju-

risprudência dos Conceitos (classificadas como teoria subjetivista) e da Jurisprudência dos Interesses (classificada como teoria objetivista), Ferraz Jr. faz uma incursão na teoria da tradução. Seu objetivo é mostrar como as duas principais teorias da tradução que se apresentam – a teoria idealista e a teoria realista – não conseguem resolver o problema da correção da tradução.

De acordo com a teoria idealista da tradução, para se traduzir uma frase do inglês para o português, seria preciso recorrer-se ao que pensa o inglês, para posteriormente identificar-se esse mesmo pensamento em português e então realizar a tradução. De acordo com a teoria realista, por sua vez, parte-se da sentença, procura-se a coisa por ela designada e vai-se à outra língua para saber qual a sentença que corresponde ao mesmo objeto.

Ferraz Jr. conclui que ambas as teorias não explicam o processo de tradução. Para ele, ambas fundam-se em um pressuposto indemonstrável. Com relação à teoria realista:

“O pressuposto metafísico não explicado é o de que (a) o mundo real é este conjunto de objetos enquanto coisas singulares, concretas e captáveis sensivelmente, e de que, (b) quando atribuímos palavras às coisas, aos objetos do mundo real, seguimos certas delimitações predeterminadas nos próprios objetos” (Ibidem, p. 245).

Também a teoria realista por sua vez se fundaria num pressuposto indemonstrável: “de que o pensamento é algo distinto da articulação lingüística e de que existe uma forma de acesso ao pensamento que não é lingüística” (FERRAZ JR., 1989, p. 246). Em seguida, ele toma essas conclusões e aplica-as, por analogia, às teorias da interpretação da lei. Segundo ele, assim como as teorias idealista e realista não conseguem resolver o problema da correção da tradução, também as teorias subjetivista e objetivista não conseguem resolver o problema da correção da interpretação.

Da mesma forma que a teoria idealista da tradução, a teoria subjetivista da interpretação parte de um pressuposto indemonstrável: o de que a intenção que se quer alcançar é algo distinto da articulação lingüístico-normativa. Por outro lado, assim como a teoria realista da tradução, a teoria objetivista da interpretação também parte de um pressuposto indemonstrável: “supõe-se que a realidade tem uma estrutura própria, unidades de significação que são a sua essência, sendo a linguagem normativa uma representação delas” (Idem, p. 247).

Portanto, o erro de ambas as teorias da interpretação estaria em acreditar na possibilidade de um acesso “direto” (não lingüístico), seja à estrutura própria da realidade, seja à intenção (via imagem mental). Partiu-se, assim, de um debate eminentemente jurídico, isto é, do debate tal como ele se organizava no meio e na literatura propriamente jurídicos, e se fez, por meio da teoria da tradução, uma breve incursão na teoria da linguagem. Essa incursão teria permitido ao autor concluir pela insuficiência das teorias objetivista e subjetivista.

Para tanto, o fundamental foi verificar como as teorias da tradução que se apresentavam sustentavam a possibilidade de existir um acesso seja ao pensamento, seja à estrutura própria da realidade de uma forma não lingüística. Mas todo acesso à realidade depende mesmo, da maneira como está sendo exposto, da linguagem? E mais importante ainda: como, exatamente, essa incursão na teoria da linguagem vai permitir ao autor refutar teorias como a que sustenta o uso funcional da interpretação, todas elas classificadas pelo autor como objetivistas? No item seguinte, trata-se de apontar os pressupostos de que parte essa teoria.

4. As Investigações Filosóficas

As *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein são construídas na forma de diálogos,

ainda que, na maior parte das vezes, apenas implícitos, entre ele próprio e um interlocutor imaginário. Assim, quando Wittgenstein toma a palavra para defender e discorrer sobre as teses às quais se opõe, direi que ele argumenta contra seu interlocutor. Trata-se, ao longo dessa obra, de apontar e criticar os fundamentos da teoria desse interlocutor sobre a determinação do sentido proposicional.

Se esse tipo de preocupação já pode ser encontrado nos textos que Wittgenstein escreveu a partir do início da década de trinta, limitar-me-ei, no entanto, a apenas um livro: as *Investigações Filosóficas*. Algumas das teses de seu interlocutor sobre as noções de “entendimento”, expostas principalmente nos aforismos compreendidos entre o aforismo 138 e o 242 desse livro, serão analisadas.

O que faz a ponte entre as palavras e as coisas e garante que as palavras tenham sentido e que esse sentido corresponda às coisas que elas simbolizam? Para o interlocutor de Wittgenstein, uma imagem mental – que corresponde à essência da coisa – cumpre tal propósito.

O objetivo dessa parte do trabalho é descrever, a partir de algumas passagens das *Investigações Filosóficas*, especialmente dos aforismos 139-141, os traços principais dessa teoria do interlocutor e as críticas que Wittgenstein lhe dirige sobre como a imagem mental e a essência da coisa são incapazes de cumprir tal função.

Antes disso, no entanto, farei algumas observações sobre o lugar do conceito de imagem mental no encadeamento interno da argumentação do interlocutor de Wittgenstein na parte das *Investigações* que será objeto da análise.

Já o primeiro aforismo das *Investigações Filosóficas* apresenta a tese – que será desenvolvida ao longo de todo o livro – segundo a qual o que determina o sentido de uma proposição é o uso: “Mas qual o significado da palavra ‘cinco’?” – “Uma tal coisa não estava em questão aqui, mas somente como

a palavra cinco é usada” (WITTGENSTEIN, 1968, p. 3)³.

A partir do aforismo 138, no entanto, uma complicação é lançada contra os defensores dessa tese. O interlocutor de Wittgenstein (1968, p. 53) argumenta: “Mas nós entendemos o sentido de uma palavra quando a ouvimos ou pronunciamos; captamo-lo de um golpe; e o que assim captamos é muito diferente do ‘uso’ que se estende ao longo do tempo!”⁴

O interlocutor não oferece, nesse ponto, uma teoria completa sobre a determinação do sentido proposicional, mas aponta uma sua característica, que torna implausível a tese de que é o uso que o determina: trata-se do fato de que nós captamos o sentido de uma proposição pelo seu *entendimento*, que é algo que se opera em um único instante.

Duas teses com características incompatíveis sobre a determinação do sentido de uma proposição são, portanto, apresentadas: como conciliar a tese de Wittgenstein de que o que dá o sentido é o uso – que é algo que se estende no tempo – com o fato sustentado pelo interlocutor de que nós *entendemos* uma proposição, e assim captamos o seu sentido, em um só instante?

O desafio sobre como conciliar ambas as teses sobre a determinação do sentido é, em princípio, de Wittgenstein. Como foi visto, quem lança o problema é o interlocutor: se o sentido é dado em um único instante, como pode o uso – que é algo que se delonga no tempo – ter, como quer Wittgenstein, algum papel na sua determinação?

De acordo com o desafio do interlocutor, para manter intacta sua tese de que o sentido proposicional assenta no uso, Wittgenstein teria de torná-la compatível com o fato – aparentemente incontestável – de que o *entendimento* é algo que se dá em um

³ “But what is the meaning of the word ‘five’? – No such thing was in question here, only how the word ‘five’ is used”.

⁴ “But we *understand* the meaning of a word when we hear or say it; we grasp it in a flash, and what we grasp in this way is surely something different from the ‘use’ which is extended in time!”.

só instante e que o sentido proposicional apresenta-se completamente nesse instante. Em outras palavras, Wittgenstein teria de adaptar sua teoria à evidência apresentada pelo interlocutor.

Não é isso, no entanto, o que ele faz. Em vez de adaptar sua teoria à tese do interlocutor, ele mantém sua teoria intacta e questiona o caráter supostamente evidente da tese apresentada pelo interlocutor. Ele aceita a incompatibilidade entre as teses sobre a determinação do sentido proposicional, mas transfere ao interlocutor a tarefa de demonstrar a plausibilidade do fato que toma como evidente – ele inverte o ônus da prova.

Ora, já que o interlocutor diz que o *entendimento* é algo que se dá em um único instante, de que forma, mais exatamente, ele se dá? Como podemos ter, para nós, presentes, em um único instante – o instante do entendimento –, todos os usos futuros e possíveis de uma palavra qualquer?

Para responder a essa questão, o interlocutor deixa de discorrer sobre uma característica secundária de sua teoria sobre o sentido proposicional – o fato de o entendimento dar-se em um só instante – para apresentar seus traços mais importantes. O primeiro deles é que o sentido nos é dado na forma de uma *imagem mental*.

Para o interlocutor, a imagem mental, à medida que acompanha o ato de *entender*, dá sentido às palavras fazendo, assim, a ponte entre as palavras e as coisas. É porque, quando ouvimos a palavra cubo, nos vem à mente uma imagem mental de cubo que entendemos essa palavra.

Segundo o interlocutor de Wittgenstein, à medida que alguém pronuncia uma palavra para uma outra pessoa, havendo *entendimento* por parte desta última, uma imagem mental lhe vem à mente. E o seu uso posterior pode ajustar-se ou não se ajustar à imagem. Como, no entanto, saber se o uso posterior que se faz da palavra ajusta-se ou não à imagem? Segundo o interlocutor, há ajuste se, nos usos poste-

riores, a palavra estiver designando objetos dos quais a imagem mental é efetivamente uma imagem.

O interlocutor não vê qualquer dificuldade no trabalho de constatação desse ajuste ou desajuste entre uma imagem que aparece na mente daquele que *entendeu* a palavra e os objetos que correspondem a usos posteriores dessa palavra. A imagem mental funciona, para ele, como modelo. E, como modelo, ela reúne todos os traços essenciais da palavra, no caso, da palavra cubo. Se o objeto que se pretende ajustar à imagem reunir todos os traços essenciais contidos no modelo, então o ajuste se dá. Caso contrário, não há ajuste. Se o interlocutor de Wittgenstein toma a possibilidade de constatação do ajuste ou desajuste como evidente, é justamente essa evidência que é posta em xeque pelas *Investigações Filosóficas*.

De duas maneiras diferentes, a argumentação contra o interlocutor é levada a efeito. Chamarei a primeira de explícita e a segunda de implícita. De uma maneira explícita, no próprio aforismo 139, Wittgenstein mostra como uma imagem pode ser aplicada de várias maneiras e se ajustar, assim, a *muitos* objetos. Se fosse apenas essa a crítica de Wittgenstein, não haveria divergência entre ele e o interlocutor. Em conformidade com a tese proposta por este último, a imagem do *cubo* pode ser aplicada a uma quantidade infinita de *cubos*.

Todo o problema reside, no entanto, em Wittgenstein mostrar que, de acordo com determinado método de projeção, a imagem do cubo ajusta-se não somente a cubos, mas também a um prisma. Além de Wittgenstein mostrar que uma imagem pode ser aplicada de *muitas* maneiras, ele inclui, entre elas, maneiras que o interlocutor não pensava possíveis. No aforismo 140, Wittgenstein escreve (1968, p. 55): “O que é que, então, consegui com o meu argumento? Chamou-nos à atenção (recordou-nos) que em certas circunstâncias estávamos dispostos a chamar ‘aplicação da imagem

do cubo' a um processo diferente daquele em que tínhamos no início pensado. O nosso 'acreditar que a imagem nos impõe uma determinada aplicação' consistiu então em que só nos ocorreu um caso e mais nenhum. 'Há também uma outra solução' significa: há também outra coisa à qual estou disposto a chamar 'solução'; à qual eu estou disposto a aplicar esta e aquela imagem, esta e aquela analogia, etc".⁵

No entanto, o argumento mais importante, nesse ponto, é implícito. O objetivo de Wittgenstein não é apenas mostrar como uma imagem pode ser aplicada de muitas formas, incluindo, entre elas, formas que o interlocutor não pensava possíveis, mas também minar os fundamentos da tese que levaram o interlocutor a concluir pelo contrário.

Como foi visto, o interlocutor admite a possibilidade da aplicação de uma mesma imagem a muitos objetos (todos os cubos), mas não a outros objetos que não sejam cubos. Mas como ele fundamenta essa distinção entre cubos e não cubos? Como estabelecer limites rígidos que regulem a compatibilidade ou incompatibilidade entre a imagem e os objetos? Para o interlocutor, todos os cubos apresentam algo em comum que os distingue dos demais objetos. E esse algo em comum é representado pela imagem mental: é a essência do cubo.

E é esse pretensão caráter essencial da imagem que as *Investigações Filosóficas* têm como objetivo fundamental atacar. Wittgenstein pretende implodir os limites rígidos que o interlocutor estabeleceu para

demarcar a possibilidade e a impossibilidade da aplicação da imagem – ou essência – a objetos. Essa tarefa é levada a efeito em inúmeras passagens das *Investigações* como, por exemplo, nos aforismos 66, 67 e 68 que introduzem um conceito que substituirá o de essência: o conceito de semelhança de família.

5. Conclusão

Foi visto como, depois de apresentar o problema da interpretação em termos da sua verdade ou falsidade, Ferraz Jr. apontou as duas teorias que, segundo ele, apresentavam-se com a pretensão de resolver referido problema: subjetivistas e objetivistas.

Foi mostrado, por outro lado, que, nas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein propõe-se a criticar uma determinada concepção de linguagem: a de seu interlocutor. De acordo com essa concepção, uma imagem mental – que representa a essência da coisa –, à medida que acompanha o ato de *entender*, dá sentido às palavras fazendo, assim, a ponte entre as palavras e as coisas.

Ora, o fundamento das críticas de Ferraz Jr. às teorias objetivista e subjetivista está justamente em identificá-las com a teoria do interlocutor de Wittgenstein: tanto uma como outra padeceriam dos mesmos males que a teoria do interlocutor. O erro dos subjetivistas estaria, então, em – assim como faz o interlocutor de Wittgenstein – identificar na imagem mental, que representa a intenção do legislador, o sentido da lei e da linguagem. Como Ferraz Jr. escreveu na refutação à teoria idealista da tradução, está-se pressupondo, nesse caso, uma forma de compreensão por meio de um acesso à intenção que não é linguístico.

Também foi examinado como, no Brasil, há alguns anos, a chamada teoria da interpretação funcional exerceu grande influência no meio jurídico. A partir da análise de casos concretos, autores adeptos dessa corrente propunham interpretações que se

⁵ "What was the effect of my argument? It called our attention to (reminded us of) the fact that there are other processes, besides the one we originally thought of, which we should sometimes be prepared to call 'applying the picture of a cube'. So our 'belief that the picture forced a particular application on us' consisted in the fact that only the one case and no other occurred to us. 'There is another solution as well' means: there is something else that I am also prepared to call a 'solution'; to which I am prepared to apply such-and-such a picture, such-and-such an analogy, and so on".

ajustariam, de melhor forma, à função dos institutos que estariam sendo interpretados e que, por isso, deveriam prevalecer sobre as outras interpretações possíveis.

Este trabalho procurou mostrar que, em seu livro, Ferraz Jr. pretendeu dialogar não apenas com as tradicionais escolas europeias, como a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses, mas também com as recentes construções que ganhavam espaço na cena brasileira.

De acordo com Ferraz Jr., a teoria da interpretação funcional nada mais é senão uma nova expressão da teoria objetivista da interpretação. Para ele, todas as tentativas objetivistas teriam por base o fato de que a determinação do sentido da lei seria dada por fatores objetivos, tais como os interesses em jogo na sociedade, ou mesmo de outros fatores inerentes à própria realidade. No caso da interpretação funcional, a funcionalidade própria dos institutos estaria na base do sentido da norma.

E o que ele concluirá é justamente que, aos objetivistas em geral e à teoria funcional da interpretação, em especial, aplicar-se-ia uma crítica semelhante à crítica dirigida à teoria subjetivista da interpretação. Também nesse caso, os pressupostos da teoria criticada são identificados com os da teoria do interlocutor de Wittgenstein.

De acordo com Ferraz Jr., seria pressuposto das teorias objetivistas o fato de que

a realidade teria uma estrutura funcional própria, a qual se poderia ter acesso. Essa concepção é rejeitada porque, assim como na concepção do interlocutor de Wittgenstein, o sentido da linguagem estaria sendo dado pela essência da própria realidade de que essa mesma linguagem seria uma representação.

Referências

COMPARATO, Fabio Konder. Qualificação do contrato relativo a vasilhames e engradados, na distribuição e na venda de bebidas a consumidor - Concorrência desleal na sistemática destruição de vasilhames de bebida fabricada por concorrente. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

EISIRIK, Nelson. Emissão pública de valores mobiliários. In: _____. *Aspectos modernos do Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

FERRAZ JR., T. S. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophical investigations*. Translated by G. E. M. Anscombe. New York: MacMillan Publishing Co, 1968.

A construção jurídica da heterossexualidade

Adilson José Moreira

Sumário

1. Introdução. 2. A construção da categoria de sujeito de direito como um sujeito heterossexual. 3. Homossexualidade e normas sociais de gênero. 4. A construção jurídica da heterossexualidade na jurisprudência brasileira. 4.1. União estável: entre tradição e definição. 4.2. A proteção da família: uma prioridade estatal. 4.3. A sexualização da identidade homossexual. 4.4. Homossexualidade e espaço privado. 4.5. Heterossexualidade e nação. 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem sido amplamente debatido pelas cortes brasileiras, assunto que levanta uma série de questões altamente relevantes para os operadores do Direito. Apesar do número crescente de decisões estendendo direitos decorrentes da união estável aos casais homossexuais, inúmeros tribunais afirmam que o nosso sistema jurídico não admite tal possibilidade. Esses órgãos recorrem a vários argumentos para sustentar tal posição, todos eles baseados na premissa de que a união estável é uma instituição inerentemente heterossexual. Muitas cortes brasileiras sustentam que os relacionamentos homoafetivos não podem ser reconhecidos como uniões estáveis porque a diversidade de sexos é um elemento necessário de todas

Adilson José Moreira é Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG.

as uniões adultas reguladas pelo Direito.¹ A definição legal da união estável serve como fundamento para a construção de uma retórica jurídica que procura justificar a exclusão dos casais homossexuais dessa instituição². Muitos tribunais brasileiros alegam que o reconhecimento das uniões

¹ Ver, por exemplo, STJ, Recurso Especial nº 323.370, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 02/10/2006 (afirmando que questões relacionadas com uniões homoafetivas devem ser analisadas pelas varas cíveis porque essas uniões não podem ser consideradas como entidades familiares em função da definição legislativa da união estável que pressupõe a diversidade de sexos); TJMT, Conflito de Competência nº 2003.00.2.009683-5; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Fernando Habibe, 10/12/2003 (afirmando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque a definição legal dessa instituição pressupõe a dualidade de sexos); TJPR, Apelação Cível nº 0131962-0, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Salvatori Antônio Astuti, 17/08/1999 (afirmando que a diversidade de sexos é um requisito objetivo e essencial para a existência da união estável); TJSP, Apelação Cível nº 349.910.4/3-00, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível de Direito Privado, Relator: Alvares Lobo, 08/06/2005 (confirmando decisão de primeira instância que negou pedido de inclusão de companheiro como beneficiário de plano de saúde porque casais homossexuais não podem ter acesso a direitos decorrentes da união estável em função da definição dessa instituição); TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28/11/2007 (negando provimento de recurso sob o argumento de que a diversidade de sexos é um elemento fundamental para a caracterização da união estável).

² Ver, por exemplo, TAMG, Apelação Cível nº 222.040-8, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Carreira Machado, DJ 08.04.1997 (afirmando que a convivência homossexual não gera direitos de nenhuma natureza, nem mesmo direitos patrimoniais); TJRJ, Agravo de Instrumento nº 8497/99/02, Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível, Relator: Alexandre H. P. Varella, 05.10.1999 (decidindo que o companheiro sobrevivente não pode figurar como inventariante ou reclamar direitos sucessórios porque o sistema jurídico brasileiro não reconhece as uniões homossexuais como uniões estáveis); TJSP, Agravo de Instrumento nº 389.150-5/0-00, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Relatora: Jo Tatsumi, 07/04/2005 (negando provimento a recurso de decisão de primeira instância que indeferiu pedido de inclusão de companheira de mesmo sexo como beneficiária de plano de saúde porque a legislação brasileira não prevê a extensão de tais benefícios ao companheiro homossexual).

homoafetivas como uniões estáveis constituiu um pedido jurídico impossível porque casais homossexuais não podem procriar.³ Esses órgãos julgadores asseveram ainda que o conteúdo da lei estabelece não apenas limites aos direitos por elas regulados, mas também a forma como a norma deve ser interpretada. Como o legislador brasileiro instituiu a heterossexualidade como um requisito fundamental para a caracterização da união estável, o poder judiciário não pode simplesmente ignorar esse elemento fundamental da definição desse instituto jurídico.⁴ Como consequência da caracteri-

³ Ver, por exemplo, TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, DJ 08/05/2008 (argumentando que uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis devido a impossibilidade jurídica de tal pedido); TJSP, Agravo de Instrumento nº 544640-4/2, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Jesus Lofrano, 12.02.2008 (dando provimento a recurso sob o argumento de que a nossa legislação não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que justifica a decisão de primeira instância classificando a demanda como impossibilidade jurídica do pedido); TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.509018-0/001, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível, Relator: Manuel Saramago, 28/10/005 (negando a possibilidade da prestação de alimentos decorrentes de união homoafetiva sob a alegação de que a legislação brasileira não prevê esse direito); TJSC, Apelação Cível nº 2007.032992-5, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 18/03/2008 (afirmando que o conteúdo das normas legais brasileiras estabelecem expressamente como um dos requisitos à configuração da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar a convivência entre homem e mulher, ou seja, deve haver a diversidade de sexos).

⁴ Ver, por exemplo, TJMG, Apelação Cível nº 2.000.00.465188-5/000(1), Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Pereira da Silva, 20.02.2007 (afirmando que a definição legislativa da união estável requer uma interpretação literal da legislação regulando essa instituição); TJSP, Conflito de Competência nº 141.095-0/1-00, Órgão Julgador: Câmara Especial do Tribunal de Justiça, Relator: Canguçu de Almeida, 09.04.2007 (decidindo que o estabelecimento da diversidade de sexos como elemento central da definição da união estável impede quaisquer outras interpretações das normas que regulam essa instituição); TJRJ, Apelação Cível nº 7355/98, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ademir Paulo Pimentel, 13.10.98 (argumentando que a definição legal da união estável impede o uso da analogia entre as uniões homossexuais e as uni-

zação da promoção da procriação como um interesse estatal legítimo, vários tribunais brasileiros argumentam que o tratamento diferenciado dos casais homossexuais não constitui uma violação do princípio da igualdade.⁵

Mais do que justificar o tratamento diferenciado dos casais homossexuais, esses acórdãos instituem a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. Ao negar a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis, muitos tribunais brasileiros estabelecem uma configuração específica de família como merecedora da proteção estatal. As uniões entre homens e mulheres fundadas na procriação merecem especial proteção das instituições governamentais porque elas têm importância central para a reprodução social. Tal compreensão da família como um espaço de reprodução biológica tem um caráter marcadamente patriarcal, perspectiva que referenda a ideia da existência de papéis naturais ocupados por homens e mulheres dentro do matrimônio. A caracterização da família

ões heterossexuais); TJDF, Conflito de Competência nº 291471, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12.11.2007 (afirmando que não existe nenhuma perspectiva interpretativa capaz de justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis tendo em vista a definição legal dessa instituição).

⁵ Ver, por exemplo, TJRN, Apelação Cível nº 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002 (afirmando que a exclusão dos casais homossexuais da união estável não viola o princípio da igualdade porque os casais homossexuais não podem fazer parte dessa instituição na forma como ela está definida); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.08.082815-5/001, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, 14/10/2008 (argumentando que a exclusão dos casais homossexuais não viola o princípio da igualdade porque o tratamento diferenciado dos mesmos está racionalmente relacionado como interesse estatal em promover a procriação); TJRJ, AC nº 2005.001.44730, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Jesse Torres, 17/12/2005 (afirmando que a exclusão do companheiro homossexual de plano de saúde não ofende o princípio da igualdade porque a Constituição Federal define a união estável como o relacionamento entre um homem e uma mulher).

como uma unidade de reprodução biológica parece particularmente problemática quando consideramos a transformação dessa instituição nas últimas décadas. Papéis sexuais tradicionais têm sido gradualmente abandonados e o matrimônio passou a ser caracterizado como um projeto de realização pessoal que não inclui a procriação como um elemento necessário para o alcance desse ideal. Configurações alternativas têm sido amplamente reconhecidas pelo sistema jurídico, o que torna a afirmação de que a reprodução é o objetivo principal da união estável ainda mais controversa.⁶

O estabelecimento da heterossexualidade como requisito para o acesso a certas categorias de direitos pode ser apontado como exemplo de um processo social pouco

⁶ Ver nesse sentido STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300 MC-DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09/02/2006 (argumentando que os princípios da igualdade, da dignidade humana, da privacidade e do pluralismo justificam o reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares); STJ, Recurso Especial nº 820.475 - RJ, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 06/10/2008 (reconhecendo a competência das varas de família para julgar questões decorrentes de uniões homoafetivas porque essas se equiparam às uniões heterossexuais); TRF-1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Tourinho Neto, 29.04.2004 (rejeitando o argumento de que a família significa necessariamente a presença de um homem e uma mulher ligadas pelo casamento, uma vez que a nossa tradição jurídica tem reconhecido outras formas de família como o concubinato) TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª Turma, Relator: Sérgio Schwaitzer, 04/07/2007 (afirmando que a Constituição ao consagrar o pluralismo familiar e o princípio da dignidade humana reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis, pois não vinculou a família ao casamento); TJRS, Apelação Cível nº 70016660383, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, 26/10/006 (afirmando que o dogma da família tradicional formada por marido mulher e prole tem sido relativizado pelas transformações sociais); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.750258-5/002(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Belizário de Lacerda, 04/09/2007 (afirmando que os direitos da união homoafetiva são indissociáveis da união estável e que vários movimentos sociais contribuíram para a transformação da família patriarcal e a criação de família baseada no afeto).

analisado na literatura jurídica nacional. A institucionalização dessa forma de identidade sexual pode ser classificada como um exemplo paradigmático de como o discurso jurídico funciona como um mecanismo de formação de identidades. Como as normas jurídicas transformam sentidos culturais em regras que regulam as relações entre as pessoas, elas têm uma função fundamental na formação e perpetuação de papéis sociais. Tal afirmação pode surpreender aqueles que consideram a atividade do juiz como algo restrito à aplicação da legislação a um caso concreto. Mas devemos fazer uma diferenciação entre as normas jurídicas propriamente ditas e as razões apresentadas pelos tribunais para aplicá-las ou interpretá-las de uma determinada maneira. As normas jurídicas são produto de um processo legislativo fundado na ideia da legitimidade institucional. Elas estabelecem um comando que deve ser observado pelos agentes governamentais, mas a maioria delas não fornece razões para a sua utilização. Os motivos para a aplicação e interpretação de uma norma jurídica são apresentados pelos operadores do Direito, atores que sempre recorrem a conteúdos ideológicos para justificar o emprego da norma em um determinado caso e em certo sentido. Esse conjunto de razões constitui uma prática discursiva que tem a função de legitimar a ordem social de uma determinada maneira (KENNEDY, 1998, p. 135-155). A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas pode ser vista como exemplo bastante claro do papel de certas ideologias sociais no processo de argumentação jurídica. A norma que define a união estável como uma união entre um homem e uma mulher não oferece razões para a instituição da heterossexualidade como um requisito para o acesso a essa instituição. Nós encontramos essa justificação na retórica que os tribunais utilizam para excluir os casais homossexuais dos direitos decorrentes dessa instituição. Esses argumentos estão baseados em uma série de premissas que

servem para instituir uma representação específica de família como o fundamento da organização social brasileira, processo responsável pelo estabelecimento da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa.

O patriarcalismo é a ideologia social que fornece os elementos necessários para a institucionalização da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. O estabelecimento dessa forma de orientação sexual como uma identidade universal acontece principalmente pela caracterização da mesma como uma realidade natural anterior à regulação jurídica. Muitas cortes brasileiras afirmam que a união estável não pode ser interpretada apenas como uma criação estatal: as normas jurídicas apenas disciplinam uma instituição cujos pressupostos transcendem o poder regulador do Estado. Isso significa que a classificação da união estável como uma união entre um homem e uma mulher fundada na procriação decorre de algo que está inscrito na própria realidade natural. Tal processo é um requisito para a reprodução social porque prescreve funções específicas para homens e mulheres dentro da estrutura familiar. Mas o estabelecimento da heterossexualidade como um requisito necessário para o acesso à união estável não pode ser caracterizado como uma simples decorrência de processos biológicos. Como toda forma de argumento ideológico que pretende mascarar a realidade para o benefício de certos grupos sociais, esse argumento desconsidera o fato de que a heterossexualidade não pode ser entendida apenas como uma orientação sexual. Ela fundamenta uma série de arranjos sociais que sustentam relações assimétricas de poder. Ao estabelecer certos papéis sexuais como dados naturais da organização social, as instituições governamentais contribuem para a reprodução de relações de poder como algo constitutivo das interações humanas. Como as funções sociais ocupadas por homens e mulheres são vistas como um elemento central da família nu-

clear, todas as outras formas alternativas de organização familiar são classificadas como algo contrário à realidade natural. A heterossexualidade deve ser pensada como uma instituição política que estabelece normas específicas para a organização do poder social, normas fundamentadas nas relações assimétricas entre homens e mulheres dentro das relações matrimoniais (JOHNSON, 2005, p. 76-100).

Eu analiso neste artigo os meios pelos quais o sistema jurídico atua como um instrumento de produção de identidades sociais, processo que tem como função principal a legitimação das relações de poder que fundamentam a ordem política de uma determinada sociedade. Trabalharei com a hipótese que o estabelecimento da heterossexualidade como requisito para o acesso à união estável não decorre de uma instância que transcende as normas jurídicas. Ele surge como consequência da construção dessa expressão da sexualidade humana como uma forma de identidade normativa. Mais do que a regulação estatal de uma realidade natural, a heterossexualidade é uma construção social, fruto de uma configuração política na qual o discurso jurídico tem um papel fundamental. Isso significa que a construção jurídica da heterossexualidade pode ser vista como uma forma de legitimação de uma ordem social baseada no pressuposto de que as pessoas ocupam lugares naturais dentro da realidade social. O discurso jurídico cumpre assim um papel regulador das identidades no espaço público e no espaço privado ao reconhecer as uniões heterossexuais fundadas na procriação como forma de entidade familiar que merece proteção estatal privilegiada. Ao instituir essa forma de união matrimonial como merecedora da proteção estatal especial, muitos tribunais brasileiros rejeitam a possibilidade do reconhecimento jurídico de formas alternativas de organização familiar. Essa estratégia tem como finalidade a reprodução do poder patriarcal ao preservar a noção de família

como um espaço fundado na divisão de papéis sexuais e na hierarquia entre os sexos. A institucionalização da heterossexualidade como requisito para o acesso à instituição da união estável e a exaltação da superioridade moral das uniões fundadas na procriação permitem a reprodução do poder patriarcal pelo reforço dos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres dentro dos relacionamentos heterossexuais. Partiremos do pressuposto de que as noções de heterossexualidade e homossexualidade são categorias historicamente construídas a partir de uma dinâmica de relações de poder que procuram legitimar certas formas de organização social. Argumentaremos que a dicotomia entre homossexualidade e heterossexualidade não decorre de uma realidade natural, mas sim de um processo de oposição social presente em certas configurações sociais historicamente situadas.

Demonstraremos na primeira parte deste artigo que a categoria de sujeito de direito pressupõe a heterossexualidade como uma forma de identidade universal. A associação entre heterossexualidade e direitos individuais permitiu a identificação da mesma como um pressuposto fundamental da identidade humana na esfera pública e na esfera privada. Analisaremos na parte seguinte os diversos processos culturais responsáveis pela construção social da heterossexualidade como forma de identidade pessoal compulsória. Teremos oportunidade de observar posteriormente que a exclusão dos casais homossexuais da união estável decorre principalmente do fato de que homens e mulheres homossexuais violam normas culturais de gênero. Investigaremos na última parte deste artigo as estratégias ideológicas utilizadas pelos nossos tribunais na construção da heterossexualidade como uma instituição política responsável pela reprodução da família patriarcal.

A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas constitui um campo de estudo privilegiado para a análise da

construção jurídica da heterossexualidade. Uma questão de grande importância impulsiona a jurisprudência sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo: a possibilidade do reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares. Esse tema está sempre presente nas decisões jurídicas que tratam dos pedidos de reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, nos acórdãos discutindo o problema da competência para julgamento dos problemas relacionados com as uniões homoafetivas, como também nas demandas de extensão de direitos previdenciários aos companheiros de funcionários públicos homossexuais. A análise das razões utilizadas pelos nossos tribunais para responder a cada uma dessas questões nos permitirá demonstrar como esses órgãos julgadores constroem a heterossexualidade em oposição à homossexualidade.

2. A construção da categoria de sujeito de direito como um sujeito heterossexual

A formação da imagem do indivíduo como uma entidade metafísica permite a construção de uma representação genérica dos seres humanos como entes racionais que possuem direitos e obrigações. Essa compreensão do homem como um ser moral racional abre espaço para o reconhecimento de uma característica comum a todos os seres humanos, pois a noção de direito como uma faculdade pessoal permite a extensão de *status* jurídico a todas as pessoas. A formulação de uma subjetividade jurídica fundada na ideia do homem como um ser racional torna possível a construção de uma organização social fundada em normas que expressam a racionalidade humana (AMATO, 1990, p. 51-67). Compreendido como um indivíduo racional capaz de estabelecer a sua própria norma de conduta, o homem passa a ser visto como uma premissa fundamental do pensamento político e jurídico. Os autores

que procuravam encontrar um novo fundamento para a organização social passaram a fazer referência à essa representação dos seres humanos como ponto de partida para a construção de uma sociedade democrática. Esses autores partiram do pressuposto que a construção de uma sociedade baseada em leis universais e abstratas é possível em função da identidade comum de todos os seres humanos como cidadãos. A faculdade racional de todos os indivíduos permite que eles desenvolvam uma consciência moral universal, o que os torna capazes de instituir uma organização social baseada em leis que expressam a própria racionalidade humana (HEARSCHER, 1993, p. 18-27). O *status* comum de todos os seres humanos engendra uma identidade de direitos e a rejeição de quaisquer privilégios em nome de um princípio geral da igualdade entre todos eles. Como todas as pessoas têm os mesmos direitos, eles devem ser igualmente tratados; quaisquer formas de tratamento arbitrário violam o princípio da igual dignidade dos seres humanos. Essa ideologia individualista toma a identidade comum de todos os cidadãos como um elemento central para a universalização dos direitos fundamentais, processo que requer a homogeneização social a partir da compreensão dos indivíduos como entes abstratos representados pela figura do sujeito de direito. A ideologia liberal está fundada na negação de que as diferenças de *status* social possam ter qualquer relevância jurídica. O reconhecimento dessas diferenças não tem lugar na instauração de uma sociedade que almeja a uniformização do tratamento jurídico entre as pessoas. Estabelece-se assim uma correlação direta entre direitos fundamentais e o princípio democrático. Os direitos fundamentais só podem existir dentro de uma sociedade pautada pela igualdade política e jurídica entre os indivíduos. O ideal universalista, assentado na noção de identidade comum entre todos os indivíduos, toma como ponto de partida a regra de direito que

governa a comunidade política, o que possibilita a instauração do indivíduo racional como centro do universo político e jurídico (ATTAL-GALLY, 2003, p. 6).

Apesar da formulação da noção de sujeito de direito como uma categoria abstrata, inúmeros processos históricos foram responsáveis pela identificação da mesma com grupos sociais específicos. De acordo com o pensamento liberal clássico, o Direito não tem nenhum papel na construção da identidade dos indivíduos; eles podem desenvolver as suas próprias concepções do que seja uma vida adequada. Mas uma análise da realidade histórica demonstra que essa asserção sempre teve uma validade bastante limitada. A categoria de sujeito de direito pressupõe uma separação da vida dos indivíduos entre a esfera pública e a esfera privada. Enquanto a esfera privada estiver fundada na premissa de que as vidas das pessoas podem ser reguladas pelas instituições estatais, elas têm liberdade para ser o que quiserem na esfera privada. Parte-se do pressuposto de que os indivíduos são sujeitos autônomos e que as normas jurídicas são produtos da vontade racional dos indivíduos considerados como seres igualmente livres. Mas a noção de sujeito de direito sempre esteve associada a um grupo social específico, únicos indivíduos que tinham a possibilidade de atuar autonomamente na esfera pública e na esfera privada: o homem heterossexual. A identificação de diversas categorias de direitos com esse grupo social acontece principalmente em função da restrição de direitos de certas classes de indivíduos.⁷ O

⁷ Alguns casos da jurisprudência norte-americana demonstram de maneira bastante clara como a noção de cidadania estava claramente associada ao homem branco proprietário. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu no famoso caso *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. (19 How.) 393, 1857) que os negros não podiam ter acesso ao sistema jurídico porque eles não faziam parte da comunidade política tal como idealizada pelos fundadores da nação. O mesmo órgão julgador também institucionalizou a ideia de que as mulheres ocupam um *status* social inferior aos homens no caso *Bradwell v. Illinois* (83 U.S. 130, 1873) ao afirmar que

acesso exclusivo dos homens a direitos civis e políticos durante o constitucionalismo liberal pode ser apontado como um claro exemplo dos meios pelos quais a categoria de sujeito de direito estava identificada com esse grupo social. O conceito de autonomia pública e privada permaneceu algo estranho para as pessoas do sexo feminino porque as normas jurídicas limitavam os direitos das mulheres em ambas as esferas da existência. Elas não tinham os mesmos direitos no espaço público, como também não possuíam direitos iguais no espaço privado, uma consequência do fato de que as normas jurídicas, formuladas por homens, classificavam a mulher como legalmente dependente do pai ou do marido. Baseados na ideia de que as mulheres não eram adequadas para a participação na vida pública, os sistemas jurídicos ocidentais validaram várias normas culturais que institucionalizaram o espaço público como um espaço masculino (NAFFINE; OWENS, 1997, p. 7-8). O privilégio dos homens no espaço público e no espaço privado demonstra que a noção moderna de sujeito de direito surge como uma categoria que identifica o gênero masculino como parâmetro para a plena cidadania (NAFFINE, 1995, p. 24-27).

Se os processos históricos responsáveis pela expansão da autonomia na esfera pública e na esfera privada concorreram para a conquista da igualdade formal das mulheres no mundo contemporâneo, a igualdade entre homossexuais e heterossexuais ainda continua longe de ser plenamente alcançada. Isso se deve ao fato de que a noção de sujeito de direito ainda continua sendo uma categoria claramente identificada com a heterossexualidade. A dicotomia entre a homossexualidade e a heterossexualidade também está estruturada a partir da dialética entre o espaço público e o espaço privado. A construção da hierarquia entre essas duas formas de orientação sexual pode ser observada quando levamos em

elas não são capacitadas para desempenhar atividades da vida pública.

consideração o fato de que muitas normas jurídicas estão fundamentadas na premissa de que todas as pessoas são heterossexuais. Leis que regulavam a sexualidade humana nos diferentes âmbitos da vida social procuravam reiterar os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres, criando assim a homossexualidade como uma forma de comportamento contrário à ordem social (ESKRIDGE, 2002, p. 13-98). A exclusão da homossexualidade do espaço público e do espaço privado demonstra que o sistema jurídico constitui a heterossexualidade como uma forma de identidade universal em ambas as dimensões das vidas dos indivíduos. Essas considerações sugerem que a distinção entre a esfera pública e a esfera privada tem uma conotação claramente sexual. Ela serve para definir os lugares ocupados por homens e mulheres dentro da estrutura familiar. A família aparece aqui como uma unidade social formada pelo casal heterossexual e os seus filhos, instituição que tem como função principal a socialização das crianças e estabilização emocional de adultos. A estrutura das nossas sociedades complexas estabelece uma separação crescente do espaço público e do espaço privado e a consequente divisão do trabalho entre os gêneros. Enquanto o espaço público é o campo de ação do homem, ator responsável pelo sustento da família, a esfera privada é o espaço privilegiado da mulher, cônjuge responsável pelos serviços domésticos e pela criação dos filhos (PARSONS; BALES, 1955, p. 23). O espaço privado representa o espaço da tolerância máxima para homens e mulheres homossexuais, uma vez que o exercício dessa forma de orientação sexual deve permanecer como algo restrito à vida íntima dos indivíduos. Apenas a heterossexualidade pode ter expressão no espaço público porque as uniões heterossexuais são vistas como o fundamento da unidade social. Enquanto a esfera privada representa a opressão de homens e mulheres homossexuais, a esfera pública é construída como espaço de livre

expressão de homens e mulheres heterossexuais (RICHARDSON, 1996, p. 15).

A construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa acontece principalmente em função do estabelecimento de um contrato heterossexual. Se o contratualismo parte do pressuposto de que a ordem social é criada a partir do acordo entre indivíduos racionais sobre princípios básicos de organização política, o contrato heterossexual está fundamentado na premissa de que a heterossexualidade é uma forma de identidade que deve regular todas as relações sociais. O contrato heterossexual expressa assim um entendimento entre os indivíduos de que a heterossexualidade é um princípio básico da ordem social. Esse pressuposto encontra expressão na institucionalização dessa norma por meio das regras jurídicas que reproduzem o ideário heterossexual (WITTIG, 1992, p. 37-43). O contrato heterossexual está fundamentado nas dicotomias entre homem e mulher e entre heterossexualidade e homossexualidade. Esses termos não designam categorias naturais, mas são construídos em função da oposição de uma em relação à outra. A cultura heterossexual está fundamentada na premissa de que as pessoas são necessariamente homens ou mulheres, o que implica a existência de qualidades naturalmente associadas a elas em função do gênero. O contrato heterossexual também está baseado na oposição entre heterossexualidade e homossexualidade, sendo que a primeira adquire o sentido social de normalidade em oposição à construção da segunda como uma anormalidade (MASON, 1995, p. 73-76). Mas esses processos sociais são mascarados pelo discurso jurídico ao assumir a ideia de que os sexos são um dado natural anterior à regulação legal. O contrato heterossexual transforma uma construção social em uma realidade natural, legitimando, assim, uma ordem social fundada na heterossexualidade (DAVIES, 1997, p. 31-32). A heterossexualidade deve então ser entendida como um sistema po-

lítico que estabelece uma série de funções sociais que vão muito além da questão da atração sexual. Esse parâmetro de organização social serve como um princípio que justifica os lugares sociais ocupados por homens e mulheres em várias instâncias sociais, sendo que todos eles estão fundamentados na divisão de papéis sociais entre homens e mulheres na esfera pública e na esfera privada (VANEVERY, 1996, p. 48). A heterossexualidade, sendo uma instituição política, pressupõe a existência do gênero masculino e do gênero feminino, como também a atribuição de certos papéis inerentes ao homem e à mulher. Essas funções reproduzem uma estrutura de dominação social que permite aos homens obter benefícios de ordem sexual e econômica das mulheres. A naturalização da heterossexualidade permite a exploração econômica das mulheres em função do esquecimento do fato de que o trabalho doméstico não remunerado das esposas constitui uma tarefa de caráter econômico que contribui diretamente para o bem-estar masculino.⁸

⁸ O entendimento de que o trabalho doméstico tem um caráter eminentemente econômico tem sido esposado por vários tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, TAMG, AC nº 9.036, Relator: Leal da Paixão, RF/76, 24.04.1938 (reconhecendo a natureza econômica dos serviços domésticos e afirmando que eles têm especial importância na construção do patrimônio comum); TAMG, AC nº 10.203, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Newton Cruz, RT/124, 30.05.1940 (afirmando que a mulher tem direito à compensação por serviços prestados mesmo que esteja casada com o homem que se beneficia dos mesmos); TJSP, AC nº 58.715, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Frederico Roberto, RT 242, 27.05.1952 (argumentando que os serviços domésticos têm uma natureza econômica intrínseca e que eles constituem uma contribuição econômica para os seus beneficiários); STF, RE nº 70.271, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Aliomar Baleeiro, RTJ 66/765, 11.05.1973 (conferindo direito à compensação financeira a uma mulher que viveu em uma união livre e honesta com um homem por mais de vinte anos); TJPR, Apelação Cível nº 1.591, Relator: Ronald Accioly, 14.10.1981 (afirmando decisão de primeira instância que reconheceu o direito de uma concubina de receber parte do patrimônio deixado pelo seu companheiro porque ela contribuiu para a formação desse patrimônio por meio dos serviços domésticos).

A construção da heterossexualidade como um dado natural da realidade social serve para ofuscar o fato de que a identidade sexual é o produto da interação entre experiências pessoais e sentidos sociais. Como tivemos oportunidade de observar anteriormente, a heterossexualidade pode ser classificada como uma categoria social baseada na divisão entre os gêneros masculino e feminino. O gênero é uma construção social que sustenta uma série de práticas sociais e institucionais responsáveis pela criação de relações assimétricas de poder entre homens e mulheres. A naturalização das funções sociais atribuídas a homens e mulheres contribui para a formação dessa relação de subordinação entre os gêneros. Devemos observar que a divisão de gêneros possibilita a construção da identidade feminina e da masculina uma em relação à outra. A identidade social das mulheres é definida em termos do desejo sexual pelo sexo masculino, pela construção da maternidade como um destino natural e pela dependência econômica e psicológica em relação aos homens. Por outro lado, a identidade masculina é construída em função da dominação do sexo feminino, dominação fundada na disposição sexual e econômica das mulheres. Parte-se do pressuposto de que a diferença entre os sexos reflete processos biológicos que dão suporte à certos comportamentos naturais de homens e mulheres (RICHARDSON, 1996, p. 20). A construção da sexualidade como um processo biológico tem então uma função política: ao mesmo tempo que a construção social da heterossexualidade justifica relações assimétricas de poder entre homens e mulheres, ela também cria as condições para a exclusão das relações homossexuais da proteção jurídica oferecida aos casais heterossexuais. Esse processo está por trás do raciocínio jurídico que estabelece a procriação como o objetivo central das relações matrimoniais: a identidade heterossexual compulsória serve como uma justificativa para a atribuição do papel de reprodução

social às mulheres, uma vez que o discurso jurídico constrói essa função como o seu lugar natural (WITTIG, 1992, p. 4-6). A institucionalização da heterossexualidade como uma categoria de organização social serve então para fundamentar ideia de que as relações entre sexos opostos constituem o fundamento da organização social. O casal heterossexual representa, assim, um princípio de unidade social que delimita o acesso de outros grupos a quaisquer categorias de direitos relacionados à sexualidade. Tal processo permite a perpetuação da heterossexualidade como uma identidade individual natural e também reforça a percepção de que o mundo social deve ser visto como naturalmente heterossexual (RICHARDSON, 2001, p. 20)

A regulação das relações sociais por meio da construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa é um processo característico do patriarcalismo que caracteriza as sociedades humanas. Muitos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres reforçam uma estrutura social fundada na dominação das mulheres, origem do sexismo característico que permeia o nosso universo cultural. Culturas patriarcais reforçam constantemente papéis sociais fundamentados em relações assimétricas de poder. Mulheres são constantemente discriminadas porque desafiam papéis sociais baseados no pressuposto da dependência feminina em diferentes instâncias. Essa dependência criada por práticas discriminatórias e por normas culturais serve como justificção para o sentimento de superioridade masculina, reforçando a ideia de que as mulheres devem ocupar naturalmente certas funções sociais. O sexismo serve para justificar a dominação masculina ao perpetuar a ideia de que as mulheres devem procurar sempre a companhia masculina e comportar segundo as expectativas sociais criadas pelos homens. Vemos então que a construção da heterossexualidade como uma identidade universal constitui um elemento central do patriarcalismo, ideologia

social que concorre para a subordinação social das mulheres ao criar normas culturais que reproduzem o sexismo (PHARR, 1988, p. 8-14). O privilégio atribuído aos relacionamentos heterossexuais como o fundamento da estrutura social reforça a ideia de que a heterossexualidade é um parâmetro fundamental para as relações interpessoais em função da atribuição de papéis específicos para homens e mulheres. Essa premissa serve para fundamentar a percepção social da heterossexualidade como uma forma de identidade necessária, universal e natural. Como um princípio organizador da estrutura social, a heterossexualidade também organiza a identidade dos indivíduos que devem apresentar-se socialmente a partir das características socialmente atribuídas aos gêneros (RICHARDSON, 1996, p. 3-4).

3. Homossexualidade e normas sociais de gênero

A classificação da homossexualidade como um comportamento desviante nos campos da Psicologia, da Sociologia e do Direito está fundamentada no pressuposto de que homossexuais violam normas culturais de gênero. Podemos afirmar que a condenação cultural da homossexualidade decorre do fato de que homossexuais contrariam os valores culturais responsáveis pelo estabelecimento da hierarquia social entre os sexos. Devemos observar ainda que essa dicotomia entre homem e mulher funciona paralelamente a dicotomia entre heterossexualidade e homossexualidade para produzir a estigmatização do comportamento homossexual. A associação entre heterossexualidade e a masculinidade aparece como elemento central da identidade social de todos os homens, assim como a correlação entre heterossexualidade e feminilidade determina a identidade social de todas as mulheres (MASON, 1995, p. 68-71). Como consequência da correlação entre esses pares de opostos, a homossexualidade passa a

ser percebida como um desvio sexual, designando assim pessoas que não vivem de acordo com os papéis sexuais naturalmente atribuídos ao gênero. O comportamento homossexual aparece, então, como uma forma de degradação pessoal e de insubordinação social. Segundo o imaginário heterossexual, a homossexualidade masculina é vista como um comportamento degradante porque o homem equipara-se à mulher ao permitir ser penetrado por outro homem. A homossexualidade feminina é tida como uma forma de insubordinação porque tal comportamento contraria a percepção social de que a sexualidade feminina deve estar sempre subordinada ao desejo sexual masculino (KOPPELMAN, 1994, p. 235-238).

A tese segundo a qual homens e mulheres homossexuais violam os papéis sexuais comumente atribuída aos gêneros masculino e feminino pode ser apontada como uma das razões para a resistência de proteção jurídica às uniões homoafetivas. Essas uniões desafiam a noção de que características como dominação e subordinação estão naturalmente associadas aos sexos dos cônjuges. As uniões homossexuais rejeitam implicitamente práticas sociais associadas à hierarquia sexual, criando assim uma grande ansiedade cultural em relação ao reconhecimento jurídico desses relacionamentos. Boa parte da oposição à legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo decorre de posição conservadora que compreende o casamento como uma instituição fundada em uma clara divisão de papéis sexuais. As uniões homossexuais desafiam as normas sociais que requerem a estabilidade dos papéis sexuais para a sustentação da hierarquia social entre os gêneros. O fato de que a autoridade dentro das relações homossexuais não poder ser estabelecida em função do gênero dos indivíduos causa uma grande ansiedade cultural. Os oponentes do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas também argumentam que essas uniões não podem ser reconhecidas como uniões estáveis

porque casais homossexuais não podem procriar. Esse argumento está diretamente associado à percepção de que as uniões homossexuais envolvem atividade sexual não diretamente associada com os papéis naturais associados a homens e mulheres. As uniões homossexuais são vistas como algo ainda mais perigoso do que a simples prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo porque afronta a dominação masculina dentro do casamento (LAW, 1988, p. 217-218).

Vemos então que a homofobia pode ser vista como responsável pela propagação do sexismo quando associada ao heterossexismo. O heterossexismo provoca a homofobia ao pressupor que a homossexualidade é uma norma cultural que deve regular todos os espaços da vida humana. Essas duas categorias atuam conjuntamente para criar a homossexualidade como uma forma de identidade compulsória e a família nuclear como expressão de uma estrutura social baseada na hierarquia entre os gêneros (PHARR, 1988, p. 16-17). Tais considerações levaram alguns autores a formular o argumento de que a discriminação baseada na orientação sexual dos indivíduos pode ser classificada como uma forma de discriminação sexual. A perpetuação da distinção entre papéis sexuais está na base dessa forma de discriminação que tem como objeto principal o gênero da pessoa a qual o indivíduo dirige o seu interesse sexual. Como o gênero da pessoa serve como base para a atribuição de direitos em diversas áreas da vida social, a discriminação contra homens e mulheres homossexuais pode ser caracterizada como uma forma de discriminação sexual (KOPPELMAN, 1994, p. 285-287).

4. A construção jurídica da homossexualidade na jurisprudência brasileira

As considerações desenvolvidas nos parágrafos anteriores demonstram que o tratamento discriminatório contra os

casais homossexuais cumpre uma função bastante clara: a manutenção da família como uma entidade exclusivamente heterossexual fundada na hierarquia sexual entre homens e mulheres. O argumento de que a diversidade de sexos constitui um aspecto fundamental da definição da união estável pode ser apontado como um dos elementos utilizados para a institucionalização da heterossexualidade como uma identidade normativa. Esse pressuposto é constantemente articulado nas decisões judiciais sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Três temas principais estão presentes na jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas: a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, a determinação da competência judicial para resolver problemas jurídicos decorrentes das uniões homoeróticas e o problema da consideração de casais homossexuais como entidades familiares. Uma análise das decisões judiciais sobre essas uniões demonstra que os tribunais brasileiros recorrem a cinco estratégias discursivas para excluir os casais homossexuais da união estável: a) uma interpretação literal da legislação que regula essa instituição, b) a afirmação de que a proteção da família e a promoção da procriação constituem interesses estatais legítimos, c) a sexualização da identidade homossexual e a consequente caracterização da heterossexualidade como um comportamento altruísta, d) a consideração das uniões homoafetivas como relações de caráter puramente patrimonial, e) a correlação entre heterossexualidade e nação. Analisaremos nas sessões seguintes cada uma dessas estratégias.

4.1. União estável: entre tradição e definição

Apesar do consenso sobre a necessidade de proteção jurídica dos casais homossexuais, existe uma grande controvérsia sobre a forma e a extensão de tal proteção. Muitos tribunais brasileiros têm reconhe-

cido uniões homoafetivas como uniões estáveis, mas boa parte das nossas cortes afirma que o nosso ordenamento jurídico não admite tal possibilidade. Para muitos dos nossos magistrados, a ideia da união estável homossexual ou o casamento homossexual constitui uma contradição em termos porque a diversidade de sexos é parte fundamental da definição dessas duas instituições. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser apontada como um bom exemplo de como as nossas cortes empregam esse raciocínio para negar proteção jurídica aos casais homossexuais. O autor da ação interpôs um recurso para aquele Tribunal no qual requeria a reforma da decisão de primeira instância que negou o pedido de reconhecimento do longo relacionamento mantido com o seu companheiro como uma união estável. Ele argumentou que o juiz errou ao não deferir o pedido porque aquele órgão superior tem reconhecido a existência de uniões estáveis entre casais homossexuais. O órgão julgador em questão indeferiu a apelação afirmando que a legislação brasileira define a união estável como uma união entre um homem e uma mulher, o que impede o acesso dos casais homossexuais a essa instituição.⁹ O desembargador afirmou que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis enfrenta um obstáculo intransponível: a caracterização da diversidade de sexos como um elemento central da definição legal dessa instituição. Como a diversidade de sexos é uma condição fundamental para a procriação, a exclusão dos casais homossexuais da união estável não constitui uma violação da igualdade.¹⁰ Alegando haver

⁹ TJRS, AC nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27.04.2005.

¹⁰ Ver, nesse mesmo sentido, STJ, Recurso Especial nº 648.763 - RS, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Cesar Asfor Rocha, DJ 16/04/2007 (negando a possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas como uniões estáveis porque essa instituição é legalmente definida como uma união entre um homem

uma relação racional entre o tratamento diferenciado dos casais homossexuais e o interesse estatal em promover a procriação, o desembargador asseverou que a legislação brasileira não discrimina os casais homossexuais. Eles simplesmente não podem ter acesso a essa instituição na forma como ela está legalmente definida porque não podem procriar. A legislação simplesmente reflete a realidade biológica de que casais formados por pessoas do mesmo sexo não podem reproduzir.¹¹

e uma mulher); TJDF, Conflito de Competência nº 2004.00.02.001313, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Sandra de Santis, DJU 01/06/2004 (afirmando que a definição legal da união estável impede a analogia entre uniões homossexuais e heterossexuais); TJMG, Apelação Cível nº 1.000.00.245373-6/00(1), Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível, Relator: Aluizio Quintão, 03/10/2002 (indeferindo recurso sob o argumento de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo é algo estranho ao direito de família tendo em vista a definição legislativa dessa instituição); TJPR, Apelação Cível nº 02144205-8, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Salvatore Antônio Astuti, 12/04/2005 (dizendo ser impossível equiparar uniões homossexuais a uniões heterossexuais em função da definição legal da união estável); TJSE, Conflito de Competência nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21/03/2007 (afirmando que, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, o conceito de união estável pressupõe a diversidade de sexos, o que distingue as uniões homossexuais das uniões heterossexuais)

¹¹ Muitos tribunais brasileiros fazem referência ao princípio da diversidade de sexos como elemento fundamental da definição da união estável para classificar o pedido de reconhecimento das uniões homoafetivas como um pedido jurídico impossível. Ver, por exemplo, TJSC Apelação Cível nº 2007.032992-5, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Rita, 18/03/2008 (classificando o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis como um pedido jurídico impossível porque essa instituição pressupõe a possibilidade de procriação); TJRJ, Apelação Cível nº 7355/98, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ademir Paulo Pimentel, 23.03.2001 (argumentando que a definição legal da união estável torna o pedido de reconhecimento da união entre pessoas como união estável uma impossibilidade jurídica); TJSP, Apelação Cível nº 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª Câmara; Relator: Alberto Zvirbis, 05/10/2006 (afirmando ser impossível o pedido de reconhecimento de uma união homoafetiva como uma união estável porque “o Estado estende a proteção à união estável entre o homem

O argumento da definição geralmente utilizado pelos nossos tribunais encontra grande aceitação dentro do mundo jurídico porque faz referência às normas legais que definem a instituição estável.¹² Mas o que nos interessa aqui é a retórica utilizada pelos tribunais para afastar a possibilidade de uma interpretação expansiva da norma que regula a união estável. Esse argumento tem uma natureza claramente circular: a definição da união estável pressupõe a diversidade de sexos porque todas as uniões adultas sancionadas pelo Estado pressupõem a diversidade de sexos. O argumento da tradição aparece como um corolário necessário do argumento da definição: as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque as uniões matrimoniais estiveram fundadas na diversidade de sexos desde tempos imemoriais. Esses dois argumentos cumprem duas funções importantes: a instituição da heterossexualidade como um requisito lógico da união estável e a exclusão da possibilidade do reconhecimento de outras formas alternativas de organização familiar. A utilização dessas duas teses jurídicas serve para justificar a preservação da união estável como uma instituição inerentemente heterossexual pela referência aos princípios do direito natural. Nossos tribunais afirmam que a diversidade de sexos surge como um dado natural da ordem social porque decorre da vontade de Deus. O reconhecimento das uniões homoafetivas deve ser afastado porque tais uniões contrariam a ordem natural instituída pelo Criador.¹³

e a mulher, mas não deixa de estimular o casamento sem olvidar de equipará-la à entidade familiar, sendo inconstitucional qualquer projeto que vise equiparar à entidade familiar à união de lésbicas e pederastas”); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.537121-8/002(1), Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível, Relator: Domingos Coelho, 08/07/2006 (afirmando que o reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável constitui caso de impossibilidade jurídica porque tais uniões não constituem entidades familiares).

¹² Para uma análise minuciosa desse argumento ver Adilson José Moreira (2010, p. 330-340).

¹³ Ver, por exemplo, TJRS, Apelação Cível nº 70009791351, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator:

Os argumentos da definição e da tradição servem também para excluir evidências históricas da existência de formas alternativas de organização familiar. Muitos tribunais brasileiros utilizam uma narrativa histórica de caráter linear, como se o sentido das instituições sociais não tivesse sofrido nenhuma variação ao longo do desenvolvimento da cultura humana. Vários estudos recentes revelam que o casamento sempre teve funções sociais diversas. Uniões homoafetivas eram socialmente reconhecidas em várias civilizações humanas, sendo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo existiu em muitas delas. Os relacionamentos entre homens foram mais valorizados do que as uniões heterossexuais, forma de relacionamento que tinha apenas a função de manter a propriedade dentro da mesma família. Outros grupos humanos não conheceram uma estrita correspondência entre papéis sociais e o sexo morfológico, o que possibilitou a sanção do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Enquanto algumas culturas conheciam a existência de um terceiro sexo, outras sociedades sancionavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo como um estágio preliminar para o casamento entre um homem e uma mulher. Outras culturas efetivamente reconheciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que um dos parceiros ocupava o papel social geralmente atribuído a pessoas do sexo oposto (MOREIRA, 2010, p. 273-305). Essa variedade de concepções de papéis sexuais

Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 10/11/2004 (definindo a família como um fenômeno natural que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social tendo origem nos textos religiosos); TJMG, Apelação Cível nº 56.899, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Paulo Tinoco, RT 572/189, 16/11/1982 (alegando que o acasalamento de seres humanos do mesmo sexo contraria os mandamentos do direito natural); TJPB, Apelação Cível nº 2000.2004.0187140-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: João Machado de Souza, 18/04/2006 (definindo o casamento como a comunhão de um homem e uma mulher que se associam para toda a vida em uma comunhão do direito humano e do direito divino).

em diferentes culturas humanas demonstra que a instituição da diversidade de sexos como um requisito para o acesso à união estável não decorre apenas de uma realidade natural. Essa regra representa uma forma de configuração familiar baseada em uma cultura patriarcal, sendo que esses papéis decorrem supostamente da constituição biológica dos sexos. Percebemos então que o recurso ao direito natural procura atingir dois objetivos específicos: impedir que casais homossexuais sejam reconhecidos como entidades familiares e a manutenção de uma ordem social baseada na hierarquia sexual entre o homem e a mulher.¹⁴

4.2. *A proteção da família: uma prioridade estatal*

A premissa de que a diversidade de sexos é um elemento central da definição da união estável está diretamente relacionada com outro argumento constantemente utilizado pelos tribunais brasileiros: a ideia de que a união estável pretende proteger a instituição familiar. Os pretórios brasileiros asseveram que as normas legais têm como objetivo a proteção da família e não os relacionamentos adultos, sejam eles homossexuais ou heterossexuais. Esse

¹⁴ Vários tribunais brasileiros argumentam que a institucionalização da heterossexualidade como forma de identidade necessária para o acesso a direitos matrimoniais contradiz princípios fundamentais da nossa ordem constitucional. Ver nesse sentido STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3300, MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ, 09/02/2006 (afirmando que o sistema jurídico brasileiro está fundamentado nos princípios da dignidade humana e no pluralismo social, o que impede a restrição de direitos matrimoniais aos casais heterossexuais); TJRS, Apelação Cível nº 70001338892, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 14/03/2001 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável sob o argumento de que a construção da noção de sujeito de direito como necessariamente heterossexual viola o princípio constitucional da igualdade); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo).

entendimento está claramente articulado em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵ Um casal homossexual formado por duas mulheres requereu a homologação de dissolução de sociedade estável e afetiva cumulada com partilha de bens e guarda. A juíza da vara de família declarou a sua incompetência para conhecer e decidir o caso, sustentando que as uniões homoafetivas devem ser equiparadas a uma sociedade civil regida pelas disposições do direito obrigacional. Por outro lado, a juíza da vara cível argumentou que as uniões homoafetivas equiparam-se às uniões heterossexuais, devendo o feito processar-se perante uma vara de família. O Tribunal estadual afirmou que as varas de família têm competência para julgar esses casos. O Procurador-Geral de Justiça interpôs um recurso especial alegando que o pedido pretendia o reconhecimento e a posterior dissolução de uma união homoafetiva com contornos familiares. O relator do caso, Ministro Fernando Gonçalves, afirmou logo no início do acórdão que o texto constitucional reconhece apenas a união estável entre um homem e uma mulher como uma entidade familiar. Esse entendimento orientou o legislador a adotar a mesma definição na legislação infraconstitucional que regula a instituição da união estável. O magistrado argumentou que a diversidade de sexos é a primeira condição para a existência da união estável porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, os papéis de marido e esposa. Da mesma forma, um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo não podem cumprir as funções de pai e mãe perante eventuais filhos. Os problemas jurídicos que emergem das relações homoafetivas não podem ser regulados pelo direito de família porque esse campo jurídico, argumentou o magistrado, regula os direitos e deveres decorrentes da constituição e dissolução da família formada pelas relações

¹⁵ STJ, REsp. nº 502.995-RN, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Fernando Gonçalves, DJ 16.05.2005.

matrimoniais e concubinárias entre pessoas de sexos opostos. Isso significa que as varas de família não podem apreciar os problemas decorrentes das uniões homoafetivas porque elas não podem ser classificadas como entidades familiares. Como elas não encontram respaldo no direito de família, as relações homoafetivas só geram direitos obrigacionais. Sendo assim, a questão familiar está ausente porque não existe uma união que possa ser regulada pelo direito de família.¹⁶

Os tribunais que recorrem ao argumento da família e da procriação legitimam o pacto heterossexual ao instituir a família fundada na atribuição específica de papéis sexuais a homens e mulheres como uma realidade natural. Ao afirmar que casais homossexuais não podem assumir os papéis de pais e mães perante os seus filhos, o ministro relator reproduz uma compreensão da ordem social baseada na família nuclear heterossexual como uma realidade natural. As uniões homoafetivas contradizem a norma cultural segundo a qual a paternidade e a maternidade são destinos naturais de homens e mulheres porque elas subvertem os princípios da família patriarcal. Percebemos também que

¹⁶ Ver nesse sentido TJDF, Conflito de Competência nº 291471, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007 (afirmando que a família fundada na união do homem e da mulher constitui a base da sociedade); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.537121-8/002(1), Órgão Julgador: Domingos Coelho, 24/05/2006 (afirmando que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo constitui hipótese de impossibilidade jurídica do pedido porque a legislação brasileira estabelece a diversidade de sexos como um elemento essencial da definição da união estável); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 15/01/2007 (demonstrando que a noção de família permaneceu imutável ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro); TJSC, Apelação Cível nº 2006.035584-8, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Civil, Relator: Fernando Carioni, 28/11/2006 (afirmando que uniões homossexuais não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque dois homens ou duas mulheres não podem assumir os papéis de mãe e pai perante os filhos).

a defesa de uma estrutura familiar fundada na clara delimitação de funções ocupadas por homens e mulheres também procura reproduzir a própria identidade heterossexual: apenas uma família na qual pessoas de ambos os sexos ocupam lugares sociais claramente delimitados podem produzir pessoas que serão heterossexuais. O magistrado sugere claramente que filhos criados por casais homossexuais provavelmente serão homossexuais quando adultos porque foram criados em um lar no qual os papéis de homem e mulher estavam ausentes. Mais do que uma consideração sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, esse acórdão pode ser caracterizado como uma prescrição de como as uniões heterossexuais devem ser constituídas: homens e mulheres devem ocupar papéis bastante específicos dentro da união matrimonial para que a família possa constituir assim um espaço adequado para a criação de filhos que serão adultos heterossexuais.¹⁷

¹⁷ Ver nesse sentido TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (argumentando que a família é um fenômeno natural cuja caracterização precede a sua regulação legal e que o casal monogâmico heterossexual monogâmico é o melhor ambiente para a criação de filhos); TJSC, Agravo de Instrumento nº 2006.04587-2, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil, Relator: Manzoni Ferreira, 06/09/2007 (afirmando que a união estável homossexual não pode existir nem pelo casamento, nem pela união estável porque esses relacionamentos não têm como objetivo a constituição da família, função que o legislador conferiu aos casais formados por um homem e por uma mulher); TJRJ, Apelação Cível nº 10.704/2000, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relator: Antônio Eduardo F. Duarte, 07/10/2000 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável porque apenas a família formada pelo casal heterossexual merece proteção estatal porque pode promover a procriação); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (classificando a família como um grupo social que tem a função de constituir a prole, sendo um lugar privilegiado para a criação de futuros cidadãos. Esse grupo social constituído pelo homem, a mulher e a prole constitui a base da sociedade brasileira).

Esse acórdão demonstra claramente que as uniões homoafetivas são culturalmente condenadas porque elas desafiam noções tradicionais de papéis sexuais, uma vez que elas desarticulam a noção de que certos traços culturais são características naturais de homens e mulheres. Os relacionamentos homossexuais são vistos como uma subversão da ideia tradicional de família como uma instituição baseada na hierarquia entre os sexos. A concepção de família defendida por esses tribunais reproduz uma cultura fortemente marcada pelo patriarcalismo. Verificamos que as sociedades ocidentais adotaram uma forma de moral sexual baseada na ideia de que apenas a atividade sexual que leva à procriação pode ser classificada como legítima. Essa premissa serviu como base para a construção de uma moral sexual construída em torno do pressuposto de que apenas as atividades sexuais dentro do casamento são moralmente adequadas. Paralelamente à elevação da procriação como objetivo do casamento, surgiu também a construção de lugares sociais próprios para homens e mulheres. Esses pressupostos foram incorporados pelo sistema jurídico, servindo como parâmetro para controlar a vida sexual dos indivíduos dentro do espaço público e do espaço privado. Mais do que isso, o controle social da sexualidade pelas normas jurídicas serve também para reforçar a dicotomia sexual entre os sexos (LAW, 1988, p. 197-201).

4.3. *A sexualização da identidade homossexual*

A análise da jurisprudência sobre as uniões homoafetivas demonstra também que os tribunais adotam ainda uma estratégia bastante sutil para rejeitar a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Estamos aqui diante de outro processo que tem grande importância para a construção jurídica da heterossexualidade: a caracterização da homossexualidade como um comportamento

sexual voltado apenas para a gratificação pessoal. Paralelamente à sexualização da identidade homossexual, os tribunais brasileiros classificam o comportamento sexual heterossexual como uma manifestação altruísta da sexualidade humana porque tem como objetivo a procriação. Podemos perceber como os nossos tribunais empregam essa estratégia discursiva em uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.¹⁸ A decisão trata do conflito de competência para apreciar e julgar demandas que envolvem interesses decorrentes das uniões homoafetivas. A querela jurídica foi suscitada pelo juiz de uma vara cível que entendeu não ter jurisdição para julgar um caso cuja competência para julgamento já tinha sido declinada por um juiz de uma vara de família. O tratamento jurídico da homossexualidade nessa decisão judicial tem um interesse particular para a nossa análise, principalmente em função da retórica liberal nela presente. A desembargadora reiterou diversas vezes durante o acórdão que a homossexualidade não deve ser objeto de discriminação porque o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana proíbem tratamento discriminatório contra homossexuais. A magistrada argumentou que o exercício da homossexualidade é constitucionalmente protegido por vários princípios constitucionais como a liberdade individual e a dignidade humana. Mas ela afirmou também que o texto constitucional não veda completamente a utilização da homossexualidade como tratamento diferenciado e a exclusão dos casais homossexuais da união estável pode ser citada como um exemplo. As uniões homossexuais não podem ser classificadas como uniões estáveis porque não existe nenhuma semelhança entre elas. Aquela instituição tem como função principal a formação da família por meio da constituição da prole. Uniões homossexuais não podem visar o mesmo

objetivo porque casais homossexuais não podem procriar. Apenas os casais heterossexuais podem constituir família, entidade que forma a base da sociedade. A família, asseverou a desembargadora, representa um espaço privilegiado para a transmissão de valores morais, constituindo assim um objeto especial de proteção estatal.¹⁹

O argumento apresentado pela magistrada está baseado em duas premissas. A homossexualidade é uma forma de comportamento que deve ser protegida pelo Direito porque é uma expressão da sexualidade humana que diz respeito apenas aos indivíduos que a praticam. As instituições estatais não devem intervir na vida privada desses indivíduos, nem utilizar esse critério para discriminá-los. Mas esse argumento também está fundamentado na ideia de que a homossexualidade e heterossexualidade não têm o mesmo valor aos olhos do sistema jurídico. Enquanto a homossexualidade é um comportamento sexual que não diz respeito aos órgãos estatais, sendo apenas uma questão relativa à consciência individual, a heterossexualidade tem grande interesse para o Direito porque possibilita a reprodução social. A homossexualidade é classificada como um mero ato de caráter privado, enquanto a heterossexualidade é um comportamento sexual altruísta porque possibilita a reprodução social. Se homens e mulheres homossexuais apenas congregam entre si para obter prazer sexual, homens e mulheres heterossexuais contribuem para a constituição da própria sociedade. Dessa forma, a heterossexualidade deve ter expressão no espaço público enquanto a homossexualidade deve ficar confinada ao espaço privado. Essa estratégia serve, então, para negar o valor moral das uniões entre pessoas do mesmo sexo porque apenas o sexo heterossexual pode contribuir para esse objetivo moral mais alto que é

¹⁸ TJDF, Conflito de Competência nº 2007.00.2.010432-3, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007.

¹⁹ Para uma análise exaustiva dos argumentos empregados para negar a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis ver Adilson José Moreira (2010, p. 309-375).

a reprodução social.²⁰ Vemos então que a rejeição do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas concorre ainda para a regulação da heterossexualidade também em um outro plano: a exaltação moral da família nuclear cria uma hierarquia também entre os relacionamentos entre homens e mulheres. As uniões heterossexuais que têm como objetivo a procriação são moralmente superiores às uniões heterossexuais que não estão fundadas na reprodução. A exaltação moral da heterossexualidade em relação à homossexualidade aparece como um instrumento de regulação da atividade sexual heterossexual ao instituir a paternidade e a maternidade como um destino natural de todos os homens e mulheres. Essa estratégia empregada por muitos tribunais brasileiros pode ser interpretada como uma defesa da família patriarcal ao atribuir indiretamente um menor valor social às uniões que procuram a realiza-

ção emocional e sexual de dois adultos. A recusa do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas pode ser classificada também como uma reação ao processo de privatização das relações familiares ocorrido nas últimas décadas. Os próprios casais heterossexuais procuram construir relacionamentos baseados em parâmetros distintos daqueles defendidos por vários magistrados brasileiros.²¹

4.4. Homossexualidade e espaço privado

Outra característica da jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas concorre para a construção da esfera pública como um espaço heterossexual: a caracterização das uniões homossexuais como relacionamentos de natureza meramente obrigacional. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte ilustra esse processo de forma paradigmática.²² Um

²⁰ Ver nesse sentido TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28/11/2007 (afirmando que o estabelecimento da diversidade de sexos como requisito para o acesso à união estável constitui uma simples opção do legislador, opção que não está fundada em qualquer forma de preconceito, mas apenas no fato de que apenas as relações heterossexuais podem promover o interesse estatal na procriação); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (afirmando que a Constituição Federal não protege os amantes, mas apenas a família formada pelo homem e pela mulher que têm o objetivo de reproduzir. As uniões homoafetivas podem ser consideradas apenas como sociedades de fato porque não podem ser equiparadas com as uniões heterossexuais); TJRN, Apelação Cível nº 2005.004298-6, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Santos, 07/03/2006 (reconhecendo as uniões homoafetivas como um fato social que merece proteção jurídica na forma de sociedade de fato porque a Constituição Federal considera apenas a família formada por um homem e uma mulher como passível de proteção estatal); TJSE, Comp. nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21.03.2007 (argumentando que as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis, mas que o direito reconhece o direito à orientação sexual e reconhece direitos patrimoniais decorrentes dessa união).

²¹ A caracterização da família como um projeto individual baseada no afeto e no companheirismo que não inclui necessariamente a procriação encontra ampla fundamentação na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, TRF-1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Tourinho Neto, 29/04/2004 (chamando a atenção para o fato de que o centro de gravidade das relações familiares situa-se modernamente na mútua assistência afetiva e que é plenamente possível encontrar tal núcleo entre casais homossexuais); TJRS, Apelação Cível 70005488812, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 25/06/2003 (afirmando que o princípio da dignidade humana permite que o indivíduo possa tomar decisões essenciais sobre a sua vida tais como a escolha de um parceiro íntimo); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo); TJSP, Apelação Cível nº 552.574-44-00, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado, Caetano Lacastra, 12.03.2008 (declinando a possibilidade de considerar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido porque o julgador precisa considerar os vínculos pessoais de sentimento e afeto familiar, não reduzidos a meras discussões patrimoniais).

²² Ver, por exemplo, TJRN, Apelação Cível nº 2005.004298-6, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Santos, 07/03/2006.

companheiro homossexual propôs uma ação de reconhecimento de união estável homossexual perante uma vara de família para que ele pudesse ter acesso a direitos sucessórios. O juiz de primeira instância julgou o pleito e reconheceu a existência de uma união estável entre o autor e o seu companheiro falecido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte reformou a decisão sob o argumento de que as varas de família não têm jurisdição para resolver problemas decorrentes das uniões homoafetivas. Aquele órgão julgador afirmou que toda e qualquer noção de família pressupõe a diversidade de sexos. Consequentemente, as varas de família não possuem competência para julgar o pleito porque a questão tem um caráter meramente obrigacional. A orientação sexual é uma liberdade individual que pode ser submetida a restrição de direito quando tal limitação está relacionada a um interesse estatal legítimo, argumentou o magistrado. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher pela legislação brasileira indica claramente que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis. Elas podem ser classificadas como sociedades de fato porque a diversidade de sexos não é um requisito para a regulação de relações obrigacionais.

A caracterização dos relacionamentos homoafetivos como uniões que só podem ter consequências jurídicas no plano obrigacional decorre diretamente da sexualização da identidade homossexual. Esse processo permite que os nossos tribunais regulem a liberdade privada de cidadãos homossexuais e heterossexuais de forma bastante diversa. Possíveis direitos decorrentes das uniões homoafetivas são vistos apenas como um direito de caráter individual associado à liberdade de expressão sexual. Isso significa que as instituições estatais devem permitir que as pessoas vivenciem a sua sexualidade no espaço privado apenas como uma forma de liberdade individual: os direitos das uniões homossexuais são

direitos de caráter privado e individual porque tais relacionamentos estão baseados no prazer pessoal. As uniões homossexuais não podem contribuir para o objetivo maior que é a reprodução social. A união estável pretende proteger apenas os indivíduos que fazem parte de uma união heterossexual, tipo de relacionamento que tem um valor social maior porque está baseado na criação e proteção de uma comunidade formada pelo homem, pela mulher e os filhos. A dicotomia entre esfera pública e esfera privada demonstra então como as normas jurídicas brasileiras estão baseadas na superioridade moral da sexualidade ao oferecer um grau maior de proteção às uniões heterossexuais.

A classificação das uniões homoafetivas como relações de natureza patrimonial tem duas consequências. Em primeiro lugar, essas decisões ignoram a natureza afetiva das mesmas porque elas classificam as uniões entre pessoas do mesmo sexo como relações de caráter obrigacional. Tal caracterização serve como uma justificação do tratamento diferenciado dos casais homossexuais porque a proteção e classificação de uniões de natureza obrigacional como entidades familiares não pode constituir um interesse estatal que justifique a equiparação das uniões homossexuais às relações heterossexuais.²³ O Estado não deve fazer nada

²³ Ver, por exemplo, TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (classificando a homossexualidade como uma expressão legítima da sexualidade humana, mas afirmando que as uniões homoafetivas possam ser reconhecidas como entidades familiares porque essas uniões têm um caráter privado e patrimonial); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.817915-1/001, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Silvas Vieira, 02/08/2007 (afirmando que a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, possibilidade decorrente do direito da privacidade dos indivíduos, gera repercussões apenas obrigacionais, que não adentram a seara do direito de família); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.00660, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto, 26/09/2005 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável, mas afirmando

para reconhecer as uniões homoafetivas como instituições familiares porque esses relacionamentos só podem ser entendidos como relações de caráter patrimonial. Isso significa que apenas as consequências de ordem econômica podem ser legalmente reguladas porque elas não implicam o reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como uniões conjugais.²⁴ A possibilidade de classificação das uniões homoafetivas como sociedades de fato não decorre do reconhecimento do valor social dessas uniões, mas meramente de um preceito de equidade segundo o qual uma pessoa não deve enriquecer injustamente às custas de outra. Temos aqui a construção da heterossexualidade por oposição

que o patrimônio formado durante a existência de uma sociedade de fato pode ser dividido entre as partes. O fato de as partes estarem envolvidas em uma relação íntima não tem qualquer relevância para a lide em questão porque o que interessa é a prova do interesse em formar uma sociedade baseada na comunhão do patrimônio comum); TJSP, Conflito de Competência nº 141-195-0/1-00, Órgão Julgador: Câmara Especial, Relator: Canguçu de Almeida, 09/04/2007 (afirmando que não há possibilidade de atribuição de competência às varas de família para discutir questões relativas às uniões homoafetivas porque elas têm consequências puramente econômicas).

²⁴ Ver, por exemplo, STJ, Recurso Especial nº 648.763 - RS, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Cesar Asfor Rocha, DJ 16/04/2007 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável porque essas uniões não podem ser caracterizadas como entidades familiares, restando a possibilidade de proteção jurídica na forma de sociedade de fato); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.00660, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto, 16.01.2006 (afirmando que as relações homossexuais geram apenas consequências econômicas porque elas não podem ser reconhecidas como entidades familiares); TJSP, Agravo de Instrumento nº 476.923/4-00, Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, 28/11/2006 (afirmando que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi acolhida nem pela Constituição nem pela legislação inferior em função do seu caráter puramente obrigacional); TJSE, Conflito de Competência nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21/03/2007 (argumentando que as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis, mas que o direito reconhece o direito à orientação sexual e reconhece direitos patrimoniais decorrentes dessa união).

à homossexualidade a partir da distinção entre espaço público e espaço privado. Se as uniões homoafetivas são apenas relações de caráter obrigacional, elas devem ficar restritas ao espaço privado, sendo reguladas pelas mesmas normas que tratam as relações societárias. As normas jurídicas devem proteger apenas as relações heterossexuais fundadas na procriação porque elas contribuem para o bem comum, sendo responsáveis pela sobrevivência da própria sociedade.

4.5. Heterossexualidade e nação

O processo de construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa completa-se com a correlação feita pelos tribunais brasileiros entre heterossexualidade e nação. Essa estratégia pode ser classificada como um verdadeiro catalizador dos processos analisados anteriormente. Um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ilustra de forma exemplar essa estratégia discursiva empregada pelos nossos magistrados.²⁵ O caso em questão analisa o pedido de reconhecimento de uma união homoafetiva como uma união estável. Como várias outras decisões presentes na jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas, o acórdão teve início com a afirmação de que a homossexualidade não deve ser objeto de preconceito ou discriminação. Mas esse tratamento aparentemente liberal apenas mascara a caracterização da homossexualidade como algo inferior à heterossexualidade. O magistrado afirmou que o tratamento desigual dos casos desiguais não caracteriza uma violação do princípio da igualdade. Ele chamou atenção para o fato de que nem todos os direitos da personalidade decorrentes da dignidade humana são imunes a restrições estatais. O direito à liberdade individual e à própria vida são certamente indisponíveis, mas existem direitos peri-

²⁵ TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 22/11/2007.

féricos que sempre admitem limitações. A orientação sexual é uma liberdade individual que pode ser submetida a restrições quando tal limitação está relacionada a um interesse estatal legítimo. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher por todas as constituições brasileiras promulgadas no último século indica claramente que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis. Segundo o entendimento do magistrado, o objetivo da união estável não se restringe à proteção das pessoas envolvidas em uma relação adulta, mas visa à formação de descendência e dos laços de parentesco. Esse objetivo deve ser visto como um interesse estatal legítimo porque dele depende a própria existência da nação brasileira. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher não aparece apenas como dado fundamental para a interpretação da norma que define a união estável. Uma análise do texto constitucional demonstra que a união adulta entre um homem e uma mulher pode ser vista como o fundamento de toda a estrutura social. Segundo o entendimento do desembargador, a família forma a base da nação brasileira, merecendo proteção especial das instituições estatais. A família não constitui apenas a base moral da sociedade: ela também fundamenta as suas bases econômicas. Reafirmando que a união estável pressupõe necessariamente uma união entre um homem e uma mulher, o magistrado continuou dizendo que o texto constitucional não pretende proteger as uniões amorosas sejam elas heterossexuais ou homossexuais. A Constituição Federal pretende proteger a família como uma unidade de reprodução biológica, condição essencial para a reprodução e manutenção da ordem social e da nação brasileira.²⁶

²⁶ Ver nesse mesmo sentido TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (classificando a família como uma instituição na qual o homem e a mulher se ajustam para construir um

Como dissemos no início desta sessão, o processo de construção jurídica da heterossexualidade culmina com a correlação entre a identidade heterossexual e o conceito de nação. A definição legal da união estável serve para rejeitar demandas de acesso dos casais homossexuais à união estável porque essa instituição é inerentemente heterossexual. Homossexuais não devem ter acesso a essa instituição porque eles não podem constituir uma família e essa instituição está fundamentada na possibilidade de reprodução biológica. Embora a homossexualidade não deva ser objeto de discriminação, ela é um comportamento sexual que não tem a mesma relevância social e moral da heterossexualidade, porque não contribui para a reprodução social. Apenas a união entre um homem e uma mulher deve fazer parte da esfera pública porque dela depende a reprodução e estabilidade social. Ao reconhecer a família formada pela união do homem e da mulher como a base da sociedade, o discurso jurídico estabelece uma relação necessária entre heterossexualidade e nação, estabelecendo assim a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. Os tribunais utilizam essa argumentação para afastar a ideia de que a exclusão dos casais

ambiente ideal para a reprodução social, constituindo a base da sociedade brasileira); TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (argumentando que as normas que regulam a união estável têm como objetivo principal a proteção da família e não os relacionamentos afetivos entre pessoas adultas); TJDF, Conflito de Competência nº 2007.00.2.010432-3, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007 (negando a possibilidade de equiparação das uniões homossexuais às uniões heterossexuais porque a instituição da união estável tem como função principal a proteção da instituição familiar e não os relacionamentos afetivos); TJRN, Conflito de Competência nº 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002 (afirmando que as varas de família não têm competência para julgar os problemas decorrentes das uniões homoafetivas porque as normas constitucionais reconhecem apenas a união entre o homem e a mulher fundada na procriação como objeto de proteção legal).

homossexuais da união estável constitui uma violação do princípio da igualdade. Não se pode veicular tal hipótese porque a homossexualidade e a heterossexualidade, embora expressões comuns da sexualidade humana, são moralmente e socialmente distintas.²⁷

Devemos prestar muita atenção ao fato de que esses tribunais não fazem referência a qualquer forma de união heterossexual. Os tribunais afirmam reiteradamente que as normas constitucionais não pretendem proteger uniões que têm como objetivo apenas o envolvimento emocional entre um homem e uma mulher. Eles sempre afirmam que o texto constitucional protege aquela forma de união adulta entre um homem e uma mulher que têm como objetivo a constituição da família, ou seja, a reprodução. Vemos aqui como o patriarcalismo está claramente presente no discurso dos nossos tribunais: apenas aquelas famílias fundadas na distribuição tradicional de papéis sociais devem ter especial proteção do Estado. As uniões de casais voltadas apenas para a realização pessoal não têm o mesmo valor moral daquelas entidades familiares formadas pelo pai, pela mãe e os filhos. Se a homossexualidade não tem o mesmo valor moral que a heterossexualidade porque

²⁷ Alguns tribunais brasileiros explicitamente consideram os relacionamentos homossexuais uma anormalidade, não devendo as instituições estatais conferir qualquer tipo de proteção jurídica a essas uniões. Ver, por exemplo, TJSP, Apelação Cível nº 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Alberto Zvirblis, 05.10.2006 (negando a possibilidade de extensão de direitos previdenciários a casais homossexuais sob o argumento de que qualquer projeto equiparando uniões entre lésbicas e pederastas às uniões heterossexuais são imorais); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 08/04/2008 (classificando as uniões homoafetivas como um “esquisitismo extremo que provoca a inversão de valores morais e espirituais”); TJRJ, Apelação Cível nº 1992. 001.03309, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Celso Guedes, 24/11/1992 (afirmando que o concubinato entre dois homens é um “exdruxularia” que não pode ser protegida pelo sistema jurídico).

casais homossexuais não podem procriar, as relações heterossexuais que procuram apenas a gratificação sexual ou emocional dos parceiros também não podem ser comparadas àquelas uniões heterossexuais que têm a procriação como objetivo principal. Ao afirmar que as normas constitucionais protegem apenas as uniões heterossexuais que têm como objetivo a procriação, os tribunais brasileiros legitimam uma forma de organização social baseada na rígida separação de papéis sociais entre homens e mulheres. Tal posição concorre para a reprodução do poder social masculino ao referendar uma ordem social baseada na ideia de que homens e mulheres ocupam lugares sociais naturais. Classificar a família como uma célula de reprodução social significa perpetuar uma ideia que impõe várias restrições ao exercício da sexualidade feminina porque classifica a maternidade como um destino social natural das mulheres, impondo o ônus da criação dos filhos prioritariamente a elas. Apesar da defesa do livre exercício da sexualidade defendida por esses tribunais, a sexualidade só adquire seu pleno valor moral quando ligada à reprodução. Isso significa que o livre exercício da sexualidade não deve ter o mesmo valor moral ou jurídico do que o comportamento sexual que leva à reprodução. Podemos classificar essa posição como uma reação a processos sociais responsáveis pela transformação da família presentes no mundo contemporâneo. Procura-se defender uma formação familiar fortemente patriarcal para rejeitar a possibilidade de proteção jurídica de entidades familiares alternativas.²⁸

²⁸ Inúmeros tribunais brasileiros têm recusado esse entendimento, adotando a posição de que a família não pode ser mais compreendida como uma unidade de reprodução biológica. Ver, por exemplo, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300 MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09/02/2006 (afirmando que a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher, também o convívio de pessoas do mesmo sexo ligadas por laços afetivos cabe ser reconhecido como entidade familiar);

5. Conclusão

Pudemos analisar neste artigo as diferentes estratégias utilizadas pelos nossos tribunais para estabelecer a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. A instituição da heterossexualidade como um requisito para o acesso à união estável está fundamentada na construção do sexo como um dado natural, devendo o sistema jurídico apenas regular o exercício do mesmo pelas normas que regulam os relacionamentos adultos. Os tribunais que adotam essa posição partem do pressuposto de que a sociedade está fundada na existência de papéis sexuais naturais, o que possibilita a construção ideológica da procriação como uma função natural da unidade familiar. Ao construir a heterossexualidade como uma norma social supostamente fundada em uma ordem biológica, esses órgãos julgadores necessariamente excluem as uniões homossexuais como relacionamentos legítimos. Mais do que proscrever as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol de entidades familiares, o discurso jurídico sobre a heterossexualidade permite a perpetuação de uma ordem patriarcal fundamentada na hierarquia entre os gêneros. As diferentes estratégias utilizadas pelos nossos tribunais para negar a possibilidade do reconhecimento das uniões como uniões estáveis prescrevem

TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Fernando Marques, 02/06/2004 (afirmando que o direito de família recebe o influxo do direito constitucional, sendo que o princípio da igualdade restou por fazer verdadeira faxina em discriminações que existiam no campo das relações familiares) TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24/11/1998 (afirmando que a extensão de proteção legal às relações livres decorre do reconhecimento da afetividade como elemento central das uniões matrimoniais); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo).

também uma série de parâmetros para a vivência da heterossexualidade. Se os relacionamentos homossexuais devem ser proscritos porque eles violam os papéis socialmente atribuídos a homens e mulheres, os relacionamentos heterossexuais devem ter como fundamento a procriação. A atribuição de uma superioridade moral às uniões que têm como objetivo a reprodução estabelece uma hierarquia entre relacionamentos heterossexuais e homossexuais, como também entre os relacionamentos heterossexuais. Os tribunais brasileiros instituem assim a maternidade e a paternidade como um destino natural de todos os homens e de todas as mulheres heterossexuais, processo de fundamental importância para a construção da heterossexualidade como uma identidade normativa.

Referências

- AMATO, Salvatore. *Il soggetto e il soggetto di diritto*. Torino: Giapichelli, 1990.
- ATTAL-GALY, Yael. *Droits de l'homme et categories d'individus*. Paris: L.G.D.J., 2003.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: L.G.D.J., 1980.
- ESKRIDGE, William. *Gaylaw: challenging the apartheid of the closet*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- DAVIES, Margareth. Taking the inside out: sex and gender in the legal subject. In: NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary (Ed.). *Sexing the subject of law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
- HEARSCHER. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- JOHNSON, Paul. *Love, society and heterosexuality*. Londres: Routledge, 2005.
- KATZ, Jonathan Ned. *A inveção da heterossexualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- KOPPELMAN, Andrew. Why discrimination against gays and lesbians is sex discrimination. *New York University Law Review*, v. 69, p. 197-267, 1994.

- LACHANCE, George. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1954.
- LAW, Silvia. Homosexuality and social meaning of gender. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 187-235, 1988.
- LEROY-FORGEOT. *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*. Paris: PUF, 1997.
- MASON, Gail. (Out) laws: acts of proscription in the sexual order. In: THORNTON, Margareth (Ed.). *Public and private: feminist legal debates*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.
- NAFFINE, Ngaire. Sexing the subject of law. In: THORNTON, Margareth (Ed.). *Public and private: feminist legal debates*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary. Sexing law. In: NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary (Ed.). *Sexing the subject of law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
- PARSONS, T.; BALES, R. *Family, socialization and interaction*. Glencoe: Free Press, 1955.
- PHARR, Suzanne. *Homophobia: a weapon of sexism*. Little Rock: Chardon Books, 1988.
- RICHARDS, David A. J. *Identity and the case of gay rights*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- RICHARDSON, Diane. Heterosexuality and social theory. In: RICHARDSON, Diane (Ed.). *Theorizing heterosexuality: telling it straight*. Philadelphia: Open University Press, 1996.
- _____. *Rethinking sexuality*. Londres: Sage, 2001.
- VANEVERY, Jo. Heterosexuality and domestic life. In: RICHARDSON, Diane (Ed.). *Theorizing heterosexuality: telling it straight*. Philadelphia: Open University Press, 1996.
- WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. Londres: Routledge, 2009.
- WITTIG, Monique. *The straight mind and other essays*. New York: Prentice-Hall, 1992.
- ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet du droit. *Archives de Philosophie*, Paris, v. 60, 1997.

A segunda geração do mandado de injunção

Walter Claudius Rothenburg

Sumário

1. A importância atual do mandado de injunção. 2. Uma ação, diversas interpretações. 3. Desnecessidade mas oportunidade de lei para o mandado de injunção. 4. A omissão inconstitucional e seu tratamento jurídico. 5. O sujeito passivo e a prestação do direito constitucional. 6. O projeto de lei 6.128/2009: uma proposta para ser discutida.

1. A importância atual do mandado de injunção

O mandado de injunção nunca deixou de ser importante no Direito brasileiro desde a Constituição de 1988. Contudo, se ele trazia uma expectativa alvissareira de efetividade dos “direitos e liberdades constitucionais” e das “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Constituição, art. 5^ª LXXI), o primeiro ciclo de sua história mostrou um alcance deveras contido. Aquela expectativa era fomentada especialmente pela doutrina, por meio de vários dos primeiros analistas da Constituição que acabara de vir a lume. Esse alcance contido deveu-se sobretudo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fez uma leitura inicialmente parcimoniosa do instituto.

Mencionar o papel da doutrina e da jurisprudência relativas ao mandado de injunção é sintomático por revelar uma

Walter Claudius Rothenburg é Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado pela Universidade de Paris II. Procurador Regional da República. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Professor de Direito Constitucional.

das características dessa primeira etapa: a ausência de disciplina legal para essa ação constitucional. Ante a falta de regulação em âmbito legislativo, sobrou para os doutrinadores e para o Judiciário traçar o perfil inicial do mandado de injunção.

Passadas mais de duas décadas do advento da Constituição brasileira de 1988, o mandado de injunção passa por outro ciclo. A timidez inicial é superada por uma jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal, que empresta maior alcance ao instituto e resgata aquela expectativa promissora da doutrina de primeira hora. Algumas propostas legislativas vinham sendo oferecidas e surge mais recentemente um novo projeto de lei para disciplinar o processo e julgamento do mandado de injunção, de iniciativa do Deputado Federal e jurista Flávio Dino, que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento à ação constitucional. Espera-se que a nova fase do mandado de injunção seja marcada por sua oportuna disciplina legal, juntandose o Poder Legislativo aos demais poderes para desenvolver o instituto.

Chega a parecer intencional (e paradoxal) a maldição de falta de norma regulamentadora do mandado de injunção, justamente ele – uma espécie processual para lutar contra o tempo e... “a falta de norma regulamentadora [que] torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (ROTHENBURG, 2009a, p. 387-398).

Existiam e ainda existem direitos previstos na Constituição brasileira cujo desfrute é impedido ou dificultado por falta de norma regulamentadora. É o caso do art. 7º, I, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que

preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa fez inclusive com que o Brasil incorporasse a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3/DF (relator Ministro Celso de Mello), em que se alegou a necessidade de lei complementar, tendo em vista o entendimento prevalecente no sentido de que a aprovação e promulgação da Convenção ocorreria em nível de lei ordinária¹. O Supremo Tribunal Federal deferiu liminar (em 04/09/1997) para suspender o Decreto Legislativo 68/1992 (de aprovação da Convenção OIT 158) e o Decreto 1.855/1996 (de promulgação), e, depois, deu por prejudicada a ADI (em 27/06/2001), em razão da denúncia do decreto que havia promulgado a Convenção (Idem, 2005, p. 75-77).

O art. 37, VII, da Constituição, também carece de regulamentação. Diz ele: “[A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:] o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. A exigência de interposição legislativa fora abrandada pela Emenda Constitucional 19/1998, que passou a reclamar a edição de lei simplesmente (entenda-se: lei ordinária), enquanto a redação original do dispositivo previa lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, inicialmente, a omissão constitucional, ao julgar o Mandado de Injunção 20/DF (relator Ministro Celso de Mello), em

¹ Quanto aos tratados sobre direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, para considerar o “status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil” (HC 95.967/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 28/11/2008).

19/05/1994, porém com o entendimento de que não era imediatamente exigível (não era autoaplicável) o direito de greve no serviço público, o qual dependia de lei complementar, pelo que o pedido fora deferido, mas apenas para “reconhecer a mora do Congresso Nacional... e comunicar-lhe a decisão, a fim de que tome as providências necessárias à edição” da lei complementar requerida.

A falta de lei não foi sanada e, diante da inércia do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal avançou significativamente. No Mandado de Injunção 670/ES e 708/DF (relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), bem como no Mandado de Injunção 712/PA (relator Ministro Eros Grau), todos julgados em 25/10/2007, a Corte não apenas reconheceu a mora do Congresso – tendo-lhe assinado prazo de sessenta dias para que legislasse sobre a matéria –, como fixou os parâmetros para a aplicação do direito de greve dos servidores públicos: o próprio Supremo Tribunal Federal determinou que fosse aplicada a legislação relativa à iniciativa privada (Lei 7.701/1988 – que “[d]ispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências”, e Lei 7.783/1989 – que “[d]ispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”).

O que surpreende nessa apreciação não é apenas o conteúdo “construtivo” da decisão, mas a intenção de conferir-lhe uma eficácia transcendente, com a fixação das condições objetivas de exercício do direito de greve no serviço público não somente para a situação específica que foi objeto do mandado de injunção, senão que para quaisquer outras situações semelhantes. O Ministro Gilmar Mendes recordou o que a Corte havia concluído por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 107/DF (relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 21/09/1990): “a decisão proferida em sede do controle abstrato de

normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção”. O Ministro Eros Grau foi até mais direto: “No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”. O alcance emprestado ao mandado de injunção aproxima-se da tese arrojada que o tinha como autorização a que o Supremo Tribunal Federal, em caso de omissão normativa, desempenhasse ele mesmo a função legislativa.

A concessão de aposentadoria conforme requisitos e critérios diferenciados, nos termos definidos em leis complementares, aos servidores públicos “cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, prevista no art. 40, § 4º, III, da Constituição, ensejou a propositura do Mandado de Injunção 758/DF (relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 01/07/2008), em que o Supremo Tribunal Federal novamente reconheceu a mora legislativa e determinou a aplicação da legislação existente, relativa “aos trabalhadores em geral” (Lei 8.213/1991, art. 57, § 1º) (MENDES, 2010). O Ministro Marco Aurélio enfatizou a natureza “mandamental” do mandado de injunção, “e não simplesmente declaratória de omissão”. No entanto, o relator atribuiu à ação um alcance limitado, em sentido oposto ao que ficara consignado nas decisões dos mandados de injunção antes referidos: “Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”. Assim ainda os mandados de Injunção 788/DF (relator Ministro Carlos Britto) e 795/DF (relatora Ministra Cármen Lúcia), ambos julgados em 15/04/2009.

Determina o art. 231, § 3º, da Constituição: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a

pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei". Tem-se um exemplo lamentavelmente ainda atual de carência de legislação, em que há espaço e oportunidade para o cabimento de mandados de injunção. Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.352 MC/DF (relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 02/12/2004), em que se discutia a validade de medida provisória para disciplinar uma situação específica de mineração em terra indígena – quando a espécie normativa adequada, dada a competência exclusiva do Congresso Nacional (Constituição, art. 49, XVI), é o decreto legislativo (Constituição, art. 59, VI) –, tendo a Corte entendido que não usurpa essa competência congressual, "contudo, a medida provisória que, visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação".

Podem ser citados, na história do mandado de injunção, dispositivos constitucionais cuja falta de regulamentação propiciou a propositura de mandados de injunção à época. A posterior edição da legislação pertinente ou a revogação da norma constitucional conduziram os episódios ao arquivo da memória. Vejam-se exemplos.

O art. 45, § 1º, da Constituição, estabelece que "[o] número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecida por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados". A ausência dessa

norma regulamentadora fez com que fosse impetrado o Mandado de Injunção 219/DF (relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 22/08/1990), tendo o Supremo Tribunal Federal deferido o pedido em parte, para reconhecer "a omissão em que se encontra o Congresso Nacional quanto à elaboração da Lei Complementar..., dar-lhe ciência dessa situação de mora constitucional para que supra a omissão em tempo útil". O dispositivo constitucional veio a ser regulamentado pela Lei Complementar 78/1993.

A Constituição de 1988 continha, originalmente, a curiosa prescrição do art. 192, § 3º: "As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar". Ante a ausência de interposição legislativa, veio o Mandado de Injunção 372/SP (relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 01/08/1994), que foi julgado parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal, "para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão", porém sem fixação de prazo para tanto. O dispositivo constitucional veio a ser revogado pela Emenda Constitucional 40/2003.

Mesmo que todos os dispositivos constitucionais que demandam integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência de mandados de injunção. Basta que se revele alguma incompletude na regulamentação (CLÈVE, 2000, p. 385), seja em nível legal, seja em nível infralegal. Assim, será cabível mandado de injunção para denunciar a inadequação da regulamentação existente em vista de outras, quicá novas, configurações da realidade, que frustrem

o exercício de direitos constitucionais apesar da presença de normas de integração (obsoletas) – um mandado de injunção de atualização normativa. Será cabível também mandado de injunção para possibilitar o exercício *pleno* do direito constitucional, que talvez já esteja regulamentado num primeiro e mais genérico nível (normalmente o da lei), mas ainda careça de uma regulamentação mais específica (normalmente no âmbito do regulamento) – um mandado de injunção para colmatar lacunas “de segundo grau” (ROTHENBURG, 2005, p. 65-68). Nesse passo, a utilidade do mandado de injunção tende a renovar-se, o que reforça a importância contínua de uma disciplina legal para o instituto.

Não se ignoram os limites de alcance do mandado de injunção, o qual, em princípio, não serve “quando se pretende apenas que haja uma nova legislação para fins de modificar aquela já existente, ainda que esta seja incongruente com a Constituição”, ou “quando o objetivo for o de obter do Judiciário o pronunciamento acerca do que seria a correta interpretação da legislação existente” (TAVARES, 2010, p. 1007-1008). Contudo, as insuficiências da legislação existente – reveladas pela interpretação que dela se faça em cotejo com os comandos da Constituição – podem indicar, sim, o cabimento do mandado de injunção para conferir integração normativa plena e ajustada às normas constitucionais de eficácia limitada.

Na prática, numerosos foram os mandados de injunção impetrados no Supremo Tribunal Federal nos primeiros tempos, e a demanda continua, sendo surpreendente o número de mandados de injunção ajuizados atualmente. Aponta Gilmar Ferreira Mendes: “Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 MIs (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autuou 738 MIs (dados da Secretaria Judiciária)” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 1207). Dados do Supremo Tribunal Federal mostram que, em 2007, foram protocolados 52 mandados de injunção e

distribuídos 48; em 2008, protocolados 136 e distribuídos 135; em 2009 (até o início de dezembro), protocolados 1.264 e distribuídos 1.257 (SUPREMO ..., 2009)!

Portanto, o mandado de injunção ainda é importante.

2. Uma ação, diversas interpretações

A autoridade de José Afonso da Silva chancela uma das mais fortes e promissoras perspectivas que se tinha e ainda se tem para o mandado de injunção desde a primeira hora e por muitos daqueles que elaboraram a Constituição de 1988: que a ação serve para “fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada” (SILVA, 1999, p. 450). Conforme essa opinião, o instituto é capaz de oferecer uma resposta concreta (específica), pelo que se caracteriza principalmente como um instrumento de realização de direitos (constitucionais) subjetivos. O objetivo é conferir integração normativa ao direito constitucional, de modo que se possa buscar sua efetivação prática; superar o estado de coisas designado – na lembrança feita por Pedro Lenza – “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” (LENZA, 2010, p. 816). Há os que nunca perdemos a esperança nessa virtude do mandado de injunção.

O alcance (subjetivo) do mandado de injunção dependerá, contudo, do tipo de direito e de situação em discussão. Muitas vezes, a resposta oferecida pelo mandado de injunção para a lacuna normativa implicará um tratamento uniforme para outras situações semelhantes, por força do princípio da isonomia. Isso tende a ocorrer no âmbito do Poder Público, que, a propósito, está jungido ao princípio da impessoalidade (art. 37 da Constituição). Tendo percebido isso, anota Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 379) que “o mandado de injunção consiste em instrumento de proteção de

um interesse jurídico concreto”, mas que, “na hipótese de tutela de direitos difusos a decisão no mandado de injunção será capaz de desencadear efeitos semelhantes (*erga omnes*) aos da ação de inconstitucionalidade por omissão” (CLÈVE, 2000, p. 387).

De outro lado, há os que eram céticos desde o início, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 315), a defender um alcance restrito ao mandado de injunção, que “[n]ão importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito”. O Judiciário funcionaria como órgão *oficial* de censura *formal* da omissão, cabendo-lhe – segundo uma concepção exagerada da “separação de Poderes” – comunicar o órgão que deveria editar a norma regulamentadora requerida, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”).

Ainda há os que, ciosos da efetividade das normas constitucionais, como Luís Roberto Barroso, veem no mandado de injunção um instituto prescindível, que cumpriu seu “ciclo histórico” e passou à desconfortável posição de, “quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”. Barroso sugere então a revogação do dispositivo constitucional que alude ao mandado de injunção e sua substituição por uma fórmula “mais simples, célere e prática” (de valor enfático, uma vez que, “[a] rigor técnico, nem sequer é necessária a verbalização desse comando, que decorre da lógica do sistema e já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”), qual seja, um acréscimo ao § 1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e

imediate. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito” (BARROSO, 2006, p. 130-132).

Previsão semelhante já havia sido formulada à época da Assembleia Nacional Constituinte pelo Deputado Darcy Pozza: “os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal observadas as regras de competência da lei processual” (ROSA, 2006, p. 310).

Rigorosamente, mesmo, não seria necessária a previsão de uma ação judicial própria para conferir aplicabilidade imediata, em concreto, aos direitos constitucionais. Essa via induz ao equívoco de imaginar que seria sempre necessária a previsão de um instrumento judicial especial para aplicar direitos constitucionais ante a falta de regulamentação e que, portanto, esses direitos, enquanto não regulamentados, seriam inaplicáveis. Todavia, a criação de uma ação judicial específica com tal propósito – na linha de outras ações específicas propostas na Constituição de 1988, tal o *habeas data*² – funciona como reforço (prático e simbólico) de aplicabilidade dos direitos constitucionais e deveria estimular o Judiciário a cumprir seu papel de garantidor da realização desses direitos. Ressalte-se, ademais, a nota de subsidiariedade do mandado de injunção: “Se a pretensão não puder ser satisfeita por outro meio

² Art. 5º, LXXII: “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

processual, então, sim, caberá a injunção.” (CLÈVE, 2000, p. 367).

O mandado de injunção participa da preocupação com a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, exteriorizada textualmente em diversas Constituições, de que são ilustrações a da Alemanha³, a da Espanha⁴, a de Portugal⁵, a do Uruguai⁶, a da Bolívia⁷ e a do Brasil⁸. Uma interpretação conciliatória consegue superar a aparente redundância da afirmação da pronta aplicação dos direitos fundamentais e da previsão de uma ação judicial para conferir tal imediatidade: o mandado de injunção como reforço (garantia) hábil a possibilitar a implementação judicial da eficácia plena e imediata⁹.

3. Desnecessidade mas oportunidade de lei para o mandado de injunção

Pode-se tachar de ridícula a discussão que se pretendeu travar sobre o mandado de injunção, logo que a Constituição de 1988 veio a lume, a respeito da autoaplicabilidade (eficácia jurídica plena) do art. 5º,

³ “Art. 1º, III. Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário, como direito diretamente vigente”.

⁴ “Art. 53.1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos”.

⁵ “Art. 18.1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

⁶ “Art. 332. Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da respectiva regulamentação, senão que esta será suprida recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas”.

⁷ “Art. 109.I. Todos os direitos reconhecidos na Constituição são diretamente aplicáveis e gozam de iguais garantias para sua proteção”.

⁸ “Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁹ Em sentido semelhante Sarlet (2009, p. 265-266). Com mitigação Dimoulis e Martins (2009, p. 90-93).

LXXI. Seria preciso uma lei processual que dissesse como e para que manejar a nova ação? As informações dadas pela Constituição não seriam suficientes? Teria cabimento sustentar que o instituto criado justamente para conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata a normas constitucionais veiculadoras de direitos fosse, ele próprio, destituído de autoaplicabilidade, de modo que, para viabilizá-lo ante a ausência de norma regulamentadora, seria necessário interpor um... mandado de injunção?!

Mas talvez a discussão a propósito da aplicabilidade imediata do mandado de injunção correspondesse, na verdade, a uma outra questão crucial, acerca do conteúdo (alcance) da ação, conforme noticia Fábio Lima Quintas (2009-2010). Paradoxalmente, as perspectivas invertiam-se. Quem, como o então Procurador-Geral da República Inocêncio Mártires Coelho, “antevia no mandado de injunção um futuro promissor, de assegurar ao jurisdicionado a outorga do direito subjetivo que não podia ser exercido em razão da desídia do poder regulamentador na normatização de um direito fundamental”, reconhecia, por outro lado, “o risco de desestabilizar o sempre delicado equilíbrio entre os Três Poderes” e, por isso, sustentava “que o seu manejo demandaria prévia regulamentação, a ser feita seguindo o processo legislativo, no qual o Legislativo e o Executivo seriam chamados a dar sua contribuição na conformação do instituto”.

Por sua vez, uma perspectiva mais contida, como a do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves, “que limita a eficácia do provimento do mandado de injunção à declaração da mora do poder regulamentador e ao apelo de que essa omissão seja suprida”, concluía que “essa ação constitucional poderia andar, desde logo, com as próprias pernas, sem necessidade de regulamentação”.

Sem receio de oferecer aos direitos constitucionais carecedores de regulamentação a condição jurídica de desfrute

imediatamente, tanto no âmbito do conteúdo do provimento judicial, quanto no âmbito prejudicial do próprio cabimento da ação – pois seria um contrassenso alegrar-se com as possibilidades do mandado de injunção, residentes na superação da omissão normativa, porém conter essa alegria na antecâmara da regulamentação do instituto e, assim, capitular ante uma omissão normativa preliminar –, era possível adotar uma posição de adesão integral, que aceitasse tanto a utilização imediata quanto a possibilidade de integração judicial. Dito de outro modo: era possível discordar tanto da falta de autoaplicabilidade do mandado de injunção, quanto de sua impropriedade para conceder eficácia jurídica plena aos direitos constitucionais carecedores de norma regulamentadora.

Considerarei despropositada e, a depender do propósito com que era sustentada, mal-intencionada a tese refratária à autoaplicabilidade, destinada a manter o mandado de injunção desativado pelo maior tempo possível. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal logo respondeu que o mandado de injunção é “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber” (Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF, relator Min. Moreira Alves, julgada em 23/11/1989, sobre a transferência do servidor militar para a inatividade, prevista no art. 42, § 9º, do texto original da Constituição de 1988¹⁰). Na acertada percepção de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 365), “[d]efiniu o Judiciário, porém, que um meio criado precisamente para a defesa de direitos dependentes de norma regulamentadora não poderia ficar paralisado diante da falta de norma de integração”.

¹⁰ “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”. O dispositivo foi suprimido posteriormente.

A previsão de uma ação no próprio capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, para possibilitar a eficácia plena de direitos constitucionais ante a ausência de norma regulamentadora, tem uma dupla relação com o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição, segundo o qual “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por um lado, o mandado de injunção serve para proporcionar judicialmente essa eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, pois, um veículo. Por outro lado, o próprio mandado de injunção beneficia-se dessa autoaplicabilidade, sendo, pois, objeto da norma do art. 5º, § 1º; nessa linha, Marcus Orione Gonçalves Correia (2007, p. 84) assevera que o mandado de injunção “[n]ão necessita, assim, de norma que lhe implemente os efeitos – nos termos do próprio art. 5º, § 1º, da Constituição Federal”.

Ora, se a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma instituidora do mandado de injunção decorre da própria Constituição, não há necessidade de regulamentação. É possível extrair da Constituição as principais informações a propósito do mandado de injunção: que tem por finalidade viabilizar imediatamente “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, sendo esse complexo de direitos o seu campo de incidência; que tem por sujeitos ativos, no mínimo, os titulares de tais direitos; que está na competência expressa dos órgãos judiciais indicados na Constituição (Supremo Tribunal Federal: art. 102, I, “q”, e II, “a”; Superior Tribunal de Justiça: art. 105, I, “h”; Justiça Eleitoral: art. 121, § 4º, V), sem prejuízo da competência dos demais.

Sob o prisma procedimental, também não há dificuldades de monta, pois é quase intuitiva a adoção do rito do mandado de segurança, quando certos e demonstráveis desde logo os fatos sobre os quais se assenta o pedido, tendo sido essa a conclusão da doutrina (CLÈVE, 2000, p. 365), da juris-

prudência (veja-se, no Supremo Tribunal Federal, o já referido Mandado de Injunção 107-3/DF) e da legislação (a Lei 8.038/1990, que “[i]nstitui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, dispõe, no art. 24, parágrafo único, que, “[n]o mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Se os pressupostos de liquidez e certeza não estiverem presentes, restará a via ordinária procedimento comum (Código de Processo Civil, art. 271).

Entretanto, dadas a importância e as peculiaridades do mandado de injunção, um procedimento judicial específico, conquanto não estritamente necessário, é altamente pertinente e oportuno (ROSA, 2006, p. 325). Ademais, a disciplina legal do instituto supera as incertezas, polêmicas e recalcitrâncias que, mesmo quando infundadas, acompanham o instituto. Afinal, como elucida Fábio L. Quintas, uma lei para o mandado de injunção não diz respeito apenas ao procedimento da ação: “a questão que primeiro surge na regulação do Mandado de Injunção não é o rito. O problema imediato da regulamentação do Mandado de Injunção é de jurisdição constitucional, a que se segue a discussão do melhor rito aplicável”.

Portanto, embora não seja rigorosamente necessária uma lei para a aplicação do mandado de injunção, a disciplina legal é bastante conveniente para facilitar, uniformizar e potencializar o manejo dessa ação constitucional, além de ser muito oportuna em face do amadurecimento do instituto e do número significativo de mandados de injunção ajuizados.

4. A omissão inconstitucional e seu tratamento jurídico

Constituições extensas, de pendor programático, como são as que caracterizam

o Direito contemporâneo no contexto da sociedade pós-industrial (ROTHENBURG, 2010, p. 23-25), apresentam o fenômeno da omissão inconstitucional, que desafia tratamento *jurídico* e não apenas político. As diferentes modalidades dessa omissão e as técnicas de sua superação judicial possuem origem e preocupação em comum, motivo pelo qual se estabelecem conexões que recomendam uma interpretação sistemática dos institutos concernentes.

É o que ocorre com a Constituição brasileira de 1988 e as respostas jurídicas que oferece à omissão inconstitucional. Por conta do figurino específico e complexo de nossa gramática de controle de constitucionalidade, também quanto à inconstitucionalidade por omissão, a fiscalização conjuga-se tanto na forma objetiva (abstrata) e concentrada, quanto na forma subjetiva (concreta) e difusa. Objetivamente, é prevista uma variante da tradicional ação direta de inconstitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Constituição, art. 103, § 2º; Lei 9.868/1999, com as alterações da lei 12.063/2009). Em concreto, prevê-se o remédio específico do mandado de injunção, que substitui ou completa institutos tradicionais como o mandado de segurança. Entretanto, ambas as modalidades de combate à omissão inconstitucional possuem aspectos semelhantes e sugerem um tratamento jurídico parcialmente comum.

Uma das primeiras e mais destacadas aproximações que se tentou estabelecer entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção foi, no entanto, indevida. O equívoco residiu, a meu ver, não na perspectiva de vislumbrar semelhanças e extrair consequências equivalentes, mas no critério utilizado para a aproximação, isto é, na opção de adotar, como referência para o contato, o aspecto mais anódino dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para estendê-lo ao mandado de injunção. Tratava-se de afirmar que a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão seria a mais avançada reação à omissão inconstitucional (no atacado) e que mesmo ela permitiria, apenas em caso de procedência, dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º, da Constituição). Ao mandado de injunção, vocacionado somente para reagir à lesão de direitos constitucionais em concreto (no varejo), não seria dado ir além dessas consequências (FERREIRA FILHO, 1999, p. 315-316).

Tal interpretação tornava o mandado de injunção inócuo. Primeiro, porque atribuía a dois institutos (ele e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) os mesmos efeitos. Segundo, porque esses efeitos eram muito tímidos, quase ineficazes do ponto de vista jurídico. Terceiro, porque, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tinha alguma envergadura “política”, por representar uma censura “em tese” da “cúpula” do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal) à do Poder Legislativo (o Congresso Nacional) e às altas autoridades administrativas (especialmente o Presidente da República), o mandado de injunção poderia não ter tal envergadura, ao tratar de uma questão mais específica (menos abrangente) e/ou ser julgado por outro órgão judiciário.

Foi essa, lastimavelmente, a orientação inicialmente seguida pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção 107-3/DF).

A aproximação seria cabível, sim, porém em sentido inverso: do mandado de injunção para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou melhor, com a atribuição de efeitos mais incisivos de combate à omissão inconstitucional a ambas as modalidades. O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e viabilizar a realização do direito constitucional reivindicado em concreto, a despeito da falta de regulamentação, assim como

creio que também por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria possível superar a ausência de norma ou de atividade administrativa.

Dois aspectos do texto do dispositivo constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão amparam essa interpretação: (i) a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, dará ciência ao Poder competente “para a adoção das providências necessárias”, com o que o Supremo Tribunal poderia determinar o modo de superação da omissão inconstitucional e não apenas comunicar o órgão omissor; ii) a alusão genérica ao “Poder competente para a adoção das providências necessárias”, sem vinculação necessária entre o órgão responsável pela omissão e aquele que recebe do Supremo a incumbência de saná-la (ROTHEMBURG, 2005, p. 90). Assim, uma omissão do Legislativo federal poderia redundar numa comunicação/atribuição ao Legislativo estadual, por exemplo, com um deslocamento tópico e temporário da competência tal como originalmente fixada na Constituição. Como também poderia o próprio Supremo Tribunal Federal estabelecer, ainda que provisoriamente, as condições, digamos, para a criação de novos Municípios, ante a resistência do Congresso Nacional em editar a lei complementar requerida pelo art. 18, § 4º, da Constituição¹¹; aliás, a falta dessa lei complementar já foi reconhecida nas ADI 2.240/BA, ADI 3.316/MT, ADI 3.489/SC (relator Ministro Eros Grau, julgamento em 09/05/2007) e ADI 3.689/PA (mesmo relator, julgamento em 10/05/2007).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem evoluindo para dar maior

¹¹ Art. 18, § 4º: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

efetividade tanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto ao mandado de injunção. Naquela, para ilustrar, chegou-se a fixar prazo para que o Legislativo editasse a regulamentação faltante, indo-se além da mera ciência ao órgão omissor e faltando pouco para que o próprio Supremo Tribunal Federal dispusesse a respeito da concretização do direito invocado enquanto não houvesse a regulamentação legislativa (ADI 3.682/MT, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007; sobre a falta de lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição). No mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer qual o regime jurídico a ser aplicado, a fim de fornecer condições de realização efetiva do direito invocado, apesar da falta de norma regulamentadora (os já referidos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos, em que o Supremo determinou a aplicação da legislação existente para o setor privado). Inverte-se, desse modo, a direção da aproximação entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, no sentido da efetividade.

Entretanto, permanecem as diferenças essenciais entre uma modalidade de superação da omissão normativa em concreto (o mandado de injunção) e uma modalidade de fiscalização em abstrato e concentrada da inconstitucionalidade por omissão (a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Nessa medida, ao avançar surpreendentemente em sua jurisprudência relativa ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a atribuir efeitos universais (*erga omnes*) a ações propostas por determinadas categorias de servidores públicos regionalmente situadas (servidores do Poder Judiciário do Pará: MI 712-8/PA, policiais civis do Espírito Santo: MI 670-9/ES, servidores da educação no Município de João Pessoa: MI 708-0/DF) e assentar a aplicação da legislação de greve na iniciativa privada ao setor público. É

adequado restringir essa aplicação aos casos examinados e, provavelmente, repeti-la em casos semelhantes que surjam, sem fazer da decisão em mandados de injunção um sucedâneo genérico da norma regulamentadora faltante¹².

5. O sujeito passivo e a prestação do direito constitucional

A definição do sujeito passivo (demandado) da ação judicial de mandado de injunção é mais uma das questões ligadas ao alcance que se deve conferir ao instituto. Servisse ele para, na perspectiva mais ousada, substituir a norma regulamentadora faltante, ou servisse ele, na perspectiva menos ousada (porém ainda ligada à concepção generalista da omissão da própria norma de regulamentação), apenas para denunciar a falta e advertir as autoridades omissas, então o mandado de injunção deveria ser proposto exclusivamente em face desse titular (relapso) da competência para editar a norma regulamentadora. Nem de litisconsórcio passivo (entre o ente público ou autoridade competente para editar a regulamentação e o particular que deve prestar o direito constitucional em concreto) poderia cogitar-se.

Mas, se o mandado de injunção servisse para possibilitar a aplicação em concreto do direito constitucional invocado, numa perspectiva de *superação episódica* da omissão normativa e não de substituição da norma regulamentadora faltante por uma decisão judicial genérica, então o sujeito passivo da ação seria aquele (ente público ou particular) que deve, em concreto, prestar o direito constitucional pretendido. Estivéssemos a falar, por exemplo, da limitação dos juros a 12% ao ano (como fazia o art. 192, § 3º, da versão original da Constituição) e se concluísse (como fez o Supremo Tribunal Federal) tratar-se de dispositivo não autoaplicável, o

¹² Veja-se o relato do caso, o apontamento do voto do Ministro Lewandowski e a opinião semelhante de André R. Tavares (2010, p. 1014-1015).

mandado de injunção deveria ser impetrado, no caso, contra a instituição financeira, para que, nos contratos em discussão, fosse observado aquele índice. Falássemos da participação dos empregados nos lucros da empresa (art. 7º, XI, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:] participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”), se não houvesse norma regulamentadora¹³, o mandado de injunção caberia contra determinada empresa, conforme a situação específica.

Sustenta Flávia C. Piovesan (1995, p. 127): “no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante”¹⁴. Na mesma linha, Daniel Sarmiento (2004, p. 325) afirma que, “até mesmo em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não haveria como excluir o devedor do direito material subjacente à impetração – que pode perfeitamente ser um particular – do polo passivo do mandado de injunção”, para concluir: “o mandado de injunção poderia assumir grande relevância nas relações jurídico-privadas, ensejando a incidência sobre as mesmas de direitos constitucionais relevantes, cujo exercício vinha sendo obstaculizado pela inércia do legislador”.

¹³ Advirta-se que já existe a Lei 10.101/2000, que “[d]ispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências”.

¹⁴ No mesmo sentido: Rothenburg (2005, p. 69-71). Parece ser também a opinião de José Afonso da Silva (1999, p. 453).

A aceitar-se como impetrado aquele que pode prestar o direito constitucional carente de regulamentação, ainda assim, no processo do mandado de injunção, haverá utilidade na participação do órgão público omissor, como aponta Luís Roberto Barroso (2006, p. 116): “mesmo que não figure como parte, parece de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão”.

Prevaleceu, no entanto, a primeira interpretação, amparada por significativa doutrina¹⁵ e adotada pelo Supremo Tribunal Federal: réu no mandado de injunção é aquele (ente público ou autoridade) que tem competência para editar a norma regulamentadora ausente. Essa leitura contribui para a castração do instituto, pois mantém a perspectiva da impossibilidade de substituição e da ineficácia. Substituição impossível, porque se imagina sempre o mandado de injunção somente para denunciar a omissão normativa e não para corrigi-la (ainda que topicamente); ineficácia por isso mesmo, sendo que o direito constitucional pretendido continuaria sem aplicação.

O cabimento do mandado de injunção em face de particular não encontra impedimento teórico nem processual. Enquanto a incumbência de edição da norma regulamentadora faltante obviamente que é do Poder Público (mas o mandado de injunção não substitui, em princípio, essa atividade normativa genérica), o dever de prestar em concreto o direito constitucional invocado (e que existe mesmo depois da edição da norma regulamentadora) é do sujeito – público ou particular – que se encontre nessa condição específica: por exemplo, empregador particular, em caso de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da Constituição: “[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de ou-

¹⁵ Nesse sentido, Temer (1993, p. 202); Moraes (2001, p. 179-180); Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 195); Tavares (2010, p. 1.008-1009); Lenza (2005, p. 524); Agra (2007, p. 196).

tros que visem à melhoria de sua condição social:] aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”; a propósito, veja-se o MI 695/MA, relator Ministro Sepúlveda Perence, julgamento em 01/03/2007); o ente público, em caso de greve de servidores (art. 37, VII, da Constituição).

6. O Projeto de Lei 6.128/2009: *uma proposta para ser discutida*

De autoria do Deputado Federal Flávio Dino, o Projeto de Lei 6.128/2009 traz em sua ementa precisamente o objeto de que trata: “Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências”. Ele atende à técnica legislativa, de acordo com o art. 5º da Lei Complementar 95/1998 (“sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal”): “A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei”.

Esse objeto é reproduzido no art. 1º do Projeto (“Esta lei disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo, nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal”), em respeito ao art. 7º da Lei Complementar 95: “O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: (...)”. A crítica que faço aqui não é somente ao Projeto, mas à própria Lei Complementar: temos logo de início uma redundância, pois o objeto da lei (o tema de que trata) consta da ementa e, logo em seguida, também do art. 1º, quando bastava a primeira referência, não?

O art. 2º do Projeto (“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogati-

vas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”) reproduz literalmente o inciso LXXI do art. 5º da Constituição, com a única diferença de que o texto do Projeto minudencia que a falta de norma regulamentadora a ensejar o mandado de injunção pode ser total ou parcial. Não há nada de errado em se especificar o que a doutrina apontava: que a omissão a ser combatida pelo mandado de injunção pode ser total ou apenas parcial. Porém o detalhe é desnecessário diante de certo consenso doutrinário e da formulação abrangente contida na Constituição (que fala genericamente em falta), que já me parece suficiente. Ademais, o art. 1º do Projeto já remete expressamente aos “termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal”.

Também não há equívoco na explicação contida no parágrafo único do art. 2º do Projeto, de que parcial é “a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Salvo, talvez, a indução a que se compreenda a falta como sendo sempre do Legislativo, por causa da expressão “órgão legislador competente”, pois a omissão pode provir de outro Poder ou órgão (aquele que tem competência para editar a norma regulamentadora e, assim, deve ser considerado “órgão legislador”). O que percebo, uma vez mais, é alguma obviedade na explicação.

O Projeto 6.128/2009 poderia muito bem começar pelo art. 3º, que aponta os sujeitos ativos e passivos, autores e réus, ou, como prefere o Projeto, impetrantes e impetrados da ação de mandado de injunção: aqueles, os indivíduos (o texto fala em “pessoas naturais”) ou pessoas jurídicas “que se afirmam titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas referidos no art. 2º” (referência que poderia ser substituída por “art. 5º, LXXI, da Constituição da República”, caso o art. 2º do Projeto fosse suprimido, por ser desnecessário); estes, “o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”.

O autor do Projeto andou bem ao generalizar o impetrado, que pode ser ou pessoa jurídica ou indivíduo (pessoa física: “autoridade”), sem excluir a possibilidade de litisconsórcio. Todavia, o Projeto preferiu adotar a tese prevalecente, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que só cabe mandado de injunção contra órgão público (precisamente aquele que deveria ter editado a norma regulamentadora faltante)¹⁶, em vez de admitir também o particular que deve prestar o direito constitucional invocado (QUARESMA, 2009, p. 280); essa opção (que o Projeto não faz) é mais adequada para possibilitar o exercício efetivo dos direitos constitucionais carentes de aplicação direta e imediata.

É provável que o art. 3º do Projeto tenha em perspectiva apenas o mandado de injunção individual. Contudo, o cabimento de mandado de injunção coletivo é reconhecido e previsto no próprio Projeto (art. 12). Tudo indica que foi uma escolha legislativa – deliberada, portanto – tratar separadamente as modalidades. Tendo em vista, porém, os diversos aspectos comuns e que a diferença proposta reside sobretudo num critério (a legitimação ativa, por conta do modo de articulação dos direitos envolvidos) que não justifica maiores distinções, acho preferível o tratamento conjunto, em que o art. 3º fosse conjugado, algo do tipo: “Estão legitimados para o mandado de injunção: I – como impetrante: a) (sobre o mandado de injunção individual); b) (sobre o mandado de injunção coletivo); II – como impetrado: (...)”.

Sobre a petição inicial, o art. 4º determina, com acerto, que ela indique, “além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”. Dispositivo semelhante consta do art. 6º da Lei 12.016/2009 (a atual lei do mandado de segurança), quanto à petição inicial, ao indicar, “além da autoridade coatora, a pes-

soa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Ligeira incoerência verifica-se na utilização da expressão “órgão impetrado”, que dá a impressão de se tratar de indivíduo (que, rigorosamente, não deixa de ser órgão da “pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”); porém, no artigo anterior (art. 3º), há uma distinção entre Poder, órgão e autoridade, que sugere ser esta (autoridade) a expressão para indivíduo (pessoa física). Para uniformizar, talvez fosse o caso de o art. 4º retomar a dicção do art. 3º e dizer que, além da autoridade ou órgão impetrado, quando for o caso, também deve ser indicada a pessoa jurídica à qual se integra ou se acha vinculado ou da qual exerce atribuições, conforme o modelo da Lei 12.016.

O parágrafo primeiro do art. 4º está em sintonia com a contemporaneidade do meio eletrônico, que é tomado como o modo usual (“Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados”). Essa é a tendência do processo em geral, de que dão mostra as Leis 11.280 (sobre meios eletrônicos no processo civil) e 11.419 (“sobre a informatização do processo judicial”), ambas de 2006. O apontamento que faço diz respeito ao número de vias que tem de acompanhar a inicial: já que, além do(s) impetrado(s), também deve ser indicada “a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”, então uma via a mais haveria de ser exigida.

Oportuno o dispositivo do parágrafo segundo do art. 4º, que garante o acesso a “documento necessário à prova do alegado [que] se encontre em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro”, caso haja “recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica”: “será ordenada, a pedido do impetrante, a sua exibição no prazo de 10 (dez) dias”. Termina o dispositivo por precisar: “Cópia do documento, quando

¹⁶ Por exemplo: Mandado de Injunção 284/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 22/11/1991.

exibido, será juntada à segunda via da petição”. Seguiu-se a linha das leis da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 1º, §§ 4º a 7º), da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 8º e 10) e do mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 6º, § 1º).

Em complementação à disciplina da recusa, dispõe o parágrafo 3º do art. 4º: “Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação”.

O art. 5º do Projeto é de natureza puramente ordinatória, a preceituar que, “[r]ecebida a inicial, será ordenada: I – a notificação do impetrado do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações; II – a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito”.

O regramento do exame preliminar da inicial limita-se à hipótese de indeferimento (art. 6º: “A inicial será desde logo indeferida quando manifestamente incabível ou improcedente a impetração. / Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a inicial caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração”) e nada diz sobre a possibilidade de concessão de medida liminar ou cautelar. Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que “a apreciação de medida cautelar revela-se incabível em sede injuncional, pois incompatível com a sua natureza e função institucional” (CLÈVE, 2000, p. 386)¹⁷, não deve ser elidida a possibilidade de acautelamento e de antecipação de tutela, compreendida nos poderes gerais dos magistrados.

Favorável à liminar e à cautelar, também, Yannick Caubet (2003, p. 70): “É cabível, em tese, medida liminar no mandado de injunção, para evitar que o impetrante

sofra lesão de difícil ou impossível reparação. Necessário existirem, concomitantemente, seus dois pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. É também cabível a obtenção, pelo impetrante, de medida cautelar, com fundamento no poder geral de cautela, assunto regulado nos arts. 796 a 812 do Código de Processo Civil”.

Como observam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009-2010), “assim como no mandado de segurança é possível que se determine liminarmente a suspensão do ato que deu motivo ao pedido (Lei 12.016, art. 7º, III), a nova disciplina do mandado de injunção deve prever a possibilidade de o relator – desde que presentes os requisitos para a concessão de liminares –, ao receber a inicial, determinar a suspensão de eventuais processos ou feitos administrativos dos quais decorra o risco de lesão à esfera de interesses do impetrante em razão direta da falta de regulamentação do dispositivo constitucional”. Previsão semelhante consta agora expressamente em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” (art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/1999, com a redação da Lei 12.063/2009).

Mais amplamente até, penso ser possível que o Judiciário determine provisoriamente, no todo ou em parte, o desfrute do direito constitucional carente de norma regulamentadora.

Determina o art. 7º, com acerto, quando “[f]indo o prazo para apresentação das informações”, a oitiva do Ministério Público em dez dias, após o que “os autos serão conclusos para decisão” com ou sem parecer. Interessante a garantia de celeridade processual ante eventual demora do Ministério Público, que pode conduzir

¹⁷ No mesmo sentido: Barroso (2006, p. 122-123) (sendo que este autor posiciona-se contrariamente).

à prescindibilidade de sua manifestação. Existe, porém, um óbice prático: como é assegurada ao Ministério Público a intimação pessoal, normalmente com a remessa física dos autos¹⁸, o descumprimento do prazo pode acarretar a requisição judicial dos autos (que então poderão, mas dificilmente irão, ser devolvidos sem manifestação) e a responsabilização do membro do Ministério Público, mas não é provável que os autos chegarão a ser conclusos para decisão sem tal manifestação.

Se o Ministério Público for o próprio proponente do mandado de injunção (coletivo: art. 12, I, do Projeto), creio que não se deva conferir-lhe nova oportunidade de manifestação, agora como fiscal da lei, depois do “prazo para apresentação das informações”.

O que se consegue com o mandado de injunção afinal? Essa importante resposta é dada pelo art. 8º do Projeto, que trata do conteúdo do provimento judicial: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

Novamente aqui a expressão empregada (“mora legislativa”) induz a que se pense no Poder Legislativo e na falta de lei, mas se sabe que a omissão normativa pode advir da falta ou insuficiência de normas regulamentadoras em geral (da competência de outros Poderes, órgãos e autoridades inclusive).

¹⁸ Veja-se a Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, art. 41 (sobre as “prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função”), IV: “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista”.

Enfim, duas são as possibilidades básicas previstas de injunção judicial: a) a assinação de prazo razoável ao requerido para que edite a norma faltante; b) a fixação das condições de exercício dos “direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados” ou então daquelas em que o interessado poderá “promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

A primeira possibilidade (determinação para que se edite a norma regulamentadora) configura uma ordem judicial e revela a natureza predominantemente *mandamental* da ação (melhor: da decisão). Identifica-se, no ponto, o mandado de injunção com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. O Projeto consagra a primeira leitura que o Supremo Tribunal Federal fez do alcance do mandado de injunção. Há um profundo respeito ao princípio da separação de Poderes, em que o Judiciário restringe-se a censurar o órgão omissor, sem a pretensão de substituí-lo ou de superar a omissão. No entanto, desde o aparecimento do mandado de injunção, sustentou-se que o reconhecimento judicial da omissão normativa não era desprovido de consequências jurídicas, como a possibilidade de, com a certidão judicial de mora, buscar indenização¹⁹ ou a responsabilização da autoridade desidiosa.

O Projeto investe nessa possibilidade, que pode ou não se revelar suficiente. A determinação para editar a regulamentação no prazo fixado pode mostrar-se apenas como uma primeira providência e não deve ser inócua nem reiterada (protelatória), tanto que o parágrafo único do art. 8º prevê a dispensa, “quando comprovado que o im-

¹⁹ Tais consequências eram admitidas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No RE 424.584/MG (relator originário Ministro Carlos Velloso, relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17/11/2009), o STF discutiu a tese e apenas decidiu que, no caso (ausência de revisão geral anual de vencimentos dos servidores públicos: Constituição, art. 37, X), não houve demora excessiva que justificasse indenização.

petrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção”. Percebe-se aqui a encampação legislativa do entendimento do Supremo Tribunal Federal. No caso do art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que oferece uma “reparação de natureza econômica” “[a]os cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica” indicadas, mas condiciona a concessão a uma “lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição” (ocorrida em 5 de outubro de 1988), o Supremo, em um primeiro mandado de injunção (MI 283-5/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/03/1991), ao deferi-lo, declarou a mora legislativa do Congresso Nacional e do Presidente da República, bem como assinou “o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada”. Na ocasião, contudo, o Supremo Tribunal Federal assentou que “é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito”.

Em um segundo mandado de injunção (MI 284/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 22/11/1991), decidiu o Supremo Tribunal que, tendo em vista que o Congresso “absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se *prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.

A outra possibilidade prevista no art. 8º do Projeto (estabelecimento das condições para o exercício dos direitos reclamados, no que já se incluem as condições para o exercício de ação própria) configura uma intervenção mais acentuada do Judiciário, numa (re)configuração mais complexa e apropriada do relacionamento entre os Poderes (DIMOULIS, 2007, p. 347-351). Exige-se, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 251), “um diálogo constitucional entre os três Poderes. É claro que isso também exigiria que a separação rígida de Poderes, na forma como muitas vezes é defendida no Brasil, fosse repensada”.

O órgão judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, pode estabelecer as condições para o exercício pontual (quando a situação for individual ou de contornos mais específicos) ou mesmo amplo (em situações de índole coletiva ou difusa), com decisões de caráter aditivo (MARTINES, 2005, p. 496). Abre-se espaço para a invenção judicial, para o ativismo judicial saudável, pois, como aponta André Vicente Pires Rosa (2006, p. 321), “o constituinte brasileiro pareceu acreditar que os juízes – em particular os juízes do Supremo Tribunal Federal, como veremos – poderiam ajudar na realização do projeto constitucional”.

Para tanto, pode o Judiciário valer-se de parâmetros construídos, em situações semelhantes, pelo próprio Legislativo ou outro órgão omissor (como se verificou, quanto ao direito de greve dos servidores públicos, com a adoção da legislação relativa ao setor privado), com o que parte da legitimidade é tirada do órgão originariamente competente para editar a regulamentação; ou pode o Judiciário eliminar obstáculos (como quando o Supremo Tribunal Federal autorizou pessoa lesada por atos secretos da ditadura militar a buscar diretamente perante o juízo competente uma indenização devida, enquanto não fosse editada a lei demandada pela Constituição) ou até construir, ele mesmo, os parâmetros

necessários para o exercício imediato dos direitos reivindicados (como seria se o Supremo Tribunal Federal dissesse que, para a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” e na ausência da lei complementar requerida pelo art. 7º, I, da Constituição, a indenização compensatória deveria ser proporcional ao tempo no emprego – o que é expressamente determinado no art. 7º, XXI –, e o Supremo Tribunal também estabelecesse outros direitos, tais como a discussão da possibilidade de demissões por comissões paritárias de empregados e empregadores, a apresentação de projetos de recolocação no mercado de trabalho e de requalificação profissional etc.).

O autor do Projeto de Lei 6.128/2009 fez bem em não estabelecer de antemão um prazo fixo para a adoção das providências. O mandado de injunção é uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades, com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um “prazo razoável”.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, o art. 9º principia por dizer o óbvio: que, quanto às pessoas atingidas, “[a] decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes”, e, quanto ao tempo, “produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. Note-se, contudo, que as partes podem estar em substituição processual e representar um número significativo de gente; e a norma regulamentadora pode demorar ou até nem vir a ser editada.

O parágrafo primeiro do art. 9º prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão, “*ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”. É importante que o órgão judicial competente para decidir possa modular a eficácia subjetiva da decisão, quando tal calibragem revele-se necessária ou adequada. É

o caso, por exemplo, de outras situações idênticas ou muito semelhantes, que envolvam outros grupos ou categorias de pessoas, ou outros entes da federação, ou outros órgãos públicos. Do ponto de vista da Administração Pública, a exigência de um mesmo tratamento decorre ainda do princípio constitucional da impessoalidade, como visto.

O parágrafo segundo do art. 9º (“Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”) ousa atribuir essa possibilidade de ampliação dos afetados pela decisão do mandado de injunção ao próprio relator, a quem incumbirá, além da avaliação quanto à conveniência e oportunidade da extensão, a avaliação prévia da semelhança de casos (“casos análogos”). Concordo com tal mecanismo de objetividade e rapidez processual, mas reconheço que se trata de um poder a ser utilizado com sobriedade e fiscalizado com atenção.

O dispositivo sobre a modulação da eficácia subjetiva da decisão tem especial pertinência com o mandado de injunção coletivo, o que justifica uma alteração do Projeto, com a previsão dessa possibilidade (comum ao mandado de injunção individual e coletivo) uma única vez e num mesmo dispositivo. Deveria ainda ser deslocada a referência ao mandado de injunção coletivo, do art. 12 (que desapareceria) para o atual art. 3º (que deveria passar a ser o art. 1º). Ademais, não é tecnicamente apropriado que se disciplinem os efeitos da decisão (art. 9º) antes da legitimação ativa (art. 12, sobre o mandado de injunção coletivo).

O terceiro parágrafo do art. 9º autoriza a repositura da ação, quando o pedido tiver sido indeferido por insuficiência de prova, desde que a “renovação da impetração [esteja] fundada em outros elementos probatórios”. Segue-se, uma vez mais, a linha da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 18) e da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 16).

Embora desnecessária, é positiva a lembrança, contida no art. 10 do Projeto, de que “a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. No geral, toda vez que o quadro fático alterar-se significativamente, será possível postular, e será novo pedido (nova ação), pois cada ação judicial é relativa a suas circunstâncias. Defendo, com base na economia e celeridade processual, a possibilidade de revisão no mesmo processo, quer dizer, o aproveitamento do processo anterior de mandado de injunção para ajustar apenas a decisão, sem necessidade de propositura formal de outra ação, a despeito dos termos do parágrafo único do art. 10 (“A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei”).

Creio que possa suscitar essa revisão (“interessado”) aquele que demonstre ser atingido com relevância pelos efeitos da decisão, e não apenas o impetrante. Por exemplo, o próprio impetrado ou outro órgão público e, na hipótese de mandado de injunção coletivo, diversos outros sujeitos.

O art. 11 leva em conta a edição da norma regulamentadora faltante: “A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”.

Numa primeira hipótese, se a edição for posterior à decisão transitada em julgado, a situação passará a ser disciplinada pela norma regulamentadora (*ex nunc*), desde que o conteúdo desta seja mais benéfico ou semelhante ao da decisão, pois, num quadro de equivalências, a preferência para a regulamentação deve ser dada ao órgão originariamente incumbido pela Constituição para editar a norma faltante (princípio da separação de Poderes).

Numa segunda hipótese, entretanto, se a aplicação da norma regulamentadora for

mais favorável do que a decisão do mandado de injunção, então determina o Projeto que aquela retroagirá.

Numa última hipótese, prevista no parágrafo único do art. 11, a edição da norma regulamentadora ocorre antes da decisão do mandado de injunção e prejudica a impetração: “Ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”. Faltou prever o que ocorre se houver sido deferida liminar (antecipação de tutela); penso que, como a edição da norma regulamentadora opera seus efeitos, usualmente, daí em diante (*ex nunc*), devam ser mantidos os efeitos decorrentes do provimento judicial provisório, a menos que a aplicação da norma seja mais favorável.

Por outro lado, acho que nem sempre se deve permitir que retroajam os efeitos da norma regulamentadora mais benéfica, sobretudo quando decorrido certo tempo entre a decisão definitiva do mandado de injunção e a posterior edição da norma, pois esta tende a oferecer um tratamento genérico e mais amplo (isonômico), e sua extensão para além do previsto pode implicar maior favorecimento àqueles que já se haviam beneficiado da decisão do mandado de injunção, acentuando-se a diferença para com outros que, somente com a edição da norma, passaram a usufruir a suposta vantagem. Sob a perspectiva da separação de Poderes, contudo, como afirmei, o art. 11 respeita a opção do titular da competência normativa originária, ainda quando exercitada tardiamente (após a propositura ou decisão do mandado de injunção).

O Projeto 6.128/2009 deixa para o fim a disciplina das particularidades do mandado de injunção coletivo. Acredito que essas particularidades não justificam uma disciplina destacada e podem ser mais adequadamente tratadas nos outros dispositivos do Projeto, junto ou ao lado das disposições do mandado de injunção em geral.

Atribui-se a legitimação ativa do mandado de injunção ao Ministério Público, a partido político e a organização sindical, entidade de classe ou associação, nos seguintes termos: “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Quanto ao Ministério Público, o Projeto andou muito bem ao precisar que a legitimação decorre não apenas da natureza do bem defendido (ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais ou individuais disponíveis, em reprodução do art. 127 da Constituição), mas ainda da especial *relevância* da tutela requerida (ROTHENBURG, 2009, p. 1633). A titularidade do Ministério Público para o mandado de injunção já é prevista no art. 6º, VIII, da Lei Complementar 75/1993, “sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”.

Faltou incluir a Defensoria Pública (Constituição, art. 134²⁰) entre os legitimados ativos do mandado de injunção coletivo. Essa instituição foi relativamente ignorada até aqui e é preciso que seja

²⁰ “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

devidamente valorizada, num contexto de tamanha desigualdade social como o pátrio. A propósito, há previsão legal expressa, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, para “impetrar *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução” (Lei Complementar 80/1994, art. 4º, IX, com redação dada pela Lei Complementar 132/2009).

O partido político, por sua vez, para propor mandado de injunção, deverá ter representação no Congresso Nacional e expressar interesses (“o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas”) de seus integrantes ou relacionados com a finalidade institucional da agremiação. O requisito formal da representação deve ser aferido “no momento da propositura da ação e... a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação”, segundo a alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à ação direta de inconstitucionalidade (e às demais ações de controle objetivo e concentrado de constitucionalidade)²¹. O requisito material do conteúdo do direito em questão apresenta a dupla possibilidade de defesa de interesses específicos dos filiados ou de interesses mais amplos relativos à “finalidade partidária” e que costumam traduzir interesses sociais e públicos.

As organizações sociais, entidades de classe ou associações, para interporem mandado de injunção coletivo, precisam estar legalmente constituídas “e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano”. A preocupação com a seriedade e estabe-

²¹ ADI 2.159 AgR/DF, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 12/08/2004. O entendimento anterior era no sentido de ser preciso ter representação atual no Congresso Nacional: a perda de representação parlamentar descaracterizava a legitimação ativa para prosseguir no processo de ADI (ADI 2.202-DF, ADI 2.465-RJ, ADI 2.723-RJ, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/02/2003).

lidade desses entes poderia, contudo, ser mitigada, nos moldes do art. 82, § 1º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e do art. 5º, § 4º, da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública): “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. A especificação dos direitos tuteláveis e sua extensão (“para assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”) é disposição desnecessária do Projeto, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor, no plano legislativo, bem como a doutrina e a jurisprudência, já definiram tais aspectos.

A mesma crítica vale para o parágrafo único do art. 12 (“Os direitos, liberdades e prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”). Os “interesses” difusos e coletivos já se encontram definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único). Talvez haja situações em que direitos individuais homogêneos (definidos como aqueles “decorrentes de origem comum”, no art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/1990) também justifiquem a interposição de um só mandado de injunção.

O art. 13 repete o que já se definiu em geral com relação à tutela de direitos transindividuais: que “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante”; veja-se, a propósito, o art. 103 da Lei 8.078/1990. Ao referir que essa limitação do universo subjetivo não impede a aplicação dos “§§ 1º e 2º do art. 9º”, o art. 13 perde utilidade (pois,

afinal, “[p]oderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão”) e sistematicidade (pois tudo poderia ser disciplinado em um mesmo artigo).

O parágrafo único do art. 13 (“O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva”) é quase idêntico ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Todavia, ao executar que “os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual” e seguir o novo modelo do mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 22, § 1º), “o dispositivo mencionou ‘desistência’ e não suspensão da ação individual, como se dá com as ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 104). Assim, mais uma vez se cria, a nosso ver, injustificável restrição, na medida em que, desistindo do mandado de injunção individual e deparando-se com sentença de improcedência no mandado de injunção coletivo, a parte terá que – se ainda presentes os pressupostos e condições para tanto – impetrar novo mandado de segurança [leia-se ‘de injunção’] individual” (WAMBIER; e VASCONCELOS, 2009-2010).

O art. 14 determina a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança (Lei 12.016/2009), ação constitucional específica que guarda semelhanças com o mandado de injunção, como visto; bem como a aplicação subsidiária das normas gerais de processo contidas no Código de Processo Civil. Utiliza-se adequadamente uma formulação clássica para a remissão, em caráter suplementar, à legislação correlata.

Por derradeiro e simbolicamente, o último artigo do Projeto (art. 15) prevê a imediata entrada em vigor da lei, “na data de sua publicação”, tendo o Legislativo

aberto mão da eficácia diferida (*vacatio legis*). Não que a lei do mandado de injunção deva ser considerada “de pequena repercussão” (como aquelas para as quais deve ser “reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’”, conforme o art. 8º da Lei Complementar 95/1998), mas não convém que a lei disciplinadora do instituto constitucional destinado a conferir auto-aplicabilidade a direitos constitucionais carentes de norma regulamentadora, e que virá a ser editada somente mais de vinte anos da promulgação da Constituição, ainda precise esperar algum tempo.

Em meados de 2010, o Projeto de Lei 6.128/2009, após ter sido, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6.002/1990 (uma versão mais tímida e modesta), encontrava-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antonio Carlos Biscaia, nos termos do substitutivo apresentado.

Sabe-se lá em que condições de tempo e de quantidade de trabalho o presente Projeto foi elaborado. Ele tem, contudo, o grande mérito de sugerir mais uma alternativa de disciplina para o mandado de injunção, e essa virtude inaugural é imprescindível para que saia a lei de uma vez por todas.

Trata-se de um tratamento jurídico adequado, que incorpora a jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto e está sintonizada com outras leis relacionadas (como a da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e a do mandado de segurança).

Se o Projeto fosse aprovado tal como está, já teríamos uma lei muito boa para o mandado de injunção. No entanto, é possível colher outras contribuições e aperfeiçoar a proposta. Afinal, o processo legislativo deve ser um espaço democrático por excelência, onde se amplia a “sociedade aberta de intérpretes – oficiais e informais – da Constituição”, na célebre expressão de Peter Häberle (1997).

Portanto, quanto mais se refletir e se discutir (ainda que com a necessária brevidade) acerca do Projeto de Lei 6.128/2009, e quanto melhor souberem ser aproveitadas as contribuições, tanto melhor será a lei do mandado de injunção.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAUBET, Yannick. *Controle de constitucionalidade por omissão*. Institutos e óbices à sua eficácia. Curitiba: Juruá, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Separação de poderes. In: *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

- _____. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulamentação legislativa. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional 2009/2010*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/363/246>>. Acesso em: 10 maio 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- QUARESMA, Regina. Artigo 5º, inciso LXXI. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- QUINTAS, Fábio Lima. Por que regulamentar o Mandado de Injunção? *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 3, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/375/258>>. Acesso em: 7 maio 2010.
- ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROTHENBURG, Walter C. Artigos 127 ao 130. In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- _____. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. O tempo e a aplicabilidade das normas constitucionais. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 1 dez. 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A propósito da proposta legislativa de nova disciplina para o mandado de injunção. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 3, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/366/249>>. Acesso em: 10 maio 2010.

O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933

Um estudo de direito comparado

Christian Edward Cyril Lynch

Sumário

Introdução. 1. A recepção do conceito de Poder Moderador de Benjamin Constant: 1.1. O quadro teórico. 1.2. Os agentes da recepção. 1.3. Os efeitos da recepção. 2. Comparação entre o Poder Moderador de 1824 e o da proposta de 1933. 2.1. Diversidade de contextos históricos. 2.2. Cotejo entre o Poder Moderador de 1824 e da proposta de 1933. Conclusão.

Introdução

A ideia de um Poder Moderador se encontra delineada de sua forma definitiva na obra de Benjamin Constant *Princípios Políticos*, publicada em 1814. A grande preocupação de Constant era com a estabilidade do poder. Liberal, desejoso de saudar as grandes conquistas da Revolução de 1789, excluindo cuidadosamente a herança do Terror, Constant afirmava que apenas a aceitação de limitação da soberania popular poderia impedir o desrespeito aos direitos fundamentais. O Poder Moderador teria aí o papel fundamental de impedir que os outros três poderes, entrando em choque, levassem uns aos outros de vencida, assegurando a estabilidade do Estado liberal e os direitos civis e políticos dos cidadãos. Ao contrário de Montesquieu, cuja tese de divisão de poderes foi adotada por todos os países que se pretenderam liberais, essa novidade de Constant não foi formalmente adotada por nenhuma das grandes potên-

Christian Edward Cyril Lynch é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense (PPGSD) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho (UGF). Professor da Escola de Ciência Política da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

cias que então dominavam o cenário político ocidental. Com efeito, seria no Brasil e em Portugal, por iniciativa praticamente pessoal de Dom Pedro I, que a criação de Constant tomaria formalmente vida. Entre nós, ele teria 65 anos de funcionamento ininterrupto; entre os portugueses, apesar de algumas interrupções, só veio a cair junto com a monarquia, no décimo ano do século passado. O papel exercido na política dos dois países foi fundamental, e, no que diz respeito ao Brasil Império, a existência do Poder Moderador teve um efeito marcante naqueles que eram os momentos formadores da consciência nacional.

No Segundo Reinado, alternando os dois partidos aristocráticos no poder, garantindo a estabilidade política, o Poder Moderador assegurou ao país mais de quarenta anos de paz interna, liberdade de expressão e de imprensa, práticas eleitorais (que se tornaram pouco fiéis ao desejo dos eleitores devido aos políticos da época), debates parlamentares, uma organização representativa. Por outro lado, promoveu a conciliação das facções em torno e à custa dos empregos do Estado e tutelou o sistema político nacional. Muito do que temos hoje, de bom e de ruim em nossa vida política, tem sua origem na política do Segundo Império. E lá estava o Poder Moderador, planando impassível sobre a cabeça dos políticos de plantão. Não foi por outro motivo que, na Constituinte de 1933, Borges de Medeiros apresentaria uma proposta de reinserção de Poder Moderador na República presidencial. Ele dizia acreditar que poderia contribuir para erigir um Estado democrático após quarenta anos de eleições fraudulentas, caudilhismo e coronelismo, entremeadas de revoltas, sublevações, estados de sítio e intervenções nos Estados.

Embora originalmente escrito há cerca de dez anos, sendo forçoso reconhecer que o autor variou não pouco sua visão do assunto nesse meio tempo, entendo que o presente artigo, ainda inédito, ainda merece receber publicidade pela sua originalidade

como exercício de comparatismo. Como trabalho de direito constitucional comparado, ele apresenta sem dúvida o inusitado de não tratar-se nem de uma comparação entre textos constitucionais estrangeiros, nem de textos constitucionais de diferentes épocas, pertencentes a uma mesma nação. Trata-se de comparar aqui, a partir da recepção da doutrina de Constant no Brasil, o Poder Moderador, tal qual estava previsto na Constituição do Império (1824), com uma proposta de reaproveitamento do mesmo instituto, inserida num projeto de Constituição elaborado pelo mais longo chefe político gaúcho da Primeira República, Borges de Medeiros, às vésperas da Constituinte de 1933. Trata-se de comparar algo que efetivamente existiu, com outra, que ficou apenas no papel, mas que representou uma tentativa de estabilizar o Estado brasileiro recorrendo à tradição. Acredito que a comparação realizada, por meio de cotejo e comentários, permitirá extrair algumas conclusões úteis, não somente para nossa melhor compreensão do alcance teórico do instituto, mas que nos forneçam mais alguns subsídios à temática atualíssima de como estabilizar o Estado democrático

1. A recepção do conceito de Poder Moderador de Benjamin Constant

1.1. O quadro teórico

As características do pensamento político-constitucional liberal surgem com clareza na teoria de Benjamin Constant. Escrita na segunda década do século XIX, num momento em que o liberalismo, por assim dizer, havia sido colocado na berlinda, desbancado como vanguarda pelo jacobinismo, a obra política de Constant tentou recepcionar as conquistas da Revolução Francesa excluindo a herança do Terror. Como Montesquieu, Constant era um apóstolo da moderação, e tanto quanto moderação, a palavra de ordem no tempo da Restauração era conciliar: absolutismo

e liberalismo, liberalismo e democracia. Constant procurou condenar as veleidades absolutistas dos jacobinos, como incompatíveis com a civilização moderna. Assim como os poderes do Estado devem ser limitados para que as liberdades do indivíduo sejam preservadas, também a soberania do povo deve ser limitada, pois acima do Estado e do povo estariam os direitos fundamentais do homem moderno.

Como, todavia, elaborar uma teoria do Estado de forma a repartir o poder entre titulares que não tentassem desbancar uns aos outros? Montesquieu farejou o caminho correto ao estipular a divisão de poderes da Constituição da Inglaterra como um paradigma de governo moderno e limitado; entretanto, Constant pensava que sua teoria havia falhado fragorosamente durante a Revolução Francesa. Ele pensava que Montesquieu havia confiado demasiado no equilíbrio natural de forças, nos freios e contrapesos, quando, na prática, o Legislativo acabara por destruir o Executivo num primeiro momento, ocorrendo o inverso na época da ascensão de Napoleão Bonaparte. Seria preciso, portanto, sofisticar a teoria de Montesquieu, criando um poder adicional que tivesse por única e exclusiva missão harmonizá-los; um poder apolítico, neutro, que, nos momentos de perigo para as instituições, fosse capaz de intervir para manter os poderes em suas respectivas esferas, dissolvendo o Legislativo, demitindo governos, perdoando penas demasiadamente severas impostas pelo Judiciário. Mas que órgão político poderia exercer essa função de supremacia, sem abusar desse poder? Quem poderia desincumbir-se dessa tarefa, sem agir em interesse próprio? Seria possível um magistrado que, exercendo o cume do poder, pudesse não agir conforme o próprio interesse parcial?

A Revolução havia desgastado, de certa forma, a figura do monarca, num processo que culminara com a própria execução pública da pessoa que exercera aquele papel. Numa época em que a opinião pública se

tornava decisiva na tomada de decisões políticas – e ainda aqui era a Inglaterra o paradigma a ser perseguido –, não se poderia mais concentrar o poder executivo nas mãos do rei. Mas, numa época em que os extremos do espectro político estavam ocupados por absolutistas democráticos e monárquicos, era preciso conciliar; e a Inglaterra, repito, fornecia o modelo a ser seguido de governo constitucional e representativo. Constant então percebeu que, em razão do seu carisma, de seu papel de encarnação das tradições e da história de seu país, o rei inglês detinha certas qualidades e funções que, aparentemente, não eram políticas. Se fosse possível desvincular o rei das atribuições de chefe de governo, transferindo seu poder governativo para a opinião pública, o monarca se converteria, por sua autoridade moral, na sentinela perfeita da estabilidade estatal. Interessado em manter o trono nas mãos de sua família, seu interesse particular se confundiria com o público; no cume do poder simbólico, jamais seria movido pela ambição. Seria assim necessário desdobrar o velho Executivo de Montesquieu em dois – o primeiro, responsável pelas atribuições que dissessem respeito à conservação das tradições do Estado, com a missão de intervir somente em casos emergenciais; o segundo, que ficaria encarregado de tocar adiante os negócios públicos, de debater as questões políticas do momento, de enlamear-se nos bate-bocas “mesquinhos” e “interesseiros” com os setores sociais representados no Parlamento. Dá-se assim a separação entre poder neutro, a ser exercido pelo rei, e o poder executivo, a ser exercido pelos ministros. Essa será, em suas palavras, a chave de toda a organização política. Nasce então a ideia de um quarto poder – o poder que, no Brasil e em Portugal, será chamado de Poder Moderador.

Mais ainda: nesta “revisão” da tripartição concebida por Montesquieu, Constant não identificou três, mas cinco poderes. Além do poder neutro, de natureza mo-

deradora, haveria o poder representativo da continuidade que residiria numa assembleia hereditária, e o chamado poder representativo da opinião, a ser exercido por uma assembleia eletiva. Na realidade, trata-se do poder legislativo bicameral imaginado pelo autor de O Espírito das Leis, dando a cada uma das câmaras uma função diferente. Apesar de as câmaras exercerem a mesma atividade legiferante, Constant nelas enxergou tendências opostas: a câmara baixa exprimiria a opinião pública do momento, passível de entregar-se a paixões, à irracionalidade, ao radicalismo; ao passo que a câmara aristocrática, devido mesmo à natureza de sua composição, tenderia a pensar a longo prazo, elaborando soluções de continuidade, refletindo questões de forma madura e apartidária, encarregada portanto de breçar as veleidades mais ameaçadoras da assembleia eletiva, naquilo que concernia à preservação do Estado constitucional. O poder real teria uma posição *sui generis*: uma vez destinado a preservar e moderar os outros quatro poderes, na qualidade de poder arbitral, ele seria ao mesmo tempo superior e intermediário em relação a eles. Seriam suas atribuições: 1) destituir ministros, se a ação destes se tornasse perigosa; 2) criar novos pares, se os atos da Câmara Alta se tornassem funestos; 3) dissolver a Câmara Baixa, se esta se tornasse ameaçadora; 4) temperar a ação do Judiciário pelo poder de graça, se sua ação fosse prejudicial ou excessivamente severa.

O Poder Executivo, Constant o confia explicitamente aos ministros. E se os ministros deveriam ser responsáveis pelas decisões tomadas, para que por elas respondessem criminalmente perante a representação parlamentar, o monarca deveria ser tornado irresponsável, por consistir “num ser à parte no alto do edifício”. Na monarquia constitucional, não somente os elementos de venerabilidade de um monarca evitariam que ele fosse comparado ou equiparado aos seus ministros,

como sua dignidade, mantida intocada, o pouparia das críticas dos políticos apeados do poder, que direcionariam suas baterias contra os novos ministros. Para Constant, a experiência demonstrava que, nas repúblicas, o poder supremo era responsável apenas no papel, pois o chefe de governo ou controlava o parlamento, ou recusava a responsabilidade recorrendo à força. Na monarquia constitucional, ao contrário, os ministros serviriam de anteparo aos atos régios, já que suas validades dependiam de suas prévias aquiescências. Era a garantia da responsabilidade perante a Nação, como diria Constant. A referenda ministerial, na forma de sua assinatura logo abaixo daquela do monarca, significava que o ministro de Estado concordava com a decisão política ou administrativa tomada pelo chefe do Estado e, portanto, estava disposto a assumir a responsabilidade criminal por ela diante do Parlamento. Essa divisão entre autoridades responsáveis – a Coroa – e irresponsáveis – os ministros – levava naturalmente a uma separação de funções políticas entre eles. O chefe do Estado ficava encarregado do Poder Moderador, isto é, da superintendência do sistema constitucional, ao passo que o ministério ou gabinete se ocuparia dos atos de governo, ou seja, do Poder Executivo.

O parágrafo seguinte, todavia, encerrava uma advertência importante: “Quando se trata de nomeações, o monarca decide sozinho; é seu direito incontestável. Mas, desde que se trata de uma ação direta, ou mesmo de uma proposição somente, o poder ministerial é obrigado a assumi-la, para que jamais a discussão ou a resistência comprometam o chefe do Estado” (CONSTANT, 1957, p. 1087). Com efeito, a separação entre as duas agências era fundamental para saber onde começavam e terminavam as esferas de ação das autoridades responsáveis, de um lado, e invioláveis, de outro; por isso mesmo, nela estava o *fiat lux* da monarquia constitucional, “a chave de toda a organização política” (CONSTANT,

1980, p. 280). Era aí que a concepção monarquiana de Poder Moderador mais se afastava daquela de Constant: enquanto os monarquianos defendiam a cumulação do Executivo e do Moderador pela Coroa, para Constant o Rei tinha bens mais valiosos a defender “que este ou aquele detalhe da administração, este ou aquele exercício parcial da autoridade. Sua dignidade é um patrimônio de família, que ele retira da luta, ao abandonar seu ministério” (Idem, p. 285). Nem por isso ele ignorava que, para além da ficção da inviolabilidade, o chefe de Estado pudesse na prática ser criticado pelas decisões tomadas no exercício do Poder Moderador. Apesar de monarca, ele poderia deixar-se eventualmente levar pelas “afeições e fraquezas da humanidade”. Mas Constant argumentava que a ficção da inviolabilidade era essencial para conciliar a ordem com a liberdade, pois do contrário o chefe de Estado deixava de ser visto como imparcial; uma vez responsável perante o Legislativo, ele ficaria sujeito à política partidária e, então, tudo seria “desordem e guerra eterna entre o monarca e as facções” (Ibidem, p. 343). Ele reconhecia também a possibilidade de ministros que descobrissem a Coroa, ou seja, que, em vez de assumirem a responsabilidade por seus atos, quisessem dela eximir-se, alegando que obedeceram à “coação moral” do príncipe; e que aquele projeto de lei decorria de sua vontade e não do gabinete. Essa postura dos ministros abalava a credibilidade do árbitro hereditário da Constituição e, com ela, as próprias instituições. Mas Constant objetava que, à margem de disputas partidárias ou governamentais e ordinariamente cobertas pelo ministério, o monarca só seria passível de censura caso, em vez de demonstrar imparcialidade, agisse como o representante de uma facção, “seja rebaixando o poder do monarca ao nível do Poder Executivo, seja elevando o Poder Executivo ao nível do monarca” (CONSTANT, 1997, p. 327). Assim, deveria a responsabilidade ministerial atingir a dois

fins específicos: inicialmente, remover os ministros culpados do poder; e em seguida “alimentar na nação, mediante a vigilância de seus representantes, a publicidade de seus debates e o exercício da liberdade de imprensa” (CONSTANT, 1989, p. 153).

Pois bem. Além da nomeação e demissão dos ministros, outras duas competências do poder neutro ou real emergiam aqui como particularmente relevantes: o direito de dissolver a câmara baixa e o de nomear integrantes da câmara alta. Em primeiro lugar, embora as assembleias representativas constituam “o único meio de se injetar vida no corpo político”, e sua força represente uma garantia de liberdade para um Estado, para Constant é absolutamente necessário que o rei, exercendo as atribuições do poder neutro, tenha o direito de dissolvê-las. A simples possibilidade de veto pelo rei não seria o bastante, pois, se empregado com frequência, acabaria por irritar as assembleias. A dissolução da câmara seria um recurso mais seguro e mais eficaz. E nisso não haveria nada de extraordinário, pois os representantes também deveriam estar sujeitos a procedimentos de controle moderador, que é a mola reguladora do Estado. Por que razão, portanto, ultrajaria a dissolução da assembleia os direitos do povo, se a esta dissolução seguir-se-ia nova eleição? Ao contrário: quando as eleições fossem livres, essa dissolução constituiria um apelo aos direitos populares em favor de seus próprios interesses. Mas só se as eleições fossem livres, ressaltava Constant, “porque, quando elas não são livres, não há sistema representativo” (CONSTANT, 1957, p. 1094). No que tange à assembleia aristocrática-hereditária, outra atribuição do poder neutro seria o de nobilitar os bons cidadãos e dar-lhes assento naquela câmara. Entretanto, já que essa câmara não era passível de dissolução, a possibilidade de moderá-la, evitando que nela se formasse um partido fora de controle, só poderia ser superada na medida em que o rei nomeasse tantos nobres fossem neces-

sários para garantir maioria na assembleia. Assim, o número de integrantes da câmara hereditária deveria ser ilimitado, a fim de que, se necessário, o rei pudesse combater um partido por meio de nomeação de novos pares. Nessa atribuição conferida por Constant, não havia nada de original: era o que existia na Inglaterra.

Como podemos depreender, o pensamento político de Constant reflete a tentativa de conciliar as tradições aproveitáveis aos olhos liberais, do Antigo Regime, com as conquistas da Revolução. Sua proposta de um arcabouço institucional reflete essa dicotomia, sendo natural que, contemporâneos e partícipes da era da democracia de massas, tenhamos uma tendência (equivocada) a considerá-lo conservador. O poder neutro surgiu em sua teoria em razão da incapacidade de o Estado constitucional e representativo francês superar suas dificuldades institucionais desde a Revolução até a Restauração. Tinha Constant um receio profundo de que a França voltasse a viver a violência e a anarquia; daí seu interesse na criação de um mecanismo político que estabilizasse as instituições ao mesmo que lhes possibilitasse um meio pacífico de evolução, garantindo as liberdades individuais, por meio de uma explicitação e adaptação dos princípios da Constituição da Inglaterra.

1.2. Os agentes da recepção

Benjamin Constant publicou sua obra principal – Princípios Políticos – na época mesma em que a América Ibérica tornava-se independente do jugo colonial, procurando os novos países, ao menos formalmente, abraçar os ideais liberais da Revolução Francesa. A repercussão de sua obra foi imensa, ainda que a maior parte dos novos países da América Espanhola tentasse organizar-se politicamente à feição dos Estados Unidos da América. O Brasil, porém, seccionando-se de Portugal num processo liderado pelo próprio herdeiro da Coroa do Reino Unido, abraçamos a monarquia constitucional como forma de

governo, quando a obra de Constant se endereçava precisamente àqueles países que pretendessem organizar-se de forma a conciliar o Antigo Regime com a modernidade, traduzida no ideário liberal de direitos civis e políticos.

Embora desde o início o Imperador tivesse espontaneamente se declarado partidário das novas ideias de seu tempo – fato verdadeiro, que pode ser comprovado, não apenas por suas declarações, como pela leitura que fazia de Constant e Filangieri –, o meio absolutista em que fora criado, aliado a seu temperamento impetuoso, vieram a consistir em fatores complicadores de sua relação com a opinião nacional. Embora tivesse de moto-próprio convocado uma Assembleia Constituinte que dotasse o Brasil recém-independente de uma Carta, seus conflitos com os irmãos Andrada e sua insatisfação com os rumos que tomavam os constituintes na elaboração do projeto acabaram por levá-lo a dissolver a Assembleia *manu militari* em novembro de 1823. Do projeto da Constituinte não constava o Poder Moderador, embora Benjamin Constant fosse bastante lido e citado durante os debates. Havia alguns deputados que advogavam ou pelo menos sugeriam o instituto do Poder Moderador nas sessões, o mais importante dos quais era José Joaquim Carneiro de Campos, futuro Marquês de Caravelas e autor da Constituição de 1824.

“Adepto de Benjamin Constant, D. Pedro achava que um sistema de separação de poderes requeria um árbitro. Se não estivesse fixado na Constituição, o Poder Moderador seria apropriado de qualquer forma, de maneira extraconstitucional. Nas repúblicas hispano-americanas, baseadas em três sistemas de poderes, o Poder Moderador era assumido pelas Forças Armadas; nos Estados Unidos, pela Suprema Corte” (MACAULAY, 1993, p. 189).

Na Fala do Trono de 1823, com a qual abriu a 4 de maio os trabalhos da Constituinte

te, o monarca exprimiu suas expectativas de que a Constituição a ser elaborada fosse “sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão, e não pelo capricho”, para “darem uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessária ao Poder Executivo”; uma Carta Magna em que os três poderes fossem “bem divididos, de forma que não possam arrogar direitos que não lhe compitam; mas que sejam de tal forma organizados e harmonizados, que se lhe torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado”. Para o Imperador, “todas as constituições que, à maneira das de 1791 e 1792, têm estabelecido suas bases, e se têm querido organizar, a experiência tem mostrado que são totalmente teóricas e metafísicas, e por isso inexecutáveis”. Tais cartas constitucionais não teriam “feito, como deviam, a felicidade geral, mas sim, depois de uma licenciosa liberdade, vemos que em uns países já apareceu, e em outros não tarda a aparecer, o despotismo em um, depois de ter sido exercitado por muitos, sendo consequência necessária ficarem os povos reduzidos à triste situação de presenciarem e sofrerem todos os horrores da anarquia” (Idem, p. 33).

Outra valiosa fonte que nos ajudará a melhor compreender a evolução do pensamento de Dom Pedro rumo ao Poder Moderador é outra carta por ele redigida e endereçada a um jornal carioca da época, agora sob o pseudônimo de “Baiano”. Data de fins de outubro de 1823, isto é, poucas semanas antes da dissolução da Constituinte, e evidencia alguns pontos de atrito seus em relação àquele órgão, principalmente na necessidade de inviolabilidade da figura do monarca. Isso deve-se, com toda certeza, ao aborrecimento de Dom Pedro com a forma desrespeitosa como alguns jornais, instigados por constituintes opositores – em especial os Andradas –, referiam-se à sua pessoa:

“Não posso levar a paciência que todos queiram e gritem ‘Constituição!’,

e não queiram a inviolabilidade do monarca em toda a sua extensão (...). Sou constitucional por princípio; já o era antes de se proclamar em Portugal (...). Depois que estive na Inglaterra e vi o bem executado sistema, ainda mais constitucional fiquei; vi que o Rei é um ente moral respeitadíssimo como tal, e por isso inviolável; isto entendo eu, porque, sendo o Rei o Poder Moderador, era mister que ninguém lhe pudesse pedir contas; seus ministros é que são responsáveis por tudo, mas não de bagatelas, como agora é moda no sistema constitucional de 1791” (VIANNA, 1967, p. 96).

Vemos assim que o ideal do Poder Moderador já estava sedimentado no ideário político do Imperador em outubro de 1823. Tendo na ocasião da dissolução prometido ao país uma Constituição duplicadamente mais liberal do que o anteprojeto da Constituinte, nomeou Dom Pedro um Conselho de Estado a fim de auxiliá-lo na redação de um novo projeto de Carta, a ser submetido à apreciação de outra Constituinte. Esse Conselho era composto por dez membros, sete dos quais haviam sido deputados constituintes, entre os quais se destacava a figura do futuro Marquês de Caravelas, José Joaquim Carneiro de Campos, que viria a ser o relator do projeto constitucional. Em fins de dezembro, todavia, acatando pedido da Câmara da Bahia e do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, pressurosas de ter logo uma Constituição que regesse o novo país, o governo imperial suspendeu as eleições para a escolha de novos deputados constituintes. Quando mais da metade dos governos municipais deram sua anuência ao anteprojeto elaborado pelo Conselho de Estado, este foi outorgado por Dom Pedro I, em 24 de março de 1824, como a Constituição Política do Império do Brasil. Assim entrou em nosso maior diploma político o Poder Moderador de Constant, quase que literalmente como aquele pensador o havia teorizado.

1.3. Os efeitos da recepção

Tornou-se comezinho, entre os historiadores do século, atribuir a abdicação de Dom Pedro I em 1831, ou ao fato de que seu exercício autoritário do poder tornou seu governo insustentável, tendo o imperador na prática forçado a renunciar, ou ao fato de que, mais preocupado em recuperar o trono português para sua filha, cansou-se o Imperador de governar com tantos percalços, abdicando num gesto impetuoso. Quaisquer que tenham sido as razões para o fim de seu governo, elas representaram um somatório de insuficiências acumuladas ao longo de sete anos de regime constitucional: o Brasil era ainda verde politicamente, nunca se tendo autogovernado até então; não dispunha de tradições verdadeiramente nacionais cristalizadas, e a mola mestra que deveria ter amortecido os impactos políticos do regime – o Poder Moderador –, apesar de ter colaborado poderosamente para manter a unidade política do Estado, não logrou cumprir, na prática, os fins a que se propusera na teoria, equilibrando os poderes. De nada valeriam os expedientes doutrinários de Constant, tais como neutralidade, inviolabilidade do monarca ou responsabilidade ministerial, e isto porque o sucesso e o fracasso desse poder dependiam substancialmente da forma como o seu exercente lhe imprimiria a marca de sua personalidade. A flexibilidade da Constituição permitiria que o titular desse poder fosse um déspota, se assim quisesse, ou um Rei parlamentarista, que tão somente se limitasse a supervisionar a marcha dos negócios públicos. A abdicação de Dom Pedro, provocada pela intimidação dos que tencionavam subtrair-lhe uma faculdade prevista na Constituição – a de livre nomeação e demissão de ministros –, parece ser a imagem perfeita de um texto constitucional algo dissociado da realidade política do país; e nesse ponto, isto é, do ângulo estrito do que deveria o Poder Moderador ter funcionado na resolução desses conflitos, ele foi reconhecidamente de um malogro total.

Esse malogro daria a alguns estadistas da Regência, embalados pela onda liberal que se espalhara com a abdicação do Imperador, a impressão de que o Poder Moderador era de fato uma excrescência que deveria ser erradicada de vez das instituições políticas brasileiras. O discurso proferido na Assembleia pelo senador Vergueiro em sessão de 5 de junho de 1832 resume perfeitamente a problemática da questão na época, quando diz que, de fato, constitucionalmente falando, os atos do Poder Moderador não precisavam da referenda ministerial, mas que deveriam precisar; e que, por serem exercidos pela mesma pessoa, não havia na prática diferença entre o Executivo e o Moderador:

“Não se podem suprimir as atribuições concedidas ao Poder Moderador. A questão é se deve ou não continuar na Constituição a palavra ‘Moderador’. É uma questão nominal; não se trata de extinguir um poder. Portanto, os que seguem a opinião não entenderão bem o argumento; mas agora, fazer passar estas atribuições ao Poder Executivo, é o que requer a utilidade pública e o amor à liberdade. Separar essas atribuições é justamente estabelecer um despotismo legal, pois não são elas tampouco ponderosas se exercidas sem responsabilidade. (...) os Ministros não são obrigados a referendarem outros atos senão os do Poder Executivo, e os atos do Poder Moderador não dependem da referenda dos Ministros de Estado. Ora faz-se grandes elogios ao Poder Legislativo por acrescentar mais esse Poder, porém não se lembram que essa distinção é doutrinária, e não de fato, porque (...) bastará que se escreva no papel que esses poderes são distintos, se eles são exercitados pela mesma pessoa? Parece que não; é um absurdo (...). Ora, que abusos pode cometer o Poder Moderador, sendo depositado em mãos independentes?... Ora, se se quer conservar o

Poder Moderador, diga-se: 'Este poder será exercitado com a referenda dos Ministros de Estado'. Eu, Senhores, olho para a substância da cousa, e não para a cousa nominal. Vejo que o Poder Moderador, tal qual existe na Constituição, pode destruir todas as liberdades da Nação, e o modo de remediar isto é fazê-lo passar para o Poder Executivo, ou determinar que ele seja executado com a referenda do Ministro de Estado" (URUGUAI, 1960, p. 233).

A esperada reforma da Constituição, por meio do Ato Adicional em 1834, convertendo a Regência Trina em Regência de um só membro a ser eleito, não pelo Parlamento, mas pelo eleitorado qualificado, e extinguindo o Conselho de Estado ao mesmo tempo em que ampliava o grau de autonomia concedida às províncias, acabaria por consagrar o modelo "presidencialista" defendido por Diogo Antônio Feijó e Evaristo da Veiga. No entanto, não conseguiriam os exaltados extinguir o Poder Moderador, que retornaria na plenitude de suas atribuições com a ascensão de Dom Pedro II, em 1840. A Lei n. 234 de 23 de novembro de 1841 recriaria o Conselho de Estado, agora também com funções de órgão máximo de contencioso administrativo; e, por fim, o Decreto de 20 de julho de 1847 criaria a figura do Presidente do Conselho de Ministros, que escolheria os demais membros do ministério e distinguiria assim um pouco melhor o Executivo do Moderador. A luta sobre a forma de aperfeiçoar o sistema consagrado na Constituição, travada na Regência entre exaltados liberais, defensores do modelo federalista e "presidencial", e os futuros conservadores, adeptos de um regime parlamentar e centralizador à maneira da Monarquia de Julho, terminaria no início do Segundo Reinado com a vitória destes últimos. "A centralização correspondeu à necessidade de se impor ordem ao Império, neste momento ameaçado em sua unidade.

E o controle político só parecia possível de ser alcançado pelo aumento de recursos administrativos, militares e financeiros do Estado, uma vez que os poderes locais tinham demonstrado sua inoperância no controle político local" (NEDER, 1979, p. 43). Corrigia-se Constant, portanto, pela via parlamentarista. Essas adaptações possibilitariam que o Poder Moderador, agora no papel de árbitro entre os partidos, mantivesse a vida política brasileira em paz por mais de quarenta anos. De seu exercício exemplar por Dom Pedro II, dirá Joaquim Nabuco (1949, p. 37-40):

"O Imperador (...) era o crítico de seu governo (...). O que ele queria nos ministros (...) era docilidade em escutar e conformidade com a prerrogativa que a Constituição lhe conferira. Não os queria soberbos, não os conservaria servis. (...). O que se dava é que perante o governo era ele o procurador da oposição no que tinham de legítimo e fundado as queixas e censuras desta; que (...) revestia-se sempre da imparcialidade e frieza do poder que a Constituição mesma chamara de Moderador. Bastava isto para traçar em conselho uma linha divisória sensível entre ele e os ministros. Em virtude desse caráter arbitral supremo, de que não se despia nunca, o imperador tornava-se o fiscal severo e exigente do pacto, para assim dizer, que fazia com cada ministério. Ele (...) é um moderador, sagaz e bem intencionado, sem prevenções nem intransigências pessoais, das correntes opostas de sentimento público que os acontecimentos e as personalidades vão criando. (...) Não há um gabinete no reinado do qual se possa dizer que foi um instrumento em suas mãos, assim como a verdade é que todos viveram da sua aprovação, porque lhe parecia cada um a representação da atualidade política, o que mais convinha nas circunstâncias".

Esse papel arbitral, que nada conviera à personalidade do monarca que o introduzira na Constituição, talharia porém com perfeição a de seu filho, ponderado que era, culto, defensor das liberdades individuais, tolerante em extremo. Em Dom Pedro II, o Poder Moderador encontraria sua personificação mais perfeita; pois que era aquela obra-prima da organização política sem o qual nenhuma liberdade existe e detinha aquela esfera de segurança, majestade e imparcialidade, a que, muitos e muitos anos antes, o velho Benjamin Constant se referira em sua obra magna.

Na Constituição jurada pelo primeiro Imperador, os poderes políticos reconhecidos seriam quatro, e não três: o Legislativo, Executivo e Judicial clássicos, e o Poder Moderador, todas delegações da nação (art. 10 e 12). O Poder Legislativo, em vez de ser composto pelo Imperador e pela Assembleia Geral, era delegado a esta com a sanção daquele, sendo assim composto de três ramos. A Assembleia Geral era composta pelas Câmaras de Deputados e de Senadores, a quem caberia eleger a Regência e marcar os limites de sua autoridade. Tanto senadores quanto deputados poderiam integrar o Conselho de Estado. À Câmara dos Deputados, eletiva e temporária, caberia privativamente discutir propostas elaboradas pelo Poder Executivo. O Senado continuaria vitalício e escolhido sobre listas tríplices pelo Imperador, listas estas formadas pelos três candidatos mais votados em cada província (art. 40/43). A justificativa para a vitaliciedade desse órgão era de que ele deveria ser “o representante das nossas ideias conservadoras, e do interesse geral, como predominante” (SÃO VICENTE, 1978, p. 56). A vitaliciedade, em vez de um entrave à democracia, seria de alta importância, pois, o senador, uma vez escolhido, estaria independente do povo e da coroa, visto que o Senado não estaria sujeito à dissolução. Nesse aspecto, Dom Pedro I, ao acatar esse ponto do projeto de Antônio Carlos, fugiu completamente à expressa orientação de

Constant, que defendia uma câmara alta hereditária, e não vitalícia¹.

Como tivemos oportunidade de resenhar quando de nosso estudo da obra de Constant, o Poder Neutro tinha uma finalidade precípua, que era a de moderar os demais poderes políticos. Caberia, pois, ao monarca reunir, como titular privativo desse poder, as atribuições que dissessem respeito à intervenção nos demais poderes, possibilitando-lhe “resolver impasses e assegurar o funcionamento do governo de acordo com a Constituição e em obediência aos interesses permanentes da nação” (MACAULAY, 1993, p. 188). Era, na literal tradução da expressão de Constant, “a chave de toda a organização política”, sendo delegada ao Imperador, na condição de primeiro representante da nação, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos, conforme rezava o art. 98 da Carta Imperial.

Como dissemos, a eficácia do Poder Moderador só se revelaria no Segundo Reinado. As faculdades que conferiam ao Imperador dissolver a Câmara dos Deputados, nomear senadores eleitos por lista tríplice e nomear e demitir ministérios, no decorrer do século XIX, foram fundamentais para adiar a oligarquização total do sistema político brasileiro, o que só veio a ocorrer durante a República Velha. A centralização da administração daí decorrente, com efeito, impediu que as oligarquias regionais nas províncias tomassem o poder completamente e também que a escravidão se prolongasse indefinidamente no Brasil. O papel da Coroa na abolição da escravatura fica claro quando se analisa o papel que o Conselho de Estado, órgão consultivo do Poder Moderador, e

¹ Vale dizer ainda que o tempo demonstraria, no que tange a essa matéria, um erro de cálculo de Constant: quando da Revolução de Julho de 1830 e da consequente ascensão dos Orléans, a Constituição francesa seria emendada para adquirir feições mais democráticas, e uma dessas emendas substituiria exatamente o Senado hereditário pelo Senado vitalício; seis anos depois que o Brasil.

este, tiveram não apenas na ocasião da Lei do Ventre Livre, como da Lei Áurea; papel este só possível de desempenhar devido à independência que o trono possuía em relação às elites reunidas no Parlamento. Este seria, inclusive, um fator que tiraria o apoio restante que as oligarquias davam ao regime monárquico, deixando-o sem sustentação e facilitando a ação dos republicanos, no ano seguinte ao da abolição total.

Vale a pena ainda declarar que Dom Pedro II, na medida do possível, valeu-se da faculdade de escolher os senadores para, na impossibilidade de, no regime constitucional, promover ele diretamente as reformas nas quais acreditava – entre elas, a eleitoral –, constituir uma verdadeira casta de administradores públicos de alto gabarito, que primavam pela honra pessoal e pela integridade moral. Quanto à faculdade de dissolver a Câmara dos Deputados, valeu-se desse expediente – respeitando as praxes parlamentares que se iam desenvolvendo – por mais de dez vezes em seu reinado, a fim de que os dois partidos monárquicos se alternassem no poder, em vez de promover golpes que ali os alçasse. O último se dera em 1842, quando das revoltas liberais em São Paulo e Minas Gerais. Foi esse rodízio que possibilitou 40 anos de paz entre as elites brasileiras. Quanto à nomeação e demissão de ministérios, o Imperador valeu-se dessa prerrogativa tendo sempre em vista o que julgava útil para o país e as condições políticas das circunstâncias.

No entanto foi o Poder Moderador combatido fortemente durante seu governo. Ele impediria o desenvolvimento do sistema parlamentar, consistindo em arbítrio e “poder pessoal”. Na realidade, o que impedia o desenvolvimento do sistema eram as eleições fraudadas pelo partido que no momento detivesse o poder. E salta aos olhos a evidente incongruência do argumento, visto que só houve promoção de uma única reforma eleitoral relevante durante o reinado – a de 1881, promovida pelos liberais. Após alguns anos de “eleições limpas”, no

entanto, recomeçaram as fraudes, praticadas pelos mesmos que reclamavam o falseamento, pelo Poder Moderador, do sistema representativo. Por outro lado, inafastável que uma nação não pudesse ser tutelada, por toda a sua história, por um poder de base não popular, por mais benéfico que fosse ao estado em que se encontrava um imenso país monocultor, escravocrata, de baixíssima densidade populacional.

Se nos fosse indagado se o invento teórico de Constant teve êxito em sua finalidade, dadas as condições em que se encontrava o Brasil na segunda metade do século XIX, a resposta é francamente afirmativa: estabilizou o poder, garantiu, à medida do possível, os direitos políticos e alguns direitos civis fundamentais, por mais de quarenta anos. O fim do Poder Moderador com a República trouxe tudo aquilo que para Constant era o de mais deplorável para uma nação: revoluções (da Armada e Federalista, em 1893), revoltas (de Canudos, em 1897; da Vacina, em 1904; da Chibata, em 1910; do Contestado, na segunda década do século), desrespeito aos direitos fundamentais (devido aos estados de sítio, nacionais ou locais) e crises institucionais intermitentes (insurreições dos tenentes, em 1922; intervenções violentas nos Estados durante o governo Hermes da Fonseca). Evidente que o alcance histórico do Poder Moderador, tal como formulado por Constant, repetimos, não poderia ser indefinido. Mas se tivesse durado até 1930, talvez tivesse sido melhor para a nação. O caso é que as oligarquias, em 1889, já estavam fortes o bastante para dispensar a tutela do Poder Moderador e dirigir o país pelas próprias mãos.

2. *Comparação entre o Poder Moderador de 1824 e o da proposta de 1933*

2.1. *Diversidade de contextos históricos*

O Brasil de quarenta e quatro anos depois do golpe de Estado que instituiu a República já era, em todos os aspectos,

bastante diverso. Embora o café ainda respondesse substancialmente pela maior parte da riqueza do país, as oligarquias rurais começavam a ceder espaço à classe média que já surgira nas crescentes capitais do país e à nova classe industrial. De há muito se encontravam os dirigentes da República Velha dissociados da opinião pública nascente, que apoiava o pleito dos tenentes revoltosos por eleições limpas e governo verdadeiramente representativo.

O movimento de 1930 nasce originalmente para dar vazão às novas demandas e, embora também não tenha sido exatamente popular, provavelmente foi o movimento mais representativo da opinião pública na história do país. Nesse tempo, o velho liberalismo já havia sido posto de lado por todas as novas correntes de pensamento que proliferavam após a vitória da Revolução Bolchevique na Rússia, o fascismo italiano, o movimento social do pós-guerra. O individualismo, como concebido no século anterior, dava lugar a uma nova concepção mais orgânica da sociedade, e neste sentido, a Constituição de 1891 parecia velhíssima para os constituintes de 1933: não abordava direitos coletivos, não tocava nas relações de trabalho, não previa representação política por classes de trabalhadores, não garantia adequadamente a lisura dos pleitos eleitorais, não estendia o direito de voto às mulheres, adotava o voto aberto como meio de sufrágio.

A constituinte de 1933 foi, neste contexto, um caldeirão onde fervilhavam descontroladamente todas essas novidades que se espalhavam pelo mundo ocidental. Seu funcionamento foi bastante prejudicado pelo caos partidário de então, herança devastadora que a República Velha deixara ao entregar esse sistema aos partidos oligárquicos locais. Um desses partidos nanicos e efêmeros chamava-se Partido Republicano Rio-Grandense e seu maior expoente era nada mais nada menos que um dos mais destacados políticos em atividade durante a República Velha – Borges de Medeiros,

que, durante mais de vinte anos, ocupara a governança do Rio Grande do Sul. A esta época, achava-se desterrado no Recife em razão de sua participação como conspirador da malograda Revolução Constitucionalista de 1932, provocada pela relutância de Vargas em proceder logo à reconstitucionalização do país. Candidato à Assembleia Constituinte de 1933, aproveitou sua temporada em Pernambuco para, conforme ele mesmo explica, “desobrigar-me de um encargo espontaneamente assumido, quando aqui prometi, aos atuais dirigentes do partido (...), contribuir (...) para a maior amplitude que convinha dar-se ao programa constitucionalista” (MEDEIROS, 1933, p. 3). No melhor espírito “revolucionário” de nossos dirigentes apeados do poder, longe de criticar a ordem constitucional anterior, declara ter sido sempre partidário apenas da reforma daquela no que fosse mais propício ao desenvolvimento da liberdade civil e política e da federação. Hoje, aduz, seria ainda indispensável incorporar dispositivos e doutrinas mais modernas, sob o influxo da nova era constitucionalista inaugurada pela Constituição de Weimar, que se adequassem às peculiaridades do Brasil de então.

Modesto quanto às suas ambições, parece assim ter conseguido manter-se à altura delas. Não se trata de um pretensioso tratado teórico: o livro, de dimensões relativamente pequenas, resume-se a um preâmbulo, uma introdução e duas partes, a primeira de âmbito teórico, e a segunda, num anteprojeto de constituição consistente, à parte no que tange ao Poder Moderador e um ou outro tópico, em reproduzir *ipsis litteris* o que de melhor julgava haver no constitucionalismo da época: mantém aqui disposições da Carta de 1891; introduz ali disposições da Constituição de Danzig; mais adiante, algumas da constituição da Áustria e da Alemanha. A seu favor militava a preocupação, herdada de Alberto Torres e desenvolvida, na época, por Oliveira Viana, de não apenas importar modelos es-

trangeiros, como até então se fizera, mas de adequar o que pudesse haver de útil no estrangeiro à própria realidade do país. Neste sentido, acreditava que “uma verdadeira constituição é a que logra plasmar com fidelidade a que se vem elaborando, lenta e confusamente, nos espíritos e crenças do povo. Ela não deve ser a improvisação do idealismo e da razão pura” (Idem, p. 9). Ao contrário de Alberto Torres, todavia, afirma, citando Kelsen, crer que o povo pode governar-se a si mesmo, e que tal só pode se dar por meio de partidos.

“O Brasil viveu-se e educou-se, por mais de um século, sob o regime de duas constituições liberais, praticando embora o sistema representativo com as imperfeições de todo conhecidas. Ele quer um Estado livre e democrático, e não foi para outro fim que revoltou-se contra os abusos do poder pessoal² e as mistificações da mentira eleitoral. O ideal compatível com nossa civilização é a do Estado de Direito, cujo princípio teleológico é a democracia juridicamente organizada” (Ibidem, p. 18).

Um dos imensos erros que a ordem política inaugurada em 1891 teria trazido foi o mandonismo do Presidente da República, que, na realidade, acabara convertendo-se no ditador informal do país:

“Duma parte os textos constitucionais, e doutra a carência de controle, que só os grandes partidos e uma opinião pública consistente poderiam exercer, propiciariam o fenômeno da hipertrofia do poder presidencial. O fato da inexistência de partidos nacionais e de uma opinião pública, no Brasil, criou um ambiente assaz favorável ao governo pessoal, que o presidente podia exercer livremente e com relativa facilidade, sem mesmo

possuir dotes e habilidades excepcionais” (MEDEIROS, 1933, p. 63).

Seria então forçoso, como advogavam alguns, voltar ao parlamentarismo? Para Medeiros, nunca, e sua posição neste sentido é compreensível pelo contexto mundial de crise do sistema parlamentar europeu. No entanto, o que conviria era o próprio presidencialismo, combinado com toques parlamentaristas e redimensionado por uma nova divisão de poderes. Na realidade, tanto o parlamentarismo quanto o presidencialismo trariam, em si, a mesma diátese, em forma variável. No primeiro, anemia do executivo; no segundo, hipertrofia. Que cumpriria então fazer?

“Fundir ou amalgamar as virtudes e utilidades dos dois sistemas contrários, e com esses elementos construir um novo tipo de presidencialismo (...). Eis o nosso principal objetivo e quicá a maior originalidade deste projeto. Em nossa concepção, o rol do presidente consistirá em presidir a República como seu primeiro magistrado, e não como seu primeiro líder político. Fora da atmosfera dos partidos e posto na posição de livrar-se de qualquer influxo dos interesses e paixões do mundo político, há ele de reunir os predicados e requisitos que fazem o verdadeiro magistrado (...). Separado dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ele constituirá o quarto poder do Estado, o Poder Moderador da República” (Idem, p. 63).

Curiosamente, Borges de Medeiros passa a fundamentar sua defesa do Poder Moderador como garantidor da estabilidade do Estado – num tempo de declínio absoluto do liberalismo, e com o fito de estabilizar um Estado democrático e social – na obra de Brás Florentino Henriques de Sousa. Florentino havia sido professor da faculdade de Direito do Recife durante o Segundo Império e que escrevera então um gigantesco tratado político-filosófico na

² Medeiros refere-se aqui, obviamente, ao poder pessoal de Dom Pedro II – que, paradoxalmente para o autor, decorria do Poder Moderador que mais adiante vai defender em suas premissas filosóficas.

defesa do instituto. Se comparado às obras do Visconde de Uruguai, Marquês de São Vicente e Zacarias de Góis e Vasconcelos, elaboradas na mesma época, tem fôlego e profundidade muito superiores, sendo no entanto muito mais reacionário, se assim pudermos expressar-nos. Basta dizer que Florentino era discípulo de Joseph de Maistre, expoente do pensamento conservador francês contrarrevolucionário, estando as páginas de sua obra repletas de veneração à ideia da monarquia cristã. Isso não tem a menor importância:

“Se, no dizer de Benjamin Constant, a grande vantagem da monarquia constitucional foi ter criado esse poder neutro (moderador) na pessoa de um rei, por que não há de a República criar esse mesmo poder na pessoa do presidente? (...) Só um poder supremo, neutro, mediador, moderador, separado e independente de todos os poderes, há de fazer com que o presidente seja realmente não só o primeiro representante como também o primeiro magistrado da nação (...). No que se relaciona com o poder legislativo, exercerá ele a ação moderadora, vetando o projeto de lei, inconstitucional ou contrário aos interesses da nação; corrigirá as faltas ou omissões do mesmo poder, propondo-lhe projetos de lei, de que porventura não haja ele cogitado; e o convocará a sessões extraordinárias, quando o exigir o interesse público. Em relação ao executivo, mais eficiente ainda mostrará sua autoridade. Não só nomeando e demitindo os ministros, como aprovando e rejeitando os decretos, regulamentos e instruções que eles lhe propuserem. E, quanto ao judiciário, nomeando os magistrados federais, indultando e comutando penas... Finalmente, levando a intervenção federal aos Estados, nos estritos termos da Constituição, cumprir-lhe-á restabelecer

e manter o equilíbrio constitucional da Federação, salvaguardando a um tempo a unidade do regime e a autonomia federativa” (Ibidem, p. 75-77).

Para Medeiros, em tempos de democracia, o titular do Poder Moderador só poderia concentrar legitimidade para desempenhar tão altas funções se eleito diretamente pelo povo, com direito à reeleição. Esse presidente escolheria os ministros, mas tal escolha ficaria dependendo da aprovação do Legislativo unicameral. Os ministros, uma vez nomeados e aprovados, seriam inamovíveis nesta “racionalização” do parlamentarismo, senão nos seguintes casos: a) como solução de conflito entre o executivo e o legislativo, quando por ela optar o Presidente: em caso de inconformismo do Legislativo, deveria o presidente ou demitir o gabinete, ou convocar referendo popular, do qual resultaria, ou a demissão dos ministros, ou a dissolução da Assembleia; b) quando o gabinete ou um dos ministros não ajudar ou não referendar ato do Poder Moderador; c) sob proposta do primeiro-ministro, havendo divergência com um dos ministros. Por outro lado, o Legislativo também poderia destituir o Presidente da República mediante plebiscito.

Quanto à hipótese de o Presidente querer impor sempre um ministério de seu partido, ou de ele “eleger”, com seu prestígio, a maioria dos legisladores – acarretando, obviamente, o fim de sua “neutralidade” – e pondo o governo virtualmente em suas mãos, Borges de Medeiros não se manifesta.

2.2. Cotejo entre o Poder Moderador de 1824 e da proposta de 1933

Forma de investidura e duração do cargo de chefe do Poder Moderador. Tratando-se de uma constituição monárquica, a de 1824 não enunciava diretamente no capítulo concernente ao Poder Moderador qual seria a forma do preenchimento do cargo. No entanto, podemos inferir tal interpretando

os artigos 3º, 4º e 117 daquela Carta: o artigo 3º. consagrava o governo monárquico hereditário; o artigo 4º. definia a dinastia imperante como sendo a de Dom Pedro I, e o 117, que sua descendência legítima sucederia ao trono “segundo a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores; na mesma linha o grau mais próximo ao mais remoto; no mesmo grau o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo a pessoa mais velha à mais moça”. Isto equivale dizer que o titular do Poder Moderador poderia ser apenas o herdeiro presuntivo do trono – o Príncipe Imperial, e, após, o filho deste, o Príncipe do Grão Pará.

No anteprojeto Borges de Medeiros (1933), os requisitos para o exercício do cargo vinham previstos nos artigos 83 e 87: pelo primeiro, o candidato deveria ser brasileiro nato, estar no gozo de seus direitos políticos e ser maior de 35 anos de idade. Pelo segundo, deveria ser eleito por maioria absoluta de votos em sufrágio direto da nação. Caso nenhum dos candidatos obtivesse maioria absoluta, o Parlamento elegeria, por maioria, um dos dois candidatos mais votados. De acordo com o parágrafo terceiro deste último artigo, seriam inelegíveis para o cargo os parentes consanguíneos e afins, nos primeiro e segundo graus, do presidente ou substituto em exercício no momento da eleição, ou que tivesse deixado o cargo até seis meses antes. Pela constituição de 1824, o exercício do Poder Moderador era exercido pelo monarca vitaliciamente. No projeto de 1933, o ocupante do cargo poderia exercê-lo por quatro anos, facultada a reeleição para o período imediatamente subsequente, se obtidas 3/4 partes dos votos apurados (art. 85).

Finalidade. O artigo 98 da Carta de 1824 enunciava que, sendo “a chave de toda a organização política”, cabia ao titular do Poder Moderador velar incessantemente “sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”. Por sua vez, o artigo 82 da

proposta de 1933 ampliava o conceito. Ao chefe desse Poder incumbiria não somente a missão sobredita, como “velar sobre os destinos da República (...), assim como sobre a inviolabilidade dos direitos fundamentais”.

Substituição do titular em caso de impedimento. A Constituição do Império previa, no capítulo V do Título V, dois casos de impedimento do titular do Poder Moderador: menoridade de 18 anos (art. 121) e impossibilidade de governar “por causa física ou moral, evidentemente reconhecida pela pluralidade de cada uma das câmaras da Assembleia” (art. 126). Em ambos os casos o Imperador seria substituído por uma regência. Em caso de menoridade do Imperador, este poder deveria ser exercido pelo parente mais próximo daquele, segundo a ordem de sucessão, devendo o mesmo contar com mais de 25 anos (art. 122). Na inexistência de príncipe ou princesa preenchedora de tais requisitos, a regência seria formada permanentemente por três membros eleitos pelo Parlamento, devendo o mais velho presidi-la (art. 123). O art. 124 previa a organização de uma regência provisória enquanto a definitiva não fosse eleita, a ser composta pelos ministros do Império e da Justiça e dos dois conselheiros de Estado mais antigos em exercício, a ser presidida pela Imperatriz viúva, ou, na falta desta, pelo conselheiro mais antigo. A abdicação de Dom Pedro I, em 1831, deu margem à exata aplicação destes dois últimos artigos, até 1834, por meio da regulamentação que obtiveram pela Lei da Regência, de 14 de junho de 1831. Essa lei foi importante porque submeteu o exercício dos atos do Poder Moderador à referenda dos ministros de Estado, além de vedar aos regentes várias atribuições deste poder, tais como a dissolução da Câmara dos Deputados, a concessão de anistia em caso urgente, a nomeação de conselheiros de Estado, e ainda vincular a suspensão de magistrados à anuência dos presidentes das províncias. Esses três dispositivos da Constituição de

1824, bem como os concernentes na Lei da Regência, foram revogados pela lei n. 16 de 12 de agosto de 1834 – o Ato Adicional, que, nos artigos 26 e 27, substituiu a regência trina por uma regência una, eletiva em dois graus pelo povo, e temporária, com mandato de quatro anos. O que praticamente transformou o Regente num presidente da república³.

O projeto de 1933 previa, por seu turno, que, em caso de impedimento, ou falta de presidente, este seria substituído sucessivamente pelo primeiro-ministro, pelo presidente do Parlamento e pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (artigo 84).

Atribuições privativas. Eram atribuições comuns, tanto do Poder Moderador de 1824 como do de 1933: a) A convocação extraordinária do Parlamento (art. 101 II/ art. 88 XIV); b) A sanção dos projetos de lei enviados pelo Legislativo (art. 101 III/ art. 88 I); c) A livre nomeação e demissão de ministros (art. 101 IV/ art. 88 IV e XI), com a ressalva de que em 1824 essa faculdade era ampla, ao passo que em 1933 estava vinculada à aprovação do Parlamento, no primeiro caso, e ao conflito com este ou consigo mesmo, no segundo; d) Comutar penas (art. 101 VIII/ art. 88 XIII), sendo que, em 1824, podia ainda o Imperador moderar as penas, e em 1933, podia o Presidente conceder indulto; e) Conceder anistia (art. 101 IX/ art. 88 XII), sendo que o Imperador só poderia fazê-lo em casos de urgência, e o Presidente, “na ausência da assembleia nacional”.

As demais atribuições do Poder Moderador do Império eram: f) a nomeação dos senadores vitalícios, em caso de vacância (art. 101 I), entre os três mais votados de uma determinada província (art. 43); g) a prorrogação do Parlamento, quando “o

³ Houve, ainda, um terceiro caso de impedimento não previsto constitucionalmente. O artigo 104 vedava ao Imperador sair do Brasil sem consentimento do Parlamento. Das três vezes que Dom Pedro II deixou o país para viajar, nas últimas duas décadas do Império, a Princesa Imperial assumiu como Regente, na plenitude do exercício do Poder Moderador.

exigisse a salvação do Estado” (art. 101 V)⁴; h) a aprovação e a suspensão interina das resoluções dos conselhos provinciais (art. 101 IV), atribuição esta que ficou prejudicada pela transformação dos conselhos em assembleias legislativas, quando do Ato Adicional, em 1834; i) a dissolução da Câmara dos Deputados, quando o exigisse, mais uma vez, “a salvação do Estado”, devendo o Poder Moderador convocar outra, que a substituísse (art. 101 V, in fine); j) a suspensão de magistrados, em razão de queixas contra eles proferidas (art. 101 VII).

As demais atribuições do projeto de 1933, por suas vezes, eram: f) expedir decretos, regulamentos e instruções, sob proposta do ministério, para fiel execução das leis (art. 88 II); g) vetar projetos de lei da assembleia nacional (art. 88 III); nomear diplomatas, ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas e do Superior Tribunal Eleitoral, mediante aprovação do Parlamento (art. 88 IV); h) representar a nação no exterior e manter relações com os Estados estrangeiros (art. 88 V); i) declarar a guerra e fazer a paz, conforme resolução do Parlamento (art. 88 VI); j) declarar guerra em caso de agressão estrangeira (art. 88 VII); l) distribuir forças militares pelo país, de acordo com as necessidades de segurança (art. 88 VIII); m) exercer ou designar quem deva exercer o comando supremo das forças armadas em tempo de guerra (art. 88 IX); n) nomear os magistrados federais (art. 88 X); o) comparecer perante o parlamento no dia da abertura da sessão ordinária, para expor a situação da República e indicar providências e reformas urgentes, em mensagem que deverá ler (art. 88 XV)⁵; p) acreditar e receber embaixadores e outros

⁴ Estas duas atribuições, bem como as quatro primeiras comuns à Constituição de 1824 e ao projeto de 1933, pertenceriam ao Poder Executivo, de acordo com anteprojeto da Constituinte dissolvida em 1823 (art. 142 II, IV, I, VIII, XIII e III).

⁵ Esta função o Imperador também tinha, embora não estivesse incluída entre as atribuições específicas do Poder Moderador: era a Fala do Trono.

diplomatas (art. 88 XVI); q) concluir ajustes, convenções e tratados internacionais, sob referendo do parlamento (art. 88 XVII); r) autorizar o ministério a entabular negociações preliminares à conclusão desses atos internacionais (art. 88 XVIII); s) homologar os ajustes e convenções que os Estados celebrassem entre si, submetendo-os, quando lhe cumprisse, à resolução legislativa (art. 88 XIX); t) nomear os oficiais superiores das três forças armadas (art. 88 XX); u) exercer a iniciativa legislativa e promover o referendo (art. 88 XXI) e, por fim, v) dirimir conflitos entre a assembleia nacional e o ministério, na forma da constituição (art. 88 XXII) (MEDEIROS, 1933).

Desse cotejo depreende-se que várias das atribuições que Medeiros destina ao Poder Moderador antes pertenceriam ao Poder Executivo. O mesmo ocorre com os da Constituição do Império, em comparação com o anteprojeto Antônio Carlos (1823). Repare-se, porém, que o Imperador também exercia várias das funções destinadas por Medeiros ao Poder Moderador, porém no exercício do Poder Executivo, que também lhe competia pela Carta de 1824. O desenvolvimento do regime parlamentar durante o Segundo Reinado, todavia, deixou o exercício prático de muitas das mesmas, em todo caso, a cargo do Presidente de Conselho de Ministros⁶. Também se percebem ausentes, do projeto Medeiros,

⁶ O artigo 142 da Constituição de 1824 vinculava a oitiva do Conselho de Estado sempre que o Imperador se propusesse a exercer alguma das funções do Poder Moderador, à exceção da nomeação e destituição de ministros. Com a extinção do Conselho pelo Ato Adicional, tal norma desapareceu. O restabelecimento do Conselho por lei ordinária em 1841 tornou a oitiva pelo Imperador facultativa – na prática, Pedro II invariavelmente consultava o Conselho, seguindo a opinião da maioria quase sempre. Como se vê, em nenhum dos dois conselhos o Poder Moderador estava adstrito a seguir essa maioria. De qualquer sorte, a participação do Conselho de Estado nas decisões, em vista do alto nível intelectual e moral de seus integrantes, era extremamente benfazeja ao exercício daquele poder. No projeto Medeiros, não havia nenhum órgão ao qual o Poder Moderador estivesse vinculado, sequer a título de consulta.

algumas atribuições fundamentais que Constant destinava ao Poder Moderador. Pudera: a época e o contexto eram outros. O que Medeiros tenciona fazer – e isto é mais do que válido – é, antes de reproduzir literalmente a teoria de Constant, aproveitar modernamente suas linhas gerais.

Formas legais de destituição. A Constituição do Império não previa forma alguma de destituir um titular do Poder Moderador que não fosse menor ou incapaz física ou psicologicamente. O artigo 90 do projeto Medeiros previa sua destituição por plebiscito, convocado este por iniciativa de 2/3 dos votos dos parlamentares. Caso o plebiscito fosse desfavorável à assembleia, esta é que ficaria automaticamente dissolvida.

Responsabilidade. Não havia responsabilidade expressa pelos atos emanados do Poder Moderador na Constituição de 1824, já que o artigo 99 era explícito ao dizer que “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade de espécie alguma”. A clareza da constituição não impediu, porém, que liberais e conservadores se digladiassem durante todo o Império procurando designar como responsáveis por esses atos, ou os ministros (no caso dos liberais, como pregava Zacarias de Góis e Vasconcelos em Da natureza e dos limites do Poder Moderador), ou os conselheiros de Estado (no caso de alguns conservadores. Outros concordavam na ideia de irresponsabilidade absoluta, como São Vicente e Uruguai). Por mais impensável que fosse, num sistema representativo, considerar a hipótese de haver atos de governo emanados de autoridade irresponsável, levando entretanto a Constituição ao pé da letra, tanto liberais como os primeiros conservadores estariam errados – inclusive porque, ainda que o Conselho de Estado respondesse pelos maus conselhos que desse, o Imperador não estava contudo obrigado a seguir a opinião da maioria e, caso isso ocorresse, não haveria, de qualquer forma, quem respondesse por seus atos. Mas o espírito parcialmente consuetudinário do

sistema parlamentar permitia esse tipo de debate, ainda que o próprio Dom Pedro II dissesse abertamente que os atos do Poder Moderador, de fato, não estavam sujeitos a nenhum tipo de responsabilidade. Era mesmo o espírito (antiparlamentarista, é certo) da doutrina de Constant.

Na proposta de 1933, por sua conta, a responsabilidade era claríssima. O artigo 91 enunciava os crimes de responsabilidade do Presidente da República, consistindo os mesmos aqueles que atentassem contra a existência política da União, a forma de governo da União e dos Estados, a Constituição e as leis, o livre exercício dos poderes políticos, o gozo e o exercício legal dos direitos individuais e políticos, a segurança interna e externa do país, a integridade do território nacional, o decoro do cargo e a probidade funcional, e, por fim, as leis orçamentárias, quanto aos atos que praticasse e aos que fossem praticados em virtude de ordem sua, dada por escrito. Incorrendo em algum desses casos, preconizava o artigo 92 que o presidente seria submetido a processo e julgamento, depois que o parlamento declarasse procedente a acusação formulada perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e perante um tribunal especial, formado, no início de cada quadriênio, pelo presidente do Supremo Tribunal, servindo de juízes três ministros daquela corte designado pelo primeiro e três deputados eleitos pela assembleia (parágrafo segundo). Decretada a procedência da acusação, ficaria o presidente suspenso de suas funções (parágrafo primeiro).

Conclusão

Embora a obra de Borges de Medeiros tenha obtido considerável repercussão nos trabalhos legislativos da Constituinte de 1933, a proposta de reinserção do Poder Moderador no ordenamento constitucional brasileiro não foi acolhida, tendo os constituintes preferido reformular o Conselho Supremo previsto no anteprojeto

apresentado pelo governo provisório de Vargas, e inspirado no Poder Coordenador de Alberto Torres (1914), e atribuindo ao Senado o papel de exercer essa função de “coordenar” os poderes. De fato, o horror ao parlamentarismo possuído pela maioria dos constituintes, sobretudo os governistas, impediu que o deputado Assis Brasil, convicto presidencialista, acolhesse a proposta em sua emenda n. 501, limitando-se ele a recomendar o projeto Medeiros, ressaltando contudo sua divergência “quanto a algumas das concepções contidas no importante diploma” (CARNEIRO, 1936, p. 217)⁷. Em que pese a Constituinte de 1933 ter sido a mais criativa que já tivemos, a conjuntura política real, e não a teórica, era francamente desfavorável a qualquer medida aparentemente descentralizadora do poder. Não seria à toa que Vargas afirmaria, no dia da própria promulgação da constituição, que seria seu primeiro revisor.

Essa discussão toda nos remete mais uma vez à temática da validade ou não, hoje em dia, de instaurar-se um poder neutro no alto da cúpula do Estado com a missão de garantir a estabilidade das instituições democráticas. Parece-nos que, a despeito da origem antidemocrática do Poder Moderador, da forma concebida por Constant, Medeiros, sem muita fundamentação teórica, mas bem intencionado, foi feliz em comprovar a atualidade da ideia em sua época. Com efeito, não se pode dizer que a estabilidade do Estado democrático de direito não seja algo de desejável; a partir dessa premissa se torna possível reestudar formas que garantam esta estabilidade.

⁷ Embora a eleição de Vargas como Presidente constitucional fosse já um fato consumado, ofereceu-se Borges de Medeiros para concorrer com ele no que era uma verdadeira anticandidatura, a fim de marcar a oposição ao regime. Recebeu 59 votos, contra 175 atribuídos ao Chefe do Governo Provisório. Transformado em símbolo de resistência democrática, voltou ao Rio Grande do Sul como líder da oposição a Flores da Cunha, tendo sua carreira afinal encerrada aos 73 anos com o golpe militar que instaurou o Estado Novo.

A primeira forma, claro, é a educação do povo para a democracia; é o exercício diário da prática democrática. Mas isto não nos exime, estudiosos da teoria política e do direito constitucional, de aventarmos que arranjo melhor garante as condições dessa educação, dessa estabilidade, de forma a que convenha às nossas necessidades.

Bibliografia

CARNEIRO, Levi. *Pela nova constituição*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Editor, 1936.

CONSTANT, Benjamin. *Oeuvres*. Apresentação e notas de Alfred Roulin. Paris: Gallimard, 1957.

_____. *Princípios políticos constitucionais*: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à constituição atual da França (1814). Organização e prefácio de Aurélio Wander Bastos. Introdução de José Ribas Vieira. Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

_____. *Écrits politiques*. Textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gouchet. Paris: Gallimard, 1997.

_____. *De la liberté chez les Modernes*. Paris: Librairie Générale Française, 1980. (Collection Pluriel).

DIAS, Floriano de Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1975.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

MACAULAY, Neill. *Dom Pedro I: a luta pela liberdade no Brasil e em Portugal: 1798-1834*. Tradução de André Villalobos. Rio de Janeiro: Record, 1993.

MEDEIROS, Borges de. *O Poder moderador na República presidencial: ante-projeto da constituição brasileira*. Recife: [s.n.], 1933.

NABUCO, Joaquim. *Minha formação*. Prefácio de Carolina Nabuco. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1949.

NEDER, Gizlene. *Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

OURO PRETO, Afonso Celso de Assis e Figueiredo, Visconde de. *Discursos parlamentares*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

PEDRO II, Imperador do Brasil. *Conselhos à regente*. Introdução e notas de João Camillo de Oliveira Torres. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1958.

_____. Diário de 1862. Separata de: *Anuário do Museu Imperial*, Petrópolis, v. 17, 1956.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

SÃO VICENTE, João Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*. Prefácio do Ministro Seabra Fagundes. Brasília: Senado Federal, 1978.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

URUGUAY, Paulino Soares de Sousa, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito administrativo*. Apresentação de Temístocles Brandão Cavalcanti. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1960.

VIANNA, Hélio. *Dom Pedro I, jornalista*. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1967.

O caráter cognitivista das normas deônticas

Reflexões a partir de Kant e Habermas

Fernando J. Armando Ribeiro
e Gabriela de Sousa Moura

Sumário

1. Introdução. 2. A filosofia moral kantiana como deontologia pura transcendental não pragmática. 3. A teoria discursiva da moral na vertente pós-kantiana transcendental fraca. 4. A distinção entre verdade e correção como elemento de garantia do teor cognitivo da moral. 5. Conclusão.

1. Introdução

Um dos temas mais polêmicos para a filosofia contemporânea se refere à motivação que fundamenta as normas de condutas de ação. Não existe unanimidade entre os pensadores no tocante aos princípios determinantes do agir e dos discursos práticos, de modo que é possível dividir a deontologia em duas correntes principais: uma identificada como defensora do cognitivismo moral e a outra defensora do não cognitivismo moral¹.

Tal discussão sobre o caráter cognitivista das normas do agir se dá em torno, basicamente, dos seguintes questionamentos: existem fatos morais/éticos? As normas de

Fernando J. Armando Ribeiro é Pós-doutor pela Universidade de Berkeley (EUA) (bolsista Fulbright/Capes); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJMMG).

Gabriela de Sousa Moura é Mestre em Teoria do Direito pela PUC-MINAS. Bolsista do CNPq. Bacharela em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Professora Universitária.

¹ Dentro dessa bifurcação, caberia citar inúmeros matizes, como o Relativismo Cultural, o Subjetivismo Ético, o Egoísmo Psicológico, o Egoísmo Ético, o Utilitarismo, a filosofia moral do Contrato Social, a Ética do Cuidado, a Ética da Virtude. Contudo, no presente artigo será dada atenção em especial à filosofia moral kantiana e pós-kantiana, em oposição à filosofia moral de Hume e de variações teóricas que dele partiram e ao Relativismo Cultural.

conduta de ação são apenas produtos de uma determinada cultura? A moral/ética representa apenas sentimentos e preferências subjetivistas? O fundamento do agir prático moral é racional?

Na busca por respostas a tais questionamentos, filósofos apresentaram teses diversas e geraram um debate bastante rico.

Hume, por exemplo, em seu *Tratado da Natureza Humana* (2001), estabeleceu que o fundamento do agir é sempre uma *Impressão* [que pode ser uma *Impressão de Sensação* (como sensações de prazer e dor) ou *Impressão de Reflexão* (paixões, desejos e emoções)] (RAWLS, 2005, p. 31). Dessa forma, a razão não é capaz de, por si só, determinar o nosso agir prático, pois ela é tão somente escrava de impulsos como as paixões, podendo apenas orientar a melhor maneira (meios) de atingir um determinado fim (desejo), ou corrigir equívocos sobre objetos desejados. Mas a razão não é, em si mesma, um impulso capaz de motivar a ação (Idem, p. 36).

Nessas bases, Hume foi o predecessor do movimento subjetivista e não cognitivista da moral, que, ante as críticas enfrentadas, acabou originando formas mais aperfeiçoadas da teoria, como, por exemplo, o Emotivismo de Stevenson (1937), que veio a sustentar que enunciados morais como “X é correto” nada mais significam que o orador aprova X, sem significar qualquer transmissão de informação ou de fatos. Isso porque, para Stevenson, a linguagem moral não se estabelece por meio de fatos e tem apenas a aptidão de expressar a atitude pessoal do orador e a função de ser meio de influenciar as condutas das pessoas (RACHELS, 2006, p. 38). Diante disso, quando existem discórdias sobre questões morais, e tais discórdias recaem exatamente sobre o significado emotivo dos termos, os envolvidos no embate devem solucionar tais impasses mediante a persuasão capaz de gerar a adesão emotiva do interlocutor (DIANA, 2004, p. 53).

Portanto, mesmo uma versão mais sofisticada do não cognitivismo de bases hume-

anas, como o Emotivismo, bem como suas demais variantes [Subjetivismo Simples de Ayer (1936), Expressivismo de Blackburn (1993)] guardam em comum pelo menos o ponto de vista de que o fundamento do agir prático possui uma dimensão estritamente psicológica, o *desejo*, que não possui um *status* cognitivo (DIANA, 2004, p. 22).

A sociologia, por sua vez, apresentou a tese do Relativismo Cultural, que se traduz no entendimento de que não existe um padrão objetivo que pode ser empregado para julgar os mais diversos códigos morais, uma vez que existem tantos códigos morais quanto sociedades e que o padrão de certo e errado não é algo externo a essas sociedades, mas instituído por elas e dentro delas (RACHELS, 2006, p. 18). Assim, a universalidade pretendida por alguns teóricos da moral, como Kant, é um grande engano, pois não existe nada externo às culturas que seja capaz de providenciar e julgar normas do agir prático:

“A forma ‘certa’ é a forma que os ancestrais costumavam fazer e que tem sido passada para as gerações seguintes. A tradição é a sua única garantia. Não é um assunto a ser tomado pela experiência. A noção de certo está no comportamento das pessoas. Não está fora delas, vinda de uma origem independente e trazida para testá-las. No comportamento popular, não importa o que é certo, é certo. Isto se dá porque as pessoas são tradicionais e assim, elas próprias contêm a autoridade transmitida pelos ancestrais. Quando chegamos ao comportamento popular, estamos no final de nossa análise”. (SUMNER, 2002, p. 28)

Nessa perspectiva apontada pela sociologia, as pessoas são acríticas em relação a sua própria tradição, e a recebem sem condições de questionar ou refletir sobre seus conteúdos, tornando-se subservientes de padrões que não podem indagar a partir de uma racionalidade que não coincida com

os valores sociais já estabelecidos. Não há nenhum elemento externo aos próprios padrões culturais, aos quais os indivíduos podem apelar para julgar o conhecimento que recebem de gerações passadas e que constituem o pano de fundo a partir do qual ocorrem as interações sociais. Em uma situação assim, a tradição é, de alguma forma, imposta violentamente ao indivíduo, que não tem a opção de levá-la à reflexão e não de não acatá-la.

Então, diante do subjetivismo de bases humeanas ou do Relativismo Cultural, ou se admite que a moralidade tem em sua base meras paixões e preferências e que, portanto, não se pode pretender o cumprimento racionalmente motivado das normas morais; ou que normas legitimadas em bases morais e que a humanidade vem se empenhando para implementar, como os Direitos Humanos, realmente não representam mais do que a tentativa arbitrária e autoritária de imposição do modelo cultural ocidental sobre os demais povos. E essas conclusões realmente não parecem razoáveis. Não parece ter sentido algum supor que o extermínio de judeus ou que a mutilação feminina não estão aptos à reprovação moral em dimensões universalizáveis (RACHELS, 2006, p. 21), exatamente na medida em que representam uma imposição arbitrária da cultura em detrimento das vontades de alguns dos envolvidos. Da mesma forma, não parece correto afirmar que, quando manifestamos posições morais, não estamos mais do que falando de nossas próprias preferências subjetivas ou meramente visando despertar reações em nosso interlocutor, de modo a influenciá-lo a agir como queremos (Idem, p. 41).

Ao levantar pretensões de validade normativa, “os envolvidos se orientam no discurso prático buscando uma ‘única resposta correta’” (HABERMAS, 2004, p. 259); ou seja, nas interações sociais, na busca de padrões de correto e errado, os indivíduos procuram encontrar uma resposta válida

para todos, porque respaldada em elementos racionais e, portanto, não apenas ancorada em preferências pessoais e no intuito de induzir o interlocutor por meios persuasivos, ou na intenção de continuar a fazer valer uma cultura tradicional que não pode ser revista racionalmente.

Diante disso, uma resposta bastante interessante à questão do teor cognitivo das normas do agir foi proposta por Habermas, que, além de trabalhar com a diferenciação entre ética (relacionada à tradição aristotélica e ao problema *o que é bom para nós*) e moral (relacionada à tradição kantiana e ao problema *de como devemos agir*), que, juntamente com o princípio (U)² (que funciona como critério para que os envolvidos possam, intersubjetivamente, conduzir à universalização de normas, mas que não adianta nenhum conteúdo material etnocêntrico) desenvolvido pelo próprio pensador alemão, torna possível garantir a validade dos discursos práticos independentemente de modelos concretos de vida, também estabeleceu uma distinção entre os conceitos de *verdade* e de *correção*, que não só permite respeitar o fato de que os discursos práticos são aceitos por outros fundamentos que não se apoiam em bases empiristas ou de inferência lógico-dedutiva (Idem, 2003, p. 101), como também é capaz de lhes conservar o caráter racional.

E, para entender melhor a alternativa proposta por Habermas, é preciso compreender um caminho que se inicia na filosofia moral de Kant e que culmina numa teoria discursiva da moral, caracterizada por atribuir o caráter moral somente àquelas normas que, seguidas universalmente, tenham consequências que possam ser aceitas

² O princípio (U) é assim apresentado por Habermas: são válidas as normas “- que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ela ser *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).” (HABERMAS, 2003, p. 86)

por todos os envolvidos (Ibidem, p. 86). A teoria discursiva da moral, desse modo, institui-se a partir de um procedimento que, além de superar a perspectiva monológica do indivíduo kantiano, por estabelecer a intersubjetividade com elemento de validação das normas morais (DUTRA, 2005, p. 156-157), também progride em relação à deontologia pura não pragmática de Kant, que não responde por efeitos negativos decorrentes do cumprimento de normas morais, já que desconhece a necessidade de adequabilidade na aplicação de razões práticas.

2. A filosofia moral kantiana como deontologia pura transcendental não pragmática

Enquanto Hume serviu de base teórica para vertentes não cognitivistas da moral, com a publicação do *Tratado da Natureza Humana* [os dois primeiros volumes em 1739 e o terceiro e último volume em 1740 (FERRATER MORA, 2001, p. 1403)], por colocar como fundamento do agir humano prático *Impressões* (desejos, paixões, sentimentos) não dotadas de caráter cognitivo, Kant, por outro lado, desenvolveu sua filosofia moral de caráter transcendental (i. é, que abdica de co-implicações ou de demonstrações empíricas empírico-dedutivas), alicerçado principalmente no sujeito dotado de racionalidade, que deve cumprir, em seu agir prático, as exigências de uma deontologia *pura*. Além disso, outro ponto a ser destacado está em que, para a teoria kantiana, o agir prático moral não depende da observação dos efeitos decorrentes de sua aplicação para confirmação de sua validade.

Melhor desenvolvendo, a teoria moral de Kant não parte de situações experimentadas até a formulação de uma lei universal, a partir da qual se possa decidir o que se conforma com a moralidade. Contrariamente a uma teorização de bases empíricas, o princípio que deve conduzir o agir

prático, em Kant, trata-se de um *a priori* transcendental último, estabelecido apenas conceitualmente na mente humana, e que não tem a necessidade de comprovação prévia ou posterior, mediante situações concretas:

“Mas a física (ao menos quando se trata de manter suas proposições isentas de erro) é capaz de admitir muitos princípios como universais com base na evidência da experiência. [...] Com as leis morais, porém, é diferente. Retêm sua força de leis somente na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base *a priori* e sejam necessárias. Com efeito, conceitos e juízos sobre nós mesmos e nossas ações e omissões não têm significado moral algum, se o conteúdo deles puder ser aprendido meramente a partir da experiência.” (KANT, 2003, p. 51)

E mais adiante:

“Se, portanto, um sistema de cognição *a priori* a partir exclusivamente de conceitos é denominado metafísica, uma filosofia prática, que não tem na natureza, mas a liberdade de escolha por seu objeto, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes [...]” (Idem, p. 59)

Desse modo, para chegar até a formulação do princípio supremo de sua filosofia moral, consistente no Imperativo Categórico – “age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal” (Ibidem, p. 68) – que nos diz o que é conforme e o que é contrário à moralidade, o filósofo de Königsberg trabalha principalmente a partir do indivíduo humano enquanto ser situado em dupla dimensão:

(a) enquanto ser caracterizado como capaz de razão, e por isso mesmo dotado de livre arbítrio, o ser humano pertence ao reino dos fins (inteligível), isto é, onde age conforme uma autodeterminação ou autolegislação;

(b) e também como ser dotado de apetites e inclinações [que são apetites habituais (KANT, 2003, p. 62)] que caracterizam o agir motivado por desejos e prazeres (impulso sensível), o homem se situa no mundo sensível, onde operam as leis naturais e as máximas da causalidade.

A partir disso, Kant destaca que o agir moral pertence aos seres racionais, e não propriamente ao ser humano em sua particularidade; pois que a moralidade é derivada da racionalidade e da capacidade de agir conforme uma autolegislação. Assim, o ser humano, como ser de dois mundos, não pode ser o paradigma da moralidade, pois que esta não pode ser afetada por pendores ou sentimentos favoráveis (impulsos sensíveis, inclinações). Portanto, Kant é contundente: o dever moral deve valer para todos os seres racionais. E o ser humano, enquanto ser racional, também está apto e submetido à moralidade (NIQUET, 2002, p. 30-32).

Desse modo, a moralidade está na dimensão da racionalidade e coloca o homem no mundo dos fins, justamente porque ele assume a condição de um legislador universal, que deve elaborar normas a partir de sua perspectiva e da perspectiva dos outros, porque pretende o seu seguimento universal. Com isso, o homem deixa de se caracterizar como ser determinado pela causalidade e constrói sua dignidade exatamente no fato de poder agir conforme sua vontade legisladora moralmente boa.

Entretanto, não obstante o Imperativo Categórico surja da racionalidade, ele não vale como máxima para aqueles que não possuem a afetação do mundo sensível, pois, para Kant, um Imperativo difere de uma lei exatamente por se dirigir a uma ação contingente. Se a ação determinada não fosse de cumprimento incerto, ante a existência de motivações subjetivas, e se, desse modo, a vontade do ser correspondesse à própria lei, não haveria um Imperativo, vez que lhe faltaria a contingência:

“Um *imperativo* é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma

contingente é tornada *necessária*. Um imperativo difere de uma lei prática em que uma lei efetivamente representa uma ação como necessária, mas não considera se esta ação já é inerente por força de uma necessidade interna ao sujeito agente (como num *ser santo*) ou se é contingente (como no *ser humano*), pois, quando ocorre o primeiro desses casos, não há um imperativo.” (KANT, 2003, p. 65)

Niquet (2002, p. 31-35), diante disso, fala de uma *antropologia transcendental* em Kant, diante de uma formulação teórica que fala do agir prático a partir do duplo aspecto do ser humano (ser sensível e ser de razão), e que repudia o uso de experiências empíricas para sua elaboração e demonstração.

Esse esqueleto teórico elaborado por Kant, que coloca o homem como ser de dois mundos, contém a fundamentação da deontologia elaborada pelo filósofo alemão. Enquanto não apenas ser sensível, mas como também ser racional que é, o ser humano faz-se capaz de se autodeterminar a partir de uma legislação por ele mesmo elaborada. Ou seja, da racionalidade humana emergem as noções de autonomia (de ser não determinado estritamente por leis causais) e de liberdade (que é livre porque age conforme sua vontade e governa a si mesmo), que são constitutivas da moralidade kantiana:

“[...] supondo que seres que agem autonomamente, i.é, no sentido de uma legislação moral – e os homens como seres finitos de razão são (para Kant) tais seres; o fato da lei moral dá o testemunho incontestável disto – são seres que, como a formulação diz, não podem agir de outro modo, senão sob a idéia de liberdade e por isso são também realmente livres em sentido prático [...]” (NIQUET, 2002, p. 36)

Contudo, tal amarração teórica que coloca em suas bases os elementos autonomia e liberdade, oriundos da racionalidade,

remete ao dilema de como é possível, para o homem, enquanto ser sensível e ser da razão, orientar-se apenas segundo esta última e agir como se fora um puro ser de razão (Idem, p. 35). Afinal, a deontologia de Kant não admite o fato de que o cidadão de dois mundos, mas que é *um só ser*, seja impulsionado por suas inclinações sensíveis, nem mesmo ante o fato de uma razão finita, que esbarra nas próprias leis naturais. Para Kant, o homem não pode levar em conta, em seu agir moral, elementos externos em relação ao próprio dever:

“O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per se* (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis.” (KANT, 2003, p. 63)

Por isso se fala, diante da teoria moral de Kant, de uma deontologia *pura*, que exige o cumprimento do dever pelo próprio dever, não podendo o agente recorrer a nenhum outro elemento para motivar suas ações morais. Tais contornos teóricos presentes na deontologia kantiana tornam possível a afirmação de que a teoria moral do filósofo alemão se refere a discursos práticos não pragmáticos, pois desenvolve conteúdos normativos em total abstração da evidência de que os homens não são puramente racionais, motivados também por desejos e *Impulsões* (no sentido humeano do termo):

“Ora, é essencial, e decisivo para a reconstrução da fundamentação kantiana da teoria moral prático-normativa, deixar claro que *ambos* os elementos, a *legalidade objetiva do querer* e a *forma do dever querer conforme à lei*, devido à imperfeição da vontade humana, confluem nas formulações do imperativo categórico.

Portanto, a forma do dever desta lei fundamental da razão moral-prática não afeta de modo nenhum a substância proposicional ou os conteúdos da mesma; a forma do dever somente expressa que seres racionais finitos, dotados de inclinações sensíveis e de preconceitos de todo tipo, como seres humanos, estão submetidos à obrigação incondicional de agir como seres que dispõem de uma vontade santa, portanto, não afetada sensivelmente, que já sempre agem ou agiriam.

Por isso vale: a teoria moral clássica kantiana ou deontológica *pura* desenvolve seus conteúdos normativos (não imperativistas), fazendo abstração da circunstância de que os seres humanos não são seres racionais puros do ponto de vista prático.” (NIQUET, 2002, p. 30)

Além disso, outro ponto que aponta para uma teoria prática não pragmática em Kant está no fato de que a sua deontologia desconsidera os efeitos colaterais do seguimento de normas morais, no âmbito *intramundano*. Não existe, para a deontologia *pura* kantiana, uma etapa de adequabilidade a casos concretos, de normas válidas *prima facie*. E foi exatamente esse aspecto da teoria moral de Kant que levou B. Constant (2002) a se insurgir contra o formalismo kantiano que inviabilizaria o convívio social³:

“O princípio moral de que dizer a verdade é um dever, se fosse considerado incondicionada e isoladamente, tornaria impossível qualquer sociedade. Temos a prova disso nas conseqüências diretas que um filósofo alemão tirou desse princípio,

³ Essas colocações de B. Constant (2002) foram feitas como críticas ao texto *Sobre um pretensão direito de mentir por amor aos homens* (KANT, 2002) (*Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*) publicado na revista *Berlinische Blätter* e traduzido para o português por Theresa Calvet de Magalhães e Fernando Rey Puente.

chegando até mesmo a pretender que a mentira seria um crime em relação a um assassino que nos perguntasse se o nosso amigo, perseguido por eles, não está refugiado em nossa casa”.

Assim, diante do fato de que uma ação só pode ser moralmente avaliada a partir de sua conformidade com a máxima traduzida no Imperativo Categórico, a teoria normativa kantiana não possui espaço para a situação problemática em que os efeitos decorrentes da implementação de uma ação, enquanto aplicação direta de uma norma moral, conduzem a uma situação imoral. Enquanto seres de dois mundos, os homens, quando agem racionalmente, apenas podem atuar conforme a moralidade válida transcendentemente. De outra forma, estariam agindo impulsionados por inclinações e apetites. Não é possível, na deontologia kantiana, um agir racionalmente motivado capaz de contrariar a moralidade válida *prima facie*:

“Desvios dos imperativos do permitido, proibido e obrigatório puramente deontológicos são única e exclusivamente ou função de uma vontade má ou moralmente rejeitável ou função de um agir sob condições de impulso ou simpatia, portanto, por ex., movidos pelo egoísmo ou interesse próprio, condicionados de modo essencial pela sensibilidade.

A idéia de que poderia ser moralmente prescrito desviar-se dos imperativos da ação de uma moralidade concebida de modo puramente deontológico, precisamente porque o seguimento de uma tal moralidade poderia levar a conseqüências *claramente imorais* no engate do mundo social, dado *faticamente*, das interações *reais* entre atores humanos, não é um pensamento possível de uma filosofia prática kantiano-clássica.

[...] Parece, pois, ser claro: um agir imoral do lado de um outro social nunca pode ser uma razão suficiente

para prescindir dos imperativos de uma deontologia pura do moralmente devido, muito menos e além disso por razões, de novo, morais.” (NIQUET, 2002, p. 48)

3. A teoria discursiva da moral na vertente pós-kantiana transcendental fraca

Se Kant conseguiu representar uma alternativa às versões não cognitivistas, notadamente por atribuir o caráter racional às normas que ordenam o agir prático, por outro lado, sua teoria, sem abrir mão de sua significativa contribuição, ficou exposta a críticas em função de suas deficiências, a saber: I) a insistente separação entre mundo dos fenômenos e mundo inteligível, correspondente à separação entre fenômeno e coisa em si, que promove tanto a explicação da origem do Imperativo Categórico, como tenta fornecer a sua fundamentação, a partir da situação de circularidade criada com bases nas noções de autonomia e liberdade (somos livres para nos autodeterminar segundo nossa própria legislação, que nos faz livres de sermos comandados estritamente por leis causais, e, por isso, *devemos* agir conforme o Imperativo Categórico) (NIQUET, 2002, p. 38); II) a perspectiva monológica adotada pelo legislador universal de Kant, que sozinho elabora a máxima que determina aquilo que, universalmente, é conforme a moralidade; III) uma deontologia *pura* que exige do agente conduzir-se como fariam seres puramente racionais (cujas vontades correspondem sempre ao dever), não obstante o fato de que os humanos são seres de razão finita, afetados por impulsos, preconceitos, desejos, temores, etc.; IV) a impossibilidade de a teoria kantiana subsidiar uma etapa de adequação das normas morais consubstanciadas, válidas *prima facie*, em relação ao mundo dado *faticamente*.

Habermas, entretanto, consegue sair desses embaraços e daqueles trazidos pelo cético em relação ao teor cognitivo da mo-

ral, porque pode desenvolver uma teoria da moral apoiado “na moldura abrangente de sua teoria da ação comunicativa” (Idem, p. 67). Assim, o ex-assistente de Adorno consegue levar adiante o projeto kantiano de uma filosofia moral que sustenta a universalização e o caráter racional da moralidade, mediante revisões imprescindíveis na teoria do agir prático desenvolvida pelo filósofo de Königsberg, que passam pelo crivo da filosofia da linguagem. Com isso, Habermas mais uma vez se indica como um kantiano que leva a sério as críticas feitas por Hegel a Kant (DUTRA, 2005, p. 155).

(I) Nesse sentido, o primeiro aspecto a ser destacado na teoria habermasiana da moral está no fato de que nela entra em cena a intersubjetividade ou a discursividade como condição possibilitadora que conduz até o princípio segundo o qual podemos decidir quais as normas são moralmente adequadas – princípio (U): são válidas as normas

“que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ela ser *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regulamentação).” (HABERMAS, 2003, p. 86)

Assim, o princípio (U), que adotamos como critério para consubstanciar normas numa comunidade concreta, não resulta como conclusão de um indivíduo que, sozinho, colocando-se na própria perspectiva e na dos outros (NIQUET, 2002, p. 33), pensa monologicamente e se torna capaz de julgar moralmente, segundo o seu próprio e exclusivo entendimento. Ao contrário, sua teoria discursiva da moral desloca-se do eixo do Imperativo Categórico kantiano, estabelecido nas bases da filosofia da consciência, para uma posição que não contraria as construções feitas pela filosofia da linguagem, que, por sua vez, permite

ao princípio habermasiano que assegura a universalização de normas deontológicas uma condição dialógica (DUTRA, 2005, p. 156-157). Tal condição se manifesta, de modo subsequente, na construção procedimental intersubjetiva de normas para o seguimento no agir prático. Assim, perde lugar a monologia do sujeito que, visando eliminar uma visão privatista, tenta adotar a perspectiva dos outros, mas que continua a fazê-lo a partir, estritamente, de sua própria razão:

“Mas, quando se tem presente a função coordenadora das ações que as pretensões de validade normativa desempenham na prática comunicativa cotidiana, percebe-se por que os problemas que devem ser resolvidos em argumentações morais não podem ser superados monologicamente, mas exigem um esforço de cooperação. Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativo numa atitude reflexiva com o objetivo de restaurar um consenso perturbado. As argumentações morais servem, pois, para dirimir consensualmente os conflitos da ação.” (HABERMAS, 2003, p. 87)

Portanto, a conclusão de que são passíveis de universalização aquelas normas aptas a se conformarem com a razão comum de todos os concernidos, e que por isso devem ser válidas para o seguimento universal, não decorre de uma avaliação do sujeito solipsista que, quando muito, adota um critério *subjetivo intersubjetivo* de análise, colocando-se ilusoriamente no lugar do outro (DUTRA, 2005, p. 157). Todos os atingidos devem poder participar do procedimento que determinará quais normas são universalmente devidas (HABERMAS, 2003, p. 86).

(II) Outro ponto relevante da teoria discursiva da moral consiste na forma com que ela demonstra a origem do princípio da universalização (U) e o porquê de a ele nos vincularmos. Vimos que Kant, para demonstrar a origem do Imperativo

Catagórico e o porquê de ele nos obrigar, recorre novamente ao seu modelo teórico que faz do homem o cidadão de dois mundos (NIQUET, 2002, p. 38), e que nos coloca na problemática situação circular, promovida pela fundamentação baseada nas noções de autonomia e liberdade. Habermas, diferentemente, aponta (U) como um princípio produzido por derivação de uma antecipação intuitiva das condições possibilitadoras da comunicação. Contudo, tal fundamentação transcendental é *fraca* e pragmática, porque as condições possibilitadoras estão sujeitas a revisões nas situações *intramundanas*.

Portanto, enquanto Kant tira seu imperativo catagórico de uma formulação exercida por um sujeito monológico, que deve dispensar qualquer contribuição da experiência, e assim constituir um *a priori* metafísico, estabelecido apenas conceitualmente na mente humana, e que não está sujeito a comprovações posteriores de sua validade, Habermas apresenta uma versão do princípio que possibilita a universalização de normas e a atribuição, a elas, de seu *status* de normas morais, que não é elaborada na perspectiva da filosofia da consciência e que não se configura como um *a priori forte*, na medida em que ele será sempre submetido, diante de cada situação concreta, a novas análises acerca de sua validade.

Nesse sentido, Habermas indica (U) como princípio de formulação intersubjetiva, decorrente das condições possibilitadoras da comunicação. Isto é, (U) é uma conclusão derivada da percepção, por via pragmática e não dedutiva, da existência de condições que tornam possível a comunicação e, portanto, a interação social. Essas condições possibilitadoras são antecipadas intuitivamente, ante a possibilidade de suposições hipotéticas de regras de pano de fundo que adotamos quando nos lançamos em processos comunicativos. Contudo, diferentemente do projeto empreendido por Apel (Idem, p. 57), a suposição das

condições possibilitadoras possui o *status* de uma transcendentalidade *fraca*, pois, na medida em que tais condições são apenas hipotéticas, estão sujeitas à revisão no mundo faticamente estabelecido. Desse modo, não constituem, de maneira alguma, um *a priori* transcendental último.

Melhor desenvolvendo, a fundamentação de (U), em Habermas, dá-se, inicialmente, mediante uma busca de enfrentamento à tríplice alternativa fornecida pelo *Trilema de Münchhausen*, fornecido por Hans Albert (DUTRA, 2005, p. 170). Para H. Albert, a fundamentação do conhecimento se dá por meio de deduções lógicas que indicam caminhos seguros e, portanto, indubitáveis. Contudo, tal fundamentação lógico-dedutiva leva, segundo H. Albert (1976, p. 25), a três alternativas: ou ao regresso ao infinito, ou a um círculo lógico, ou à parada arbitrária. No caso da parada arbitrária

“Interrompe-se a busca de fundamentos e passa-se a considerar os enunciados nos quais se interrompeu a fundamentação como auto-evidentes, autofundamentados. A esse respeito afirma Albert: ‘o processo é completamente análogo à suspensão do princípio de causalidade através da introdução de uma *causa sui*’”. (DUTRA, 2005, p. 171)

Assim, as tentativas de fundamentação, inclusive as transcendentais, sempre levam ao *Trilema de Münchhausen*. Mas, para Habermas, tal trilema só é cabível nos contextos em que se trabalha com a pressuposição de um conceito semântico de fundamentação, que se apoia, exclusivamente, na inferência lógica decorrente da implementação do raciocínio dedutivo:

“Tal é sabidamente o papel que H. Albert assumiu com ‘Tratado sobre a Razão Crítica’ ao transpor para o domínio da filosofia prática o modelo epistemológico do exame crítico desenvolvido por Popper, para tomar o lugar do pensamento tradicional da fundamentação e justificação. A

tentativa da fundamentação de princípios morais enreda o cognitivista, tal é a tese, no 'trilema de Münchhausen', que consiste em ter de escolher três alternativas igualmente inaceitáveis, a saber, ou admitir um regresso ao infinito, ou romper arbitrariamente a cadeia da derivação ou, finalmente, proceder em círculos. Esse trilema, todavia, tem um valor proposicional problemático. Ele só aparece com a pressuposição de um *conceito semântico de fundamentação*, que se orienta pela relação dedutiva entre proposições e que se apóia unicamente no conceito de inferência lógica." (HABERMAS, 2003, p. 101)

Então, para fundamentar (U), Habermas, enfrentando a tese de H. Albert, recorre a Apel, que submeteu o falibilismo a uma metacrítica e invalidou a objeção do *Trilema de Münchhausen* (Idem, p. 102). Para tanto, Apel partiu do ponto de vista de que "os princípios da indução e da universalização só são introduzidos como regras da argumentação para lançar uma ponte sobre o hiato lógico nas relações não-dedutivas" (Idem, p. 101). Por isso não se pode submeter tais princípios-pontes, que representam uma possibilidade em que o pensamento dedutivo não é capaz de oferecer soluções, à própria fundamentação dedutiva.

Além disso, Apel supera a necessidade de uma demonstração dedutiva de normas deonticas, renovando o modo de fundamentação transcendental a partir da pragmática linguística. Para tanto, o filósofo recorre ao conceito de *contradição performativa*. Tal conceito estabelece uma possibilidade para a racionalidade filosófica, que recorre a uma fundamentação última não dedutiva, a partir da *evidência* de que não se pode questionar *tal evidência* sem autocontradição performativa. Isso é, Apel estabelece que existem pressuposições inevitáveis em todo jogo de argumentação, que pretendem atribuir validade, de maneira presumível, pelo menos às regras

lógicas que não podem ser substituídas. E quando o falibilista nega isso, comete uma autocontradição performativa, porque a própria regra da falibilidade é presumida e não submetida à testificação dedutiva (HABERMAS, 2003, p. 102-103).

A partir disso, Habermas se ocupa então de demonstrar que existem condições transcendentais que possibilitam as interações argumentativas, e que não podem ser negadas sem contradição performativa. Nesse sentido, por exemplo, quem levanta pretensões de validade não pode negar que não pretende verdade para o que está dizendo, ou que não reivindica a compreensão do interlocutor (DUTRA, 2005, p. 175).

Para apontar, de maneira provisória, algumas dessas condições possibilitadoras, Habermas (2003, p. 110) recorre ao catálogo elaborado por Alexy:

"(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.

(1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelha a *a* sob todos os aspectos relevantes.

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes."

Essas regras não possuem nenhum conteúdo ético, mas são pontos de vista procedurais, a partir dos quais as argumentações aparecem como processos de entendimento mútuo, em que os envolvidos podem examinar pretensões de validade, sem a ameaça de serem induzidos a erro. E, a partir de tais regras, entram em cena outros pressupostos pragmáticos, como a imputabilidade dos falantes e a sinceridade de todos os participantes, que, por sua vez, são nitidamente dotadas de caráter ético (HABERMAS, 2003, p. 11). Dessas novas pressuposições, que fazem concluir que o agir discursivo se endereça ao entendimento mútuo, emerge a necessidade de outras regras que estabeleçam o igual direito de todos os participantes de levantar pretensões de validade:

“(3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir, participar de Discursos.

(3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção no Discurso.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).” (Idem, p. 112)

Dessas pressuposições (transcendentais fracas, porque sujeitas a revisões) que possibilitam o agir comunicativo, Habermas (2003, p. 116) fundamenta a validade de (U), nos seguintes termos:

“Se todos os que entram em argumentações têm que fazer, entre outras coisas, pressuposições cujo conteúdo pode ser apresentado sob a forma das regras do Discurso (3.1) e (3.3); e se, além disso compreendemos as normas justificadas como regrado matérias sociais no interesse comum de todas as pessoas possivelmente concernidas, então todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar *discursivamente* pretensões de validade normativas aceitam intuitivamente condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito de ‘U’. Pois, das mencionadas regras do Discurso resulta que uma norma controversa só pode encontrar assentimento entre os participantes de um Discurso prático, se ‘U’ é aceito, isto é:

– se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos.”

Contra tal estruturação teórica, o cético poderia levantar que se recusa a interagir comunicativamente. Contudo, a condição de membro do agir comunicativo não está inteiramente disponível. Isso porque o cético não pode optar por agir somente estrategicamente, uma vez que ele está, irremediavelmente, situado no mundo vivido, que se estabelece através das estruturas comunicativas. Além disso, a própria identidade do Eu do cético se constitui no mundo vivido, linguisticamente estruturado (HABERMAS, 2003, p. 123).

Além disso, (U), vale esclarecer, funciona como um critério capaz de atribuir o *status* de moral a normas práticas, mediante uma operacionalização procedimental. Mediante tal princípio, Habermas “vinculou a justificação argumentativa de normas morais concertas, isto é, substanciais, *mesmo daquelas* do tipo elevado, ao procedimento dos discursos práticos *reais*, cuja trajetória não pode ser antecipada filosoficamente” (NIQUET, 2002, p. 58). Portanto, resta garantido que, na teoria discursiva da moral, elaborada por Habermas, nenhum conteúdo normativo pode ser antecipado em relação ao procedimento discursivo de produção normativa. Tal perspectiva é bastante coerente com o fato de que Habermas leva adiante a distinção entre ética, moral e pragmática, como “formas autônomas da razão prática”, que, de alguma forma, já remete à Kant (Idem, p. 59):

“A *moral*, como tal, é talhada para o tratamento objetivo e imparcial de problemas práticos compartilhados sob o aspecto do que é igualmente correto para todos; a *ética* só se ocupa de processos individuais ou coletivos de busca de identidade e constituição do sentido da vida; a *pragmática*, em contrapartida, cobre os aspectos da persecução racional-final de propósitos e interesses racionais, p. ex., totalmente calculados.”

Isso porque, ao reconhecer que as normas morais não estão vinculadas a formas

concretas de vida ou a processos coletivos ou individuais de busca de identidade, pois esta é a dimensão da perspectiva ética, mais uma vez Habermas se livra do Relativismo Cultural e garante a possibilidade de universalização das normas morais por um procedimento formal. Contudo, tal procedimento formal se difere do formalismo kantiano:

“A proposta ética de Habermas não comporta conteúdos. Ela é formal. Ela apresenta um procedimento, fundamentado na racionalidade comunicativa, de resolução de pretensões normativas de validade. O processo concreto de justificação de normas é falível, é histórico, mas não o procedimento como tal, pois este é fundado na racionalidade comunicativa. Esse formalismo, porém, é distinto do formalismo kantiano. Isto porque o formalismo kantiano baseia-se numa tríplice abstração que não se aplica a Habermas: em primeiro lugar, uma abstração das conseqüências e efeitos colaterais concretos das normas morais; em segundo lugar, uma abstração das inclinações e interesses, bem como do desejo de felicidade, que também motivam a ação; e, em terceiro lugar, uma abstração da matéria do dever, que só se determina numa dada situação histórica concreta.” (DUTRA, 2005, p. 158)⁴

Além do mais, as condições possibilitadoras da comunicação remetem, primeiro, ao princípio do Discurso (D), que possui um caráter ainda indiferente em relação à moral. Somente após, (D) se ramificará em suas duas variações: (U) – princípio da universalização, válido para apreciação de

normas e para a concessão, a elas, do *status* de normas morais; e (De) – o princípio da democracia, que reveste da forma jurídica as normas práticas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, “a instituição normativa do discurso não é uma instituição impregnada moralmente desde a origem” (NIQUET, 2002, p. 71).

Tal divisão feita por Habermas [que faz de (U) e (De) variações ou ramificações de (D)] é especialmente importante porque retira o Direito de uma posição em que se encontrava subjugado em relação às normas morais, e na qual a validade das normas jurídicas era apreciada segundo a adequabilidade das mesmas em relação às normas morais. Com isso, Habermas acaba apresentando uma nova visão acerca da relação entre Direito e Moral. Enquanto em Kant o Direito se destinava estritamente a realizar, mediante seu poder coercitivo fático, normas morais de cumprimento incerto, Habermas reinterpreta essa relação de modo a colocar que Direito e Moral se complementam reciprocamente. Assim, enquanto o Direito pode, de fato, levar ao cumprimento de normas práticas mediante o fato de que, além de um sistema de saber, ele é um sistema de ação que pode se apoiar na coerção, a moral pode conferir legitimidade às normas que adquiriram o *status* de jurídicas (HABERMAS, 1998, p. 170). Contudo, o Direito não se limita a refletir mandamentos morais, habilitando-os com a capacidade impositiva pela coerção. As normas jurídicas também se relacionam com outros elementos e sistemas, como a política, a economia, a religião, etc.

(III) Tem-se, ainda, que o agir moral em Habermas, não exclui dos atores sociais a possibilidade de buscarem motivações para além do próprio dever, como o faz Kant, na perspectiva de sua deontologia *pura*. Assim, os envolvidos com as normas morais podem agir segundo as determinações destas, pela motivação que julgarem melhor, desde que tal motivação não contrarie os próprios conteúdos morais. Desse

⁴ O termo *ética*, nessa citação, está empregado como sinônimo de teoria discursiva da moral e não guarda relação com o termo *ética* empregado na tradição aristotélica e que se refere a modelos concretos de vida que lançam mão de padrões de bom destinado à imitação.

modo, por exemplo, o agente não deixa de agir conforme a moralidade, quando o faz baseado na razão de que agir moralmente o deixa feliz, enquanto cristão que é.

A própria pressuposição de condições possibilitadoras do agir orientado ao entendimento mútuo, que inclui o direito de qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidade (Idem, 2003, p. 112), e que posteriormente leva à fundamentação por derivação de (U), indica-nos que outros elementos motivadores, para além daqueles considerados por uma deontologia *pura*, podem vir a fincar-se no solo em que se estatuem as normas morais. Assim, a abstração dos interesses dos envolvidos nos discursos práticos, efetuada pelo formalismo kantiano, não encontra lugar no formalismo processual de Habermas, pois, nas situações *intramundanas* em que ocorrem situações concretas de diálogo, as inclinações e interesses também entram em debate (DUTRA, 2005, p. 158-159).

(IV) Outro ponto da teoria discursiva da moral que representa uma superação em relação às deficiências presentes na teoria kantiana da moral toca ao fato de que, diferentemente de Kant, para Habermas é fundamental a consideração da aceitabilidade dos efeitos colaterais promovidos pelo seguimento universal de uma norma moral. A validade das normas morais depende da aceitabilidade dos efeitos por ela trazidos no mundo faticamente dado. Assim, os agentes podem se recusar a observar uma norma moral válida *prima facie*, se os efeitos trazidos pelo seu seguimento forem manifestamente imorais; possibilidade que a teoria moral kantiana não abarca (NIQUET, 2002, p. 48). O único critério utilizado na filosofia moral de Kant para verificar a adequabilidade da implementação de uma norma moral no mundo fático está na análise da conformidade dessa mesma norma moral com a máxima traduzida no Imperativo Categórico, que não se ocupa dos efeitos decorrentes do seguimento das normas universalizadas. Por outro lado,

como dito, o próprio princípio da universalização (U) já condiciona a validade de uma norma prática à aceitabilidade de seus efeitos colaterais, por todos os destinatários. Vale dizer,

“São válidas as normas *que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem* para a satisfação dos interesses de *cada um dos indivíduos do fato de ela ser UNIVERSALMENTE seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos* (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regulamentação).” (HABERMAS, 2003, p. 86, grifos nossos)

4. A distinção entre verdade e correção como elemento de garantia do teor cognitivo da moral

Mais de trinta anos depois de *Conhecimento e Interesse* (1987), Habermas revisa seu conceito discursivo de verdade e com isso, pode, conseqüentemente, apontar com maior firmeza o caráter cognitivo das normas morais. Isso porque, quando o pensador alemão se propôs a modificar o seu conceito de verdade, em *Verdade e Justificação* (HABERMAS, 2004), admitindo que sua teoria não havia tratado adequadamente a dimensão epistemológica e semântica que envolve a questão, pois havia atribuído à noção de verdade um peso excessivamente normativo (DUTRA, 2005, p. 135), tornaram-se mais claras as assimetrias e simetrias entre pretensões de verdade e pretensões de correção.

Esclarecendo, ao reabilitar o papel fundamental do mundo objetivo independente dos falantes em sua teoria da verdade (Idem, p. 145), Habermas tornou mais agudas as diferenças entre *discursos práticos que levantam pretensões de correção* e *discursos que levantam pretensões de verdade*. Assim, ante a referência obrigatória ao mundo faticamente dado, a verdade, em suas conseqüências pragmáticas encontra a resistência do mundo

independente, indisponível e idêntico para todos. Por outro lado, a moral se depara não com um mundo objetivo resistente às pretensões levantadas, mas com o dissenso normativo que resiste ao acordo discursivo intersubjetivo (Ibidem, p. 147-148).

Entretanto, para além das assimetrias existentes entre as noções de verdade e correção, Habermas resguarda o teor cognitivo dos discursos práticos, apontando de que modo uma proposição moral se apresenta numa forma *constitutivamente* semelhante à de uma verdade expressa numa assertiva. Isto é, embora um enunciado moral se diferencie de uma verdade em razão da impossibilidade de referência ao mundo objetivo, bem como porque a verdade transcende à necessidade de fundamentação, para Habermas (2004, p. 279) “a correção de juízos morais se estabelece da mesma forma que a verdade de enunciados descritivos – pela argumentação”:

“O plano pragmático para a fundamentação abre caminho para um conceito epistêmico de verdade que tem por tarefa oferecer uma saída à teoria das correspondências. Com o predicado de verdade, referimo-nos ao jogo de linguagem da justificação, ou seja, da solvência pública das reivindicações de validação. Por outro lado, não se deve igualar ‘verdade’ com fundamentabilidade – *warranted assertibility*. A utilização ‘cautelar’ do predicado – ‘p’ pode ser muito bem fundamentado e mesmo assim não ser verdadeiro – alerta-nos para a diferença semântica entre ‘verdade’ como qualidade inalienável das asserções e ‘aceitabilidade racional’ como qualidade das declarações, mas condicionada pelo contexto. [...] Nesse contexto, interessa-me muito menos a complexa relação entre verdade e justificação do que compreender o conceito de verdade – já depurado pelas conotações de correspondência – como um caso especial de validade,

enquanto se introduz esse conceito *geral* de validade referenciado à solvência discursiva de reivindicações de validação. Com isso, abre-se um espaço conceitual em que se pode abrigar o conceito de validade normativa, e mais especialmente de validade moral. A correção de normas morais (ou de asserções normativas gerais) e de mandamentos singulares pode ser entendida por analogia à verdade de sentenças assertivas. O que vincula os dois conceitos de validação é o procedimento da solvência discursiva das reivindicações de validação correspondentes. O que os separa é a referência ao mundo social ou ao mundo objetivo, respectivamente.

O mundo social que [...] só é acessível com base na perspectiva do participante se constitui historicamente de forma intrínseca e, portanto [...], de forma ontologicamente diversa do mundo objetivamente descritível da perspectiva do observador. [...] Por isso, o significado da solvência discursiva de reivindicações de verdade difere do significado das reivindicações morais de validação: em um dos casos, o comum acordo discursivamente alcançado *declara* terem sido cumpridas as condições de verdade de uma sentença assertiva, interpretadas como condições de afirmabilidade; no outro caso, o comum acordo discursivamente alcançado *fundamenta* a reconhecibilidade de uma norma e colabora assim, ele mesmo, para o cumprimento de suas condições de validade. Se a aceitabilidade racional *apenas indica* a verdade de sentenças assertivas, ela empresta uma contribuição *constitutiva* para a validação de normas morais.” (HABERMAS, 2002, p. 51-52)

Portanto, com a ideia de *correção*, que se difere de uma verdade, mas que guarda com ela uma relação, Habermas demonstra

como a cognição não é um elemento secundário das normas de comportamento, e com isso, supera os opositores não cognitivistas que podem erguer o relativismo cultural ou sentimentos psicologizados não racionais como fundamentos constituídos por detrás das ações morais.

Em resposta ao Emotivismo, Habermas vem apresentar que as reações de assentimento ou rejeição [reconhecidas como fatos morais (Idem, 2003, p. 64)] representam um posicionamento de condenação moral racionalmente motivado. Desse modo, tais reações não representam apenas sentimentos subjetivistas como desejos e temores que carecem de uma dimensão cognitiva:

“O jogo de linguagem moral consiste essencialmente em três proferimentos, gramaticalmente inter-relacionados: juízos sobre como devemos (ou podemos ou não podemos) nos comportar; reações de assentimento ou rejeição; e sobretudo razões pelas quais as partes conflitantes podem justificar sua postura de assentimento ou rejeição. Mas aqui as tomadas de posição positivas e negativas comportam uma face dupla. De um lado, elas exprimem um ‘sim’ ou um ‘não’ racionalmente motivado para enunciados que podem ser – em algum sentido análogo à verdade – corretos ou falsos; de outro lado, ela tem ao mesmo tempo a forma de reações afetivas perante um comportamento avaliado como correto ou falso. (...) Esses sentimentos têm um conteúdo proposicional que anda de mãos dadas com a apreciação moral (...). Os sentimentos negativos, em especial, têm um conteúdo cognitivo que se deixa explicitar na forma de enunciados observacionais. Explicitados dessa forma em termos lingüísticos, os sentimentos também podem assumir o papel de razões, que entram nos discursos práticos como as observações nos empíricos. (...)

Tal compreensão da moral contradiz a concepção de que os sentimentos morais são apenas prêmios ou punições que uma comunidade promete para a observância de um acordo normativo prévio ou para a reprodução de uma forma de vida cultural existente.” (Ibidem, 2004, p. 272-274)

Já em resposta ao relativismo cultural, Habermas vem apresentar que a modernidade, caracterizada pelo pluralismo decorrente da possibilidade de problematização (racionalização) do mundo vivido, tornou inviável a continuidade do engate obrigatório e inquebrantável entre eticidade convencional e normas morais ou religiosidade e moralidade:

“Por esse motivo, as normas morais eram regularmente incrustadas no contexto de uma ‘doutrina’ mais vasta que explicava por que elas mereciam reconhecimento. Todas as culturas evoluídas são marcadas por doutrinas desse tipo, por religiões universais. Quando estas perderam na modernidade seu caráter obrigatório universal e sua credibilidade pública, surgiu uma necessidade de fundamentação que só podia ser satisfeita, se é que podia sê-lo, pela ‘razão’, isso é, por razões universal ou publicamente inteligíveis. Quando se parte dessa genealogia, impõe-se uma compreensão do saber moral por analogia com o conhecimento. A analogia, que é sugerida desse modo, é ainda mais estreita que a existente entre *phrónesis* e *episteme*. Pois Aristóteles associa o saber prudencial, resultante de uma faculdade prática de julgar, à probabilidade pura e simples, de modo que o caráter obrigatório dos deveres morais não pode, por essa via, ser traduzido em termos de validade categórica de juízos morais. Só uma concepção da moral que estabelece uma analogia com o conhecimento parece permitir

uma interpretação cognitivista da validade deontológica de normas obrigatórias, que leva em conta o irrecusável sentimento do ‘respeito à lei’ como um ‘fato da razão’.” (HABERMAS, 2004, p. 269)

Com isso, Habermas não retrocede em relação ao passo que pretende dar em direção a uma teoria discursiva da moral, apta a defender a universalização de normas do agir prático racionalmente motivadas. A perda da ingenuidade ante uma tradição convencional, por parte dos cidadãos da modernidade, não constitui um impedimento para que os agentes das interações sociais possam consensualmente produzir normas que desejam o seguimento universal. Se a impossibilidade de se recorrer à eticidade, capaz de, por si só, fornecer modelos destinados a imitação, representa uma dificuldade a mais para os envolvidos lidarem em suas interações, por outro lado, como agora eles não são submetidos incondicionalmente pela tradição convencional, e lançam mão da possibilidade de problematização, podem, então, garantir a estabilização social mediante um procedimento democrático que considera as pretensões de validade de todos os envolvidos e que, assim, não virá a representar um modelo arbitrário e violento de imposição da cultura sobre determinados grupos ou minorias.

5. Conclusão

O debate filosófico entre os defensores de uma deontologia que sustenta o caráter cognitivo da moral e aqueles que se recusam a aceitá-lo não está acabado. Não é possível afirmar que, após as elaborações de uma teoria do agir prático pós-kantiana, que dá seguimento aos projetos de uma moralidade universal e racional, houve silêncio ou unanimidade entre os teóricos da Moral.

Contudo, a proposta desenvolvida por Habermas, que foge ao transcendentalismo forte, mediante a possibilidade de revisão

das próprias condições possibilitadoras da comunicação, não só representa a superação em relação às acusações feitas pelo cético, como, por exemplo, a de que a fundamentação das normas do agir prático sempre recorre a uma das alternativas do *Trilema de Münchhausen* (mérito que atribui à Apel), como ainda o coloca na situação constrangedora de tentar escapar da comunidade de comunicação onde seu próprio EU se estrutura, como única forma que poderia apelar para negar a dedução e aplicabilidade de (U). Uma tentativa, contudo, desde já falida.

Mas se, de um lado, a teoria discursiva da moral, na vertente apresentada por Habermas, consegue superar as críticas efetuadas no campo da lógica, de outro, ela também representa um ganho em relação à possibilidade de fundamentação da validade universal das normas morais, por apresentar um modelo procedural que não antecipa elementos conteudísticos. Fica a cabo dos envolvidos nas interações sociais a tarefa de consubstanciar normas no mundo fático. Isso também conserva a dimensão pragmática de tal teoria.

Mas tal dependência do mundo fático no ato de consubstanciação das normas do agir prático não significa que Habermas esteja cedendo ao relativismo cultural, e admitindo a dependência da moralidade em relação a uma eticidade concreta. Significa, apenas, que Habermas reconhece que nenhum conteúdo pode ser adiantado filosoficamente, porque todo conteúdo é historicamente construído e está, por isso mesmo, sempre sujeito a revisões.

Referências

- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- AYER, A. J. *Language, truth and logic*. New York: Dover Publication, 1936.
- BLACKBURN, S. *Essays in quasi-realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

- CONSTANT, Benjamin. Das reações políticas. In: REY PUENTE, Fernando (Org.). *Os filósofos e a mentira*. Tradução de Theresa Calvet de Magalhães. Belo Horizonte: UFMG, 2002. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Benjamin%20Constant%20Das%20rea%27%F5es%20pol%EDticas.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- DIANA, Gilson Matilde. *O debate entre o não-cognitivismo e o cognitivismo moral*. 2004. 98 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2004.
- DUTRA, Delamar Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: UFSC, 2005.
- FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. v. 2.
- HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- _____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução Georger Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HUME, D. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp, 2001.
- KANT, I. *A Metafísica dos costumes*. Trad. Edilson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.
- _____. Sobre um pretense direito de mentir por amor aos homens. In: REY PUENTE, Fernando (Org.). *Os filósofos e a mentira*. Tradução de Theresa Calvet de Magalhães e Fernando Rey Puente. Belo Horizonte: UFMG, 2002. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Kant%20Sobre%20um%20pretense%20direito%20de%20mentir.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- NIQUET, Marcel. *Teoria realista da moral*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003.
- RACHELS, James. *Elementos de Filosofia moral*. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2006.
- RAWLS, John. *História da Filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- STEVENSON, C. L. The emotive meaning of ethical terms. *Mind*, Oxford, v. 46, p. 14-31, 1937.
- SUMNER, William Graham. *Folkways: a study of mores, manners, customs and morals*. New York: Dover Publications, 2002.

Discrecionariedade ou vinculação?

Um estudo dos atos administrativos de exclusão do estrangeiro admitido no território nacional

Aziz Tuffi Saliba, Clarissa Piterman Gross
e Luisa Quintão Ubaldo

Sumário

1. Introdução. 2. Compreendendo a discrecionariedade. 3. Da deportação. 4. Da expulsão do estrangeiro. 5. Considerações finais.

1. Introdução

No dia 5 de setembro de 2004, Rohter Junior, jornalista americano residente no Brasil, publicou no *New York Times* um artigo intitulado “Hábito de beber de Lula se torna preocupação nacional”. O artigo afirmava haver indagações por parte de brasileiros se o manifesto apreço do presidente por bebidas não estaria afetando a sua atuação no governo. O jornalista arrolou algumas gafes de Lula e relatou episódio ocorrido nos anos 80, quando, em razão de embriaguez, Lula teria descido do elevador no andar errado do prédio no qual morava na época e tentado arrombar a porta de um apartamento que equivocadamente pensou ser o seu.

O Poder Executivo nacional reagiu à reportagem de forma bastante inesperada. O Ministro da Justiça promoveu o “cancelamento” do visto temporário do jornalista, tendo este sido notificado a deixar o País voluntariamente, sob pena de deportação.¹

Aziz Tuffi Saliba é Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela University of Arizona. Foi pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge (Reino Unido) e Notre Dame (Estados Unidos).

Clarissa Piterman Gross é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Luisa Quintão Ubaldo é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ Gabinete do Ministro. Despacho do Ministro nº 253 – Processo nº 08000.004044/2004-52. “William Lawrence Rohter Junior [...] determino o cancelamento

O caso suscita várias questões relativas aos direitos dos estrangeiros que se encontram sob a jurisdição do Brasil, notadamente aqueles que aqui fixaram sua residência. É certo que, em princípio, “todo Estado é e deve permanecer senhor de sua própria casa, e tal domínio é de especial importância em relação à admissão de estrangeiros” (OPPENHEIM, 1905, p. 370)². Nenhum Estado seria obrigado a acolher indivíduos que não aqueles de sua nacionalidade, tendo relativa autonomia para dispor acerca do tratamento a ser conferido aos estrangeiros que, em seu território, pretendam adentrar ou que nele já se encontrem.

O presente trabalho tem como objetivo empreender um estudo das medidas de natureza administrativa de exclusão dos estrangeiros cuja entrada fora admitida no território nacional, quais sejam, a expulsão e a deportação, buscando situar a questão da discricionariedade administrativa em diálogo com as garantias e direitos fundamentais estendidos também aos estrangeiros por força do art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Nesse sentido, não abordaremos o instituto do impedimento, previsto no artigo 26 da Lei nº 6.815/80, pois entendemos que constitui medida aplicável tão somente no momento da entrada do estrangeiro no território nacional, ou seja, em momento anterior à formação de qualquer vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado brasileiro. Sendo assim, seria inviável questionar a proteção dos direitos do estrangeiro sob a óptica do direito nacional quando ine-

xistente qualquer relação jurídica entre o sujeito e o Estado.

Deixaremos também de abordar a medida da extradição, uma vez que pressupõe uma “fase judicial” consistente no juízo de legalidade emitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca das circunstâncias e elementos que envolvem o pedido extradição (art. 83 da Lei nº 6.815/80 e art. 102, I, “g”, da CR/88), o que lhe retira a natureza eminentemente administrativa.

Ao final, procuramos identificar o nível de segurança jurídica que assiste aos estrangeiros, já presentes em território nacional, a partir de uma interpretação sistemática da legislação aplicável, bem como do rigor técnico na compreensão dos institutos da deportação e da expulsão.

2. *Compreendendo a discricionariedade*

O tema da discricionariedade apresenta posicionamentos contraditórios na doutrina e na jurisprudência. O termo remete comumente à ideia de liberdade de escolha do administrador para a prática de determinado ato, segundo critérios de conveniência e oportunidade. A vinculação, sua antítese, cristaliza a ideia de obrigação da prática de um ato administrativo segundo critérios objetivos expressos na lei.³

A maior parte da doutrina de Direito Internacional Privado, ao analisar o tema das medidas de exclusão do estrangeiro, entende haver faculdades supostamente discricionárias do Poder Executivo, que não poderiam ser questionadas pelo Poder

do visto temporário outorgado ao estrangeiro William Larry Rohter Junior, determinando, ainda, ao Departamento de Polícia Federal, que o cientifique pessoalmente desta decisão e de que, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.815/80 e art. 98 do Decreto nº 86.715/81, seja notificado a deixar o território nacional no prazo de oito dias” (BRASIL, 2004a, p. 48).

² E continua o referido autor: “Obviamente, se um Estado resolvesse excluir todos os indivíduos de uma nacionalidade específica, isso constituiria um ato hostil, contra o qual a represália seria admissível; mas não se pode negar que um Estado é competente para fazê-lo” (OPPENHEIM, 1905, p. 370).

³ O conceito de vinculação elaborado pela doutrina administrativista mais tradicional considera que “vinculado, regado ou predeterminado é o ato administrativo que se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados *a priori* pela lei” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 246). No entanto, como se verá, nem sempre a lei traz esses requisitos fixados de forma tão objetiva, e muitos autores defendem que o fato de haver palavras mais “fluidas” no texto legal ensejaria a liberdade de escolha do administrador entre vários comportamentos possíveis.

Judiciário, por serem decisões “políticas” que envolveriam, tão somente, a avaliação da conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Ocorre que, conforme observamos, referido posicionamento figura desacompanhado de uma reflexão aprofundada acerca do conceito de discricionariedade, tal como construído no âmbito do direito administrativo.

Assim, faz-se oportuna uma abordagem das medidas administrativas de exclusão do estrangeiro não só por meio da exegese dos dispositivos da Lei nº 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, mas também as encarando como atos da Administração Pública, sujeitas, portanto, ao mesmo rigor conceitual dispensado aos demais atos administrativos.

As definições de “discricionariedade” e “vinculação” requerem a compreensão da estrutura do ato administrativo, o qual, pelo princípio da legalidade que rege a atividade administrativa, deflui sempre de uma norma jurídica. Essa estrutura “nos leva a cinco ‘elementos’: sujeito (autor competente para o ato); forma (exteriorização do ato); motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga a prática do ato), objeto (conteúdo do ato)⁴, e finalidade (bem jurídico a ser atingido pelo ato)” (ARAÚJO, 2005, p. 53).

Para a presente análise, consideramos que a competência dos atos administrativos seria aspecto sempre vinculado, uma vez que expressamente definida na norma jurídica que lhes autoriza a prática. Também seria vinculada a finalidade dos atos administrativos. Alguns consagrados doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles, corroboram tal posição, afirmando que “discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir” (MEIRELLES, 2007, p. 171). Isso porque a finalidade

⁴ Meirelles (2007, p. 155) entende que o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, por meio do qual a administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

“[...] será sempre objetivo de interesse público e deverá estar prevista no ordenamento jurídico, de modo expresso ou implícito, inerente a cada ato praticado.

Tendo cada ato finalidade própria, não pode o administrador buscar, por meio de um ato, finalidade que só por outro poderia ser alcançada, segundo os parâmetros legais. [...] Buscar finalidade alheia à tipologia do ato ou alheia ao interesse público são modalidades do chamado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’” (ARAÚJO, 2005, p. 56).

Nesse sentido, a forma (exteriorização do ato), o motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga à prática do ato) e o conteúdo são os únicos aspectos do ato administrativo que podem ensejar, a depender da norma que lhes sirva de referência, ora vinculação, ora discricionariedade.

Após essa breve introdução à estrutura do ato administrativo, passemos à análise mais detida do conceito de discricionariedade para se compreender em quais situações essa liberdade de escolha do administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, de fato existe.

A ideia mais disseminada associa a discricionariedade à presença de “conceitos jurídicos indeterminados” no comando normativo. Tais conceitos “vagos”, “fluidos” “imprecisos”, “indeterminados”, presentes no mandamento da norma, seriam utilizados pelo legislador em virtude da impossibilidade material e lógica de previsibilidade absoluta da conduta humana.⁵ Desse modo, é comumente entendido que, quando a norma apresenta um “campo de indeterminação”, haveria liberdade de

⁵ A impossibilidade material decorreria da enorme variedade de hipóteses no mundo fático; e a impossibilidade lógica refere-se à incapacidade de o legislador conseguir sempre expressar tal variedade por meio de conceitos objetivos, precisos e indubitáveis (ARAÚJO, 2006, p. 102).

apreciação subjetiva do administrador para decidir sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato.⁶

No entanto, tal percepção pode ser rebatida a partir dos estudos dos juristas espanhóis García de Enterría e Fernández (1991), os quais fazem nítida distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade.

Para eles, os conceitos indeterminados não ensejariam liberdade de escolha do administrador. Os conceitos indeterminados, tais como “boa-fé”, “preço justo”, “nocivo aos interesses nacionais”, ao serem aplicados ao caso concreto, assumiriam contornos mais específicos, vinculando o administrador a apenas uma única solução justa e adequada (por eles denominada “unidade de solução justa”). Afinal, na compreensão do caso concreto, “ou se dá, ou não se dá o conceito, ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou se faltou à probidade, ou não se faltou. *Tertium non datur*” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 394). Portanto, o uso dessas expressões mais fluidas no comando normativo tornaria o ato vinculado.

A discricionariedade do ato administrativo, por sua vez, só afloraria como “liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas”, por eles denominadas “indiferentes jurídicos”. Diante da indiferença entre as alternativas, ao Direito tanto faz que seja escolhida uma ou outra, pois ambas são validadas pela ordem jurídica, de tal maneira que “a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração” (Idem, p. 393).

Desse modo, em crítica ao entendimento prevalente na jurisprudência e entre a

⁶ Para Mello (2006, p. 926, grifo nosso), a discricionariedade surgiria quando “a disciplina legal faz remanescer, em proveito e a cargo do administrador, uma ‘certa esfera de liberdade’, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”.

maioria dos autores, vê-se que não se pode confundir discricionariedade com conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, a presença de conceitos jurídicos indeterminados na norma jurídica não engendra a discricionariedade do ato administrativo. *Ocorre, em verdade, um processo de interpretação, pautado no método da razoabilidade* (ARAÚJO, 2006, p. 112) e fundado em critérios jurídicos, cujo resultado, por trazer uma alternativa mais razoável do que a outra, vincula o administrador a essa opção. A decisão não se baseia, portanto, em critérios políticos de mera conveniência e oportunidade, mas sim em critérios jurídicos de razoabilidade aplicados a cada caso concreto⁷.

Portanto, ainda que envolva certa subjetividade⁸, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados vincula o intérprete a apontar de modo fundamentado, entre os vários conteúdos extraídos dessas expressões abertas, a solução mais adequada a cada caso. Destarte, diante de um conceito indeterminado, o administrador não teria discricionariedade para determinar livremente sua escolha, já que, nesses casos, sempre há uma solução mais razoável e adequada do que a outra. Desse modo, seria legítima uma intervenção judicial

⁷ Nesse sentido, conferir as propostas de “razoabilidade” em Recasens Siches, segundo o qual: “[...] a lógica da razão pura, do racional [...] não tem aplicação à matéria ou conteúdo das normas jurídicas. [...] a determinação dos conteúdos do direito, tanto nas normas gerais, como das normas individualizadas, deve reger-se pelo logos do humano e do razoável. [...] a função estimativa ou axiológica penetra e satura todos os graus na produção do Direito” (ARAÚJO, 2006, p. 119).

⁸ A razoabilidade, como método de interpretação, demonstra que o processo interpretativo também abrange a avaliação subjetiva dos conceitos jurídicos indeterminados eventualmente presentes no mandamento normativo, não se limitando a uma operação estritamente intelectual. Na visão de Araújo (2006, p. 115), “[...] a interpretação não é apenas um ato de conhecimento de algo já contido na regra, pois esse trabalho cognoscitivo pode apontar vários possíveis conteúdos extraíveis da norma. Para além dele, haverá uma outra função, que Kelsen chama de política jurídica: a fixação, por um trabalho volitivo, de qual das possibilidades de entendimento da norma prevalecerá, por ser a mais adequada, segundo a visão do intérprete”.

para avaliar a razoabilidade de um ato administrativo praticado a partir de conceitos jurídicos indeterminados presentes na norma, pois se trata de ato vinculado, e não discricionário.

É também importante frisar, na comparação entre aspectos discricionários e vinculados do ato administrativo, a questão da motivação. A motivação consiste na necessidade de fundamentação dos atos administrativos. É o seu discurso justificador, a explicitação das razões que levam o Poder Público a praticá-lo. A motivação terá o papel de demonstrar que

“a interpretação se deu segundo a lógica do razoável. [...] é pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar sua validade perante a ordem jurídica” (Idem, p. 122).

Nesse sentido, pode-se dizer que, em relação aos atos provenientes de conceitos jurídicos indeterminados, a motivação é obrigatória, já que o ato, nesses casos, é vinculado quanto aos seus motivos e quanto ao seu conteúdo. Já em atos efetivamente discricionários [no sentido da discricionariedade aqui compreendida como livre escolha entre “indiferentes jurídicos”, de acordo com Garcia de Enterría e Fernandez (1991)], percebe-se que a razão pela qual o administrador escolhe agir de uma e não de outra maneira é juridicamente irrelevante, pois, nesse caso, ambas as alternativas já são contempladas pela ordem jurídica, cabendo ao administrador escolhê-las segundo critérios de pura conveniência e oportunidade. A fundamentação do ato, nesses casos, deve apenas demonstrar que os limites da discricionariedade (referentes aos aspectos necessariamente vinculados do ato-competência, forma e finalidade) foram observados.⁹

⁹ Um exemplo, tomado da legislação brasileira, torna mais claro o raciocínio. A Constituição prevê que serão nomeados para ministros do Supremo Tri-

Colocada a discricionariedade em seu devido lugar, passemos à análise dos atos de exclusão do estrangeiro, sob a óptica dos conceitos alhures explanados.

3. Da deportação

Uma das formas de exclusão compulsória do estrangeiro do território brasileiro se dá pelo ato de deportação.

A deportação é regulamentada nos artigos 57 a 64 da Lei nº 6.815/80. Segundo o art. 57, “nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação”.

O parágrafo 1º do art. 57 traz algumas hipóteses de descumprimento, por parte do estrangeiro, de normas atinentes à sua estada no território brasileiro, muitas delas relativas a proibições de exercício de atividade remunerada ou a condições específicas sob as quais o exercício da referida atividade profissional teria sido deferido.

As infrações arroladas no referido art. 57, § 2º, não esgotam as hipóteses de extradição. Isso porque qualquer irregularidade, seja na entrada de estrangeiro ao território, seja referente às condições de permanência nele, é apta a ensejar a deportação.

bunal Federal os juristas com notório saber jurídico e reputação ilibada. Nesses aspectos, que constituem o motivo do ato, a nomeação seria vinculada. De fato os candidatos ao cargo devem possuir os atributos mencionados na norma constitucional (ainda que esta esteja expressa por conceitos jurídicos indeterminados). Escolhidos três candidatos – A, B, e C – que obedecem a tais requisitos, observa-se que a nomeação, em seu conteúdo, seria discricionária, isto é: o Presidente da República teria três alternativas de escolha, todas elas igualmente válidas perante a ordem jurídica. Sendo assim, que se nomeiem os candidatos já selecionados A, B ou C é irrelevante para o direito, tanto quanto o critério para a escolha, seja este a simpatia do Presidente pelo candidato, ou aquele cujas ideias o Presidente julga mais próximas às suas etc. Logo, a motivação do ato de nomeação nada tem a explicitar, além da competência de quem nomeia e do cumprimento dos requisitos vinculados expressos constitucionalmente. Adaptação de exemplo contido na obra de Araújo (2006, p. 123).

Importante notar que o art. 57 afirma que a deportação, como ato de retirada forçada do estrangeiro, somente ocorrerá se este não se retirar voluntariamente no prazo estipulado pelo regulamento¹⁰. Sendo assim, via de regra, o estrangeiro tem direito a ser notificado acerca da irregularidade incorrida, para que se retire por sua própria iniciativa do País, antes de sofrer a ação coativa do Estado brasileiro.

A importância da notificação e do prazo para retirada voluntária não se esgota no direito do estrangeiro de promover por sua conta, sem necessidade de sofrer a força do Estado, a sua saída do território. Em realidade, a notificação e o lapso temporal de tolerância conferem ao estrangeiro a possibilidade de defender-se, ou seja, de impugnar as afirmações do Estado de que se encontra em situação irregular no País.

Embora o Estatuto do Estrangeiro não disponha acerca de recurso administrativo interponível, o extraditando pode utilizar do pedido de reconsideração administrativo, ou mesmo de recurso judicial, notadamente de *habeas corpus*, para impugnar o ato inquinado de ilegalidade¹¹. Isso porque a Constituição assegura a ampla defesa e o contraditório, seja em processos administrativos, seja em processos judiciais (artigo 5º, LV), garantindo ainda o amplo acesso à justiça, já que “a lei não excluirá da apre-

ciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).¹²

Quanto ao direito à ampla defesa e ao contraditório¹³, indaga-se qual seria a dimensão ou a esfera de defesa do estrangeiro contra ato que determinasse a sua deportação. A pergunta parece despropositada, mas, em verdade, revela-se de utilidade para apreensão do caráter discricionário ou vinculado do ato de deportação.

Entendemos que a defesa do estrangeiro poderia aduzir tanto a inocorrência dos atos irregulares a ele imputados como, admitindo os fatos levantados pela autoridade administrativa, argumentar pela conformidade dos fatos à lei. Em outras palavras, o estrangeiro pode negar que se encontre em determinada situação considerada irregular pela lei brasileira ou pode admitir os fatos a ele imputados, questionando, no entanto, a natureza irregular desses mesmos fatos em referência à legislação nacional. Nesse

¹² Nesse sentido “Constitucional. Administrativo. Processo Civil. Preliminar impossibilidade jurídica do pedido afastada. Estrangeiro casado com brasileira. Possibilidade de concessão do visto de permanência. Sentença mantida. 1. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada. O pedido é sim juridicamente possível já que cabe ao Poder Judiciário dizer se houve ou não o cumprimento da legalidade no processo administrativo que culminou com a decisão de deportação do apelado. De acordo com a Constituição Federal pode-se levar ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito. [...]” (BRASIL, 2010, p. 176).

“Apelação. Estrangeiro. Deportação. Estatuto da Igualdade. Direito de defesa. Provimento. [...] 2. O princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular de nosso sistema constitucional (art. 1º, III, CF), garante, em prol do estrangeiro não residente no país, a fruição dos direitos fundamentais decorrentes da condição de ser humano, razão pela qual o art. 5º, LV, da Lei básica, que trata do contraditório e ampla defesa na esfera administrativa, é aplicável ao procedimento de deportação, exigindo-se a notificação prévia do alienígena, para fins de apresentação de resposta, mesmo sendo omissivo o título VIII da Lei nº 6.815/80. 3. Recurso provido” (BRASIL, 2004d, p. 629).

¹³ “*Habeas corpus*. Estrangeiro. Deportação. Estada irregular. Território nacional. Procedimento administrativo. Contraditório. Ampla defesa. É ilegal a deportação de estrangeiro sem que lhe seja assegurada em procedimento administrativo o constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa” (BRASIL, 1998).

¹⁰ O prazo para retirada voluntária do estrangeiro será de oito dias, nos casos arrolados pelo inciso I do artigo 98 do Decreto nº 86.715/81, ou de três dias, no caso de entrada irregular do estrangeiro, desde que não configurado o dolo (artigo 98, I, do Decreto nº 86.715/81).

¹¹ Pereira adverte acerca do direito de defesa do estrangeiro, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, todo ato administrativo é passível de sofrer o controle de legalidade: “Quanto aos recursos, apesar de não previstos no Estatuto do Estrangeiro, este pode aparelhar o devido Recurso Administrativo e/ou um Recurso de cunho Judicial. O lendário Prof. Valladão doutrinava que ‘contra os atos das autoridades brasileiras ilegais ou arbitrários têm os estrangeiros, quer o recurso administrativo, quer o judicial, admitidos pela prática administrativa e pela jurisprudência’ (PEREIRA, 1995, p. 356).

sentido, importante relembrar que a deportação se funda na irregularidade. O art. 57 da Lei nº 6.815/80 não se refere à retirada de qualquer estrangeiro, mas somente daquele que esteja irregular.

A retomada do fundamento da deportação tem como objetivo afastar qualquer abordagem do instituto que atribua à autoridade estatal alguma margem de discricionariedade. Não se indaga, na deportação, acerca da conveniência ou oportunidade da permanência do estrangeiro em território nacional, mas, sim, se sua entrada ou permanência se dá em desconformidade com as normas que regulam o *status* do estrangeiro no País.

É assim que, não havendo discricionariedade por parte da autoridade administrativa, o ato estatal pode ser submetido ao controle judicial em toda a sua extensão. Daí a importância de conferir ao estrangeiro condições mínimas de impugnação do ato administrativo que pode, eventualmente, ser acometido de ilegalidades.

Nesse sentido, nos filiamos à parte da doutrina (Cf. PEREIRA, 1995, p. 354; FLORESTANO, 2006, p. 141) que afirma a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 57 da Lei nº 6.815/80, o qual dispõe acerca da possibilidade de retirada imediata do estrangeiro pelas autoridades competentes “desde que conveniente aos interesses nacionais”, sem que seja concedido o prazo para retirada voluntária.

Isso porque a supressão do prazo para retirada voluntária implica negar ao estrangeiro qualquer possibilidade de defesa, já que, dada a sua retirada imediata do País, não disporá nem mesmo do exíguo tempo estabelecido pela lei para acionar o Judiciário brasileiro.

4. Da expulsão do estrangeiro

A expulsão do estrangeiro do território brasileiro está disciplinada nos arts. 65 a 75 da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e nos arts. 100 a 109 do Decreto

nº 86.715/81. Antes de apresentar uma revisão crítica do instituto da expulsão em nosso ordenamento jurídico, cumpre analisar a redação de alguns dos referidos dispositivos.

O art. 65 da Lei nº 6.815/80 determina ser passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Ressalta-se que a expulsão configura uma medida sancionatória administrativa de retirada do estrangeiro, ainda que este tenha ingressado e permanecido no território nacional de maneira regular.

Mas não se esgotam no *caput* do art. 65 as hipóteses expulsórias, sendo igualmente passível de expulsão o estrangeiro que, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo legal: (a) praticar fraude a fim de obter sua entrada ou permanência no Brasil; (b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado, não sendo aconselhável a deportação; (c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou (d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro¹⁴. Se, por um lado, o parágrafo único estabelece hipóteses mais objetivas, referindo-se a situações precisas em que o estrangeiro, ao violar a lei brasileira, poderia ser expulso, o *caput*, por sua vez, traz hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados: atentar contra a “segurança nacional”, “a ordem política e social”, “a tranquilidade ou moralidade pública”, ou “representar nocividade aos interesses nacionais”.

Diante dessa redação mais genérica do *caput* do art. 65 e considerando-se o disposto no art. 66 do Estatuto, os doutrinadores

¹⁴ Especificamente em relação ao parágrafo único, inciso IV, do art. 65, o estrangeiro que aqui se dedique a algumas daquelas vedações prescritas no art. 106 e 107 do Estatuto estará sujeito a expulsão, por desrespeitar proibição especialmente prevista em lei.

reiteram a noção de que a expulsão é um “ato discricionário”. Nesse sentido, a nocividade e periculosidade do estrangeiro aos interesses nacionais e à ordem pública e social seriam avaliadas pelo Presidente da República segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Segundo Dolinger (2008, p. 249, grifo nosso), “a expulsão do estrangeiro nocivo está inserida no *poder discricionário* do Estado, representando uma manifestação de sua soberania, decorrência lógica de seu poder de admitir ou recusar a entrada do estrangeiro”¹⁵.

Florestano (2006, p. 151, grifo nosso), por sua vez, entende que “[...] as possibilidades de ocorrência de expulsão são inúmeras, sendo que, grande parte delas, de caráter discricionário. Isso porque os conceitos de *segurança nacional, ordem política, ordem social etc. são imprecisos e vagos*”.

O mesmo autor ainda afirma:

“Disso resulta que não cabe ao Poder Judiciário decretá-la ou mesmo ingressar no mérito de sua oportunidade. Por certo, cabe aos magistrados analisar se os requisitos formais da legislação foram seguidos [...], mas tal afirmação não quer dizer que o Poder Judiciário possa ingressar na análise dos critérios subjetivos utilizados para a prática do ato administrativo de expulsão” (FLORESTANO, 2006, p. 153).

No sentido da “discricionarietà” da expulsão, Cahali (1983, p. 252, grifo nosso), citando Battifol, defende que

“sendo o ato de expulsão *um ato não-motivado*, que repousa assim sobre

¹⁵ Percebe-se que o autor faz certa confusão entre as duas situações diversas, afirmando que a *expulsão* seria “decorrência lógica” do poder conferido ao Estado no momento do *impedimento à entrada* do estrangeiro. No entanto, considerando-se que, no momento da expulsão, o estrangeiro já está dentro do país sob o manto protetivo de nosso ordenamento, a nosso ver o poder conferido ao Estado para a prática do ato expulsório seria nitidamente distinto do poder para se recusar a entrada.

o poder discricionário da Administração, nenhum recurso comporta quanto à sua oportunidade; o ato apenas pode ser contestado quanto à sua legalidade, por exemplo, quando ocorre irregularidade formal.”¹⁶

À vista de tais concepções, a expulsão, há muito, tem sido tratada como ato discricionário, não se admitindo o controle judicial sobre o mérito da decisão para pôr em xeque o juízo presidencial acerca da nocividade ou periculosidade do estrangeiro.

No entanto, é possível perceber que a maioria dos autores identifica a suposta “discricionarietà” do ato expulsório com a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Florestano (2006), inclusive, chega a ser explícito em seu posicionamento ao afirmar que a discricionarietà do ato decorreria do emprego de conceitos vagos e imprecisos na formulação das hipóteses de expulsão. A possibilidade de intervenção judicial seria tão somente para avaliar os aspectos da competência, forma (que deve ser, necessariamente, decreto expedido pelo Presidente da República, conforme o parágrafo único do art. 66 do Estatuto do Estrangeiro), não podendo haver a análise dos “critérios subjetivos” utilizados para a prática do ato.

Destarte, vê-se a importância da compreensão das ideias expostas no segundo item do presente estudo, já que, como visto, o conceito indeterminado da nocividade do estrangeiro ao interesse público e à ordem política, em verdade, gera interpretação conforme critérios de razoabilidade, em esfera de vinculação. Nesse sentido, consideramos legítimo o controle judicial do conteúdo do ato expulsório. Os critérios ditos “subjeti-

¹⁶ Ainda nesse sentido, Guimarães (2002, p. 23, grifo nosso) classifica a expulsão como ato político de defesa do Estado, lecionando que “[...] é medida inerente ao exercício da soberania e se dirige contra o estrangeiro que se revelar perigoso à ordem e à segurança pública. Como tal, é *faculdade discricionária conferida ao Poder Executivo, não cabendo, portanto, ao Judiciário, julgar da periculosidade ou nocividade do estrangeiro expulso*”.

vos” (porquanto “vagos e imprecisos”) para a expulsão não podem ser avaliados conforme conveniência e oportunidade, pois não se trata de “indiferentes jurídicos” a serem livremente escolhidos pelo Presidente da República. Afinal, parafraseando os administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández, ou o estrangeiro é nocivo à ordem pública ou não é, ou causou dano ao interesse nacional ou não causou.

O ato de expulsão é *vinculado*¹⁷, devendo pautar-se em interpretação razoável que culmine na alternativa mais adequada ao caso concreto. O Presidente da República, agente competente para decretar a expulsão, não tem ampla liberdade para fazê-lo. A decisão deve ser motivada quanto ao seu conteúdo e deve demonstrar a efetiva existência de nocividade do estrangeiro à ordem nacional.¹⁸ Do contrário, estar-se-ia admitindo a possibilidade da expulsão com base em critérios persecutórios, discriminatórios ou mesmo tendo por fundo um mero capricho arbitrário do Chefe do Executivo federal, sem que se pudesse proteger, pela via da intervenção judicial, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos estrangeiros.

Pode-se reafirmar tal posição a partir de eloquente trecho extraído da vetusta obra de Bento de Faria, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal. Ainda que sem o viés ad-

¹⁷ Cf. voto do Ministro Cunha Peixoto, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* impetrado em defesa do Padre italiano Vito Miracapillo: “[...] a natureza do decreto de expulsão que, a meu ver, não é discricionário, como se sustenta. Trata-se, ao contrário, de ato administrativo vinculado. [...] e, como consequência, o Poder Judiciário não só pode como tem o dever de examinar sua legalidade em toda a sua extensão” (BRASIL, 1980).

¹⁸ Nesse sentido, cf. Carvalho (1976, p. 113), segundo o qual “a expulsão, pelo caráter discriminatório de que se reveste, é medida intrinsecamente odiosa. É preciso, pois, restringi-la aos casos reais e provavelmente atentatórios da ordem pública, cujos limites devem ser precisamente determinados, quer através da jurisprudência administrativa, quer através da doutrina. A eficácia da expulsão, como medida de preservação da ordem pública, não vai a ponto de justificar-lhe decretação sem o mínimo de observância dos princípios de defesa dos direitos humanos”.

ministrativista adotado no presente estudo, o jurista de certa forma anteviu *a ratio* que aqui se pretende defender.

“[...] assentado, assim, que o direito de liberdade, garantido pela Constituição, compreende o de *não ser expulso* o estrangeiro residente que *não é perigoso à ordem pública nem nocivo aos interesses da República*, a faculdade outorgada ao Poder Executivo de expulsá-lo do território nacional tem seu termo nesse direito individual. Logo, não é discricionária (*rectius*)” (FARIA, 1929, p. 99, grifo nosso).

Tomando-se a expulsão como ato vinculado em toda a sua extensão (ou seja, em todos os aspectos do ato: forma, competência, motivos, conteúdo e finalidade), dúvida não há de que o Judiciário poderia realizar o controle de legalidade tanto em seus aspectos ditos “formais” quanto em relação ao seu conteúdo, mesmo que a norma do *caput* do art. 65 do Estatuto do Estrangeiro apresente conceitos jurídicos indeterminados.¹⁹

¹⁹ Nesse sentido apontou a decisão em sede liminar do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Peçanha Martins, relator no *Habeas Corpus* nº 35.445/DF impetrado pelo Senador Sérgio Cabral em favor de William Larry Rohter Junior, ao adentrar-se no mérito da decisão ministerial que determinou o “cancelamento do visto” do jornalista estrangeiro. Segue trecho da referida decisão: “Pergunto-me, porém, se uma vez concedido [o visto] poderá ser revogado pelo fato de o estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição, qual o de externar a sua opinião no exercício de atividade jornalística, livre de quaisquer peias? Estaria tal ato administrativo a salvo do exame pelo Judiciário?”

Nesse caso penso que não. É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, entre eles avultando a liberdade de expressão. E dúvidas não pode haver quanto ao direito de livre manifestação do pensamento (inciso IV) e da liberdade de expressão da atividade de comunicação, ‘independentemente de censura ou licença’ (inciso IX)” (BRASIL, 2004b).

Apesar de o ministro fundamentar sua decisão no art. 26 da Lei nº 6.815/80, o qual dispõe sobre o impedimento, adotamos posicionamento segundo o qual

5. Considerações finais

A partir da abordagem ora proposta, pode-se concluir que a deportação e a expulsão, tratadas como atos administrativos internos, submetem-se ao mesmo rigor conceitual presente na análise dos demais atos da administração pública pátria. E, nesse sentido, por mais que visem à manutenção da soberania e da “segurança e interesses nacionais”, são atos inegavelmente vinculados, passíveis de controle judicial.

Por um lado, as hipóteses legais de deportação envolvem a aferição objetiva da existência de irregularidade, seja na entrada ou na estada do estrangeiro no país. A deportação, portanto, somente se justifica quando haja infração aos critérios expressos fixados em lei, não havendo livre decisão do administrador segundo conveniência e oportunidade.

As hipóteses de expulsão, por sua vez, apesar do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, envolvem interpretação pautada na razoabilidade, resultando sempre em uma solução mais adequada ao caso concreto. Afinal, não se pode falar em multiplicidade de soluções juridicamente indiferentes quando se trata de decidir sobre a expulsão, ainda mais se considerarmos a hermenêutica do art. 5º, *caput*, CR/88, que estendeu as garantias e direitos fundamentais aos estrangeiros. Oppenheim, inclusive, já previa que o avanço do constitucionalismo deveria tornar menos frequente a expulsão de estrangeiros.

“Um estrangeiro é como um convidado na terra estrangeira, e a questão

acerca das condições sob as quais tal convidado torna-se rejeitável por seu Estado anfitrião não pode ser definitivamente solucionada pela fixação de um corpo normativo. Assim é que, com o gradual desaparecimento de visões despóticas nos diferentes Estados, e com o avanço de um efetivo constitucionalismo garantidor da liberdade individual e de expressão, a expulsão de estrangeiros, especialmente por motivos políticos, tornar-se-á menos frequente” (OPPENHEIM, 1905, p. 380, tradução nossa).²⁰

No entanto, para além dos limites que o direito interno estabelece aos atos de deportação e expulsão, o debate também aponta para a necessidade de uniformização do entendimento na seara do direito internacional. Atualmente, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) vem produzindo relatórios anuais nos quais é possível perceber uma evolução na identificação dos limites impostos pela ordem internacional aos Estados Soberanos quanto ao “direito de excluir estrangeiros” de seu território. Afasta-se a ideia de um direito de exclusão absoluto, conforme demonstra o trecho a seguir extraído do terceiro relatório da comissão acerca da expulsão de estrangeiros:

“A questão tal como suscitada ao final do século XIX consistiu em saber se seria possível substituir as arbitrarias regras de expulsão que prevaleciam em muitos Estados por regras mais precisas. Ao que parece,

o impedimento somente se presta a obstar a entrada do estrangeiro no país, sendo que, depois de deferida regularmente a entrada, as medidas administrativas de exclusão limitam-se à deportação e à expulsão. Considerando que o jornalista se encontrava em situação de regularidade, não fosse a irregularidade subitamente forjada pelo Estado brasileiro, entendemos que o ato ministerial consiste, em sua essência, em expulsão disfarçada. Sendo assim, a decisão do Ministro Relator Francisco Peçanha Martins revela-se como exemplo de verdadeiro controle do conteúdo do ato essencialmente expulsório.

²⁰ Tradução nossa de: “a foreigner is more or less a guest in the foreign land, and the question under what conditions such guest makes himself objectionable to his host cannot once for all be answered by the establishment of a body of rule. So much is certain, that with the gradual disappearance of despotic views in the different states, and with the advance of true constitutionalism guaranteeing individual liberty and freedom of opinion and speech, expulsion of foreigners, especially for political reasons, will become less frequent”.

na perspectiva do direito internacional contemporâneo, o direito de expulsar, embora seja um direito soberano do Estado, não é concebido como um direito absoluto que confere poder discricionário em favor do Estado anfitrião” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2007, p. 8, tradução nossa).²¹

Em outro relatório, a comissão evocou, ainda que indiretamente, a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, entendendo que as expressões vagas (tais como “segurança nacional” – *national security*), as quais engendram interpretação mais ampla, poderiam trazer alternativas juridicamente inadmissíveis (e que, portanto, não poderiam ser discricionariamente adotadas pelo Estado como se fossem “indiferentes jurídicos” em relação à alternativa mais adequada):

“Sempre há fundamentos para a exclusão de um estrangeiro por um Estado, sejam eles expressamente declarados pelo Estado ou não. Admite-se que alguns fundamentos para a exclusão não são contrários ao direito internacional. Esse é geralmente o caso de expressões tais como ‘lei e ordem’, ‘segurança pública’ ou ‘segurança nacional’. No entanto, algumas vezes, qualquer noção tão vaga quanto ‘lei e ordem’ enseja variedade e amplitude de interpretações das quais muitas vezes decorrem atos incompatíveis com a efetiva legalidade do ato de exclusão” (Idem, p. 7).²²

²¹ Tradução nossa de: “The question as it was raised in the late nineteenth century was whether it was possible to substitute precise rules on expulsion for the arbitrary ones which prevailed in many States. From the perspective of contemporary international law, it seems that the right to expel, although it is a sovereign right of the State, is not conceived as an absolute right which confers discretionary power on the expelling State”.

²² Tradução nossa de: “There are always grounds for the expulsion of an alien by a State, whether they are avowed or unavowed. It is agreed that some grounds for expulsion are not contrary to interna-

Louvável a iniciativa da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas ao promover a evolução dos estudos nesse sentido. É possível vislumbrar, em alguns anos, o confronto da legislação interna dos Estados com parâmetros internacionais, os quais trarão substantiva contribuição para eventual uniformização normativa e para uma proteção ainda mais acentuada da pessoa humana enquanto tal, independentemente de sua origem e de onde estiver.

Referências

ARAÚJO, Flórida Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Despacho do Ministro nº 253, de 11 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 maio 2004a. Seção 1, ed. 91, p. 48. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=47&data=13/05/2004>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 35.445/DF. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 maio 2004b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1242392&formato=PDF>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 58.409. Relator: Min. Djaci Falcão. Acórdão. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 nov. 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66557>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). AG nº 2004.04.01003970-8/RS. 3. T. Relator: Des. Luiz Carlos de Castro Ligon. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 jun. 2004c, p. 385. Disponível em: <<http://www.trf4.jus>

_____. *International Law*. This is generally the case with breaches of ‘law and order’, ‘public safety’ or ‘national security’. In fact, any notion as vague as that of law and order sometimes gives rise to many different, often very broad, interpretations including acts that could not be considered the basis for lawful expulsion”.

- br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=129249&hash=c34ff5d3dcf27eb22a0ff84b2c9ef2b9>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). AC nº 436385/RN. 1. T. Relator: Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 fev. 2010. p. 176. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/02/200584000103287_20100225.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). AMS nº 83.607/PB. 3. T. Relator: Des. Fed. Edílson Nobre. *Diário de Justiça*, Brasília, 05 mar. 2004d, p. 629. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2004/03/200282000042372_20040305.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). REO nº 814/CE 1. T. Relator: Des. Fed. José Maria Lucena. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=5&pagina=226&data=02/11/1998>>. Acesso em: 30 maio 2010.
- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CARVALHO, Dardeau. *A situação jurídica do estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIA, Bento de. *Sobre o direito de expulsão*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.
- FLORESTANO, Miguel. Título VI – Da deportação. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. Campinas: Millenium Editora, 2006.
- _____. Título VIII – Da expulsão. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. Campinas: Millenium Editora, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- INTERNATIONAL law commission. *Second report on the expulsion of aliens*. Geneva, 2006. Fifty-eighth session. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/>>. Acesso em: 26 maio 2010.
- _____. *Third report on the expulsion of aliens*. Geneva, 2007. Fifty-ninth session. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/>>. Acesso em: 26 maio 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise*. New York and Bombay: Longmans Green and Co., 1905.
- PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. A deportação do estrangeiro e o seu processo no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 717, p. 351-358, jul. 1995.
- ROHTER JUNIOR, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. *New York Times*, New York, 9 may 2004. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leaders-tipling-becomes-national-concern.html>>. Acesso em: 30 maio 2010.

Aspectos conceituais do licenciamento ambiental na conservação de recursos naturais não renováveis

Exploração de petróleo e gás natural no Brasil

Carlos José S. Machado e
Rodrigo M. Vilani

Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento sustentável. 2.1. Sustentabilidade e petróleo no Brasil. 3. Licenciamento ambiental. 3.1. Avaliação de Impactos Ambientais (AIA). 3.2. Princípio da prevenção. 3.3. Princípio da precaução. 4. Considerações finais.

1. Introdução

O presente trabalho procura ressaltar a necessidade de adequação do licenciamento ambiental às variáveis ambientais existentes, sobretudo na utilização de recursos naturais não renováveis. Esta proposta vem ao encontro do ideal de desenvolvimento sustentável (DS) aplicado às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural (E&P).

A delimitação do tema deve-se ao reconhecimento de que o petróleo e o gás natural não são, como defende Aragão (2005, p. 321), “apenas *commodities*; são também bens públicos nacionais estratégicos”. A importância atribuída ao estudo da questão petrolífera, em âmbito nacional, deve-se ao fato de possuir enorme importância para o meio ambiente, para os consumidores e para a economia como um todo devido aos usos múltiplos do petróleo, como combustíveis, graxas, solventes, lubrificantes, asfalto, plásticos, entre outros. Outros dois fatores que consideramos centrais na nossa escolha são a indefinição observada

Carlos José Saldanha Machado é Doutor em Antropologia Social (Universidade Paris V – René Descartes). Professor do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente [doutorado] da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde.

Rodrigo Machado Vilani é Biólogo. Advogado. Mestre em Direito da Cidade (UERJ). Doutorando em Meio Ambiente do PPG-MA (UERJ) e Bolsista da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa / FAPERJ.

no debate político atual referente ao novo marco regulatório da atividade petrolífera no país, em ano eleitoral (NOSSA; DOMINGOS; GOY, 2009, p. B6), e a ausência de um planejamento de longo prazo para os recursos naturais, de forma geral, e para aqueles que se esgotam no tempo, de forma específica.

A fim de conhecer os impactos ambientais das atividades de exploração e produção destes recursos naturais não renováveis, procuramos identificá-los nos estudos ambientais (Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Avaliação Ambiental - RAA) de procedimentos de licenciamento ambiental protocolados na Coordenação Geral de Licenciamento de Petróleo e Gás (CGPEG/IBAMA). Para tanto, os dois conceitos basilares praticados no presente trabalho são “impacto ambiental”, entendido como qualquer alteração no ambiente causada por atividades antrópicas, e “recurso não renovável”, aquele recurso finito em escala de tempo humana, ou seja, uma vez consumido, não pode ser renovado (LIMA-E-SILVA, 1999, p. 130,195).

Trata-se, então, de alcançar dois objetivos: rever a estrutura teórica e conceitual do licenciamento ambiental, particularmente da avaliação de impactos ambientais, no sentido de afirmar o esgotamento de reservatórios de petróleo e gás natural como um impacto ambiental negativo, permanente e irreversível, em escala de tempo humana; ampliar o alcance do licenciamento ambiental a partir do reconhecimento do impacto ambiental do esgotamento dos reservatórios, tomando por base a legislação ambiental, especificamente a Lei Federal nº 6.938/81 e as Resoluções CONAMA 001/86, 023/94 e 237/97.

O fio condutor das nossas análises é o modelo de DS em que a sustentabilidade é entendida em consonância com a Constituição Federal de 1988 (CF/88): desenvolvimento nacional qualificado por um crescimento econômico fundado sobre a justiça social, a preservação ambiental e a

responsabilidade intergeracional. Analisar a efetividade do licenciamento ambiental, sob o aspecto temporal das atividades de E&P, poderá contribuir para: a) a avaliação de impactos ambientais dos empreendimentos de exploração de recursos não renováveis; b) ampliar a eficácia do instrumento de licenciamento ambiental; c) a sustentabilidade na exploração de recursos naturais não renováveis, em geral, e de petróleo e gás natural especificamente.

Após essa introdução ao tema, faremos a seguir uma síntese da conceituação de DS, tomando por base o modelo de desenvolvimento definido na Constituição Federal, o entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e a bibliografia científica especializada. A análise teórica encerra, ainda, a delimitação dos impactos ambientais da exploração de petróleo e gás de acordo com o escopo das Leis Federais nº 6.938/81 e nº 9.478/97 e da Resolução CONAMA 001/86, especificamente no que tange ao esgotamento dos reservatórios desses recursos. Em seguida, passaremos ao estudo de caso que consiste no levantamento dos impactos identificados na Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) de atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, baseado em empreendimentos da Bacia de Campos - RJ. Aqui, a gestão do recurso petróleo se desvela em um contexto econômico, político e imediatista, sem uma base de preservação ambiental, o que nos conduz à defesa de uma visão de longo prazo na gestão dos recursos não renováveis por meio da efetiva implantação de uma das premissas de sustentabilidade: responsabilidade intergeracional, *in casu*, representada pela manutenção de um estoque natural mínimo para as futuras gerações de jazidas dos diferentes recursos não renováveis, no nosso caso, o petróleo e o gás natural. Finalmente, concluímos o trabalho tecendo algumas considerações que visam contribuir para o desenvolvimento e institucionalização de uma nova leitura do licenciamento ambiental de modo a definir

e fortalecer seu papel na preservação ambiental, de forma geral, e no fortalecimento da gestão de recursos não renováveis, de forma específica.

2. Desenvolvimento sustentável

Oficialmente definido há mais de duas décadas, DS passou a significar, a partir do Relatório “Nosso Futuro Comum” (1987) da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), a busca pelo equilíbrio entre as necessidades humanas presentes e futuras e entre natureza e humanidade.

José Eli da Veiga (2006, p. 190) indica ter sido o DS empregado “pela primeira vez em agosto de 1979, no Simpósio das Nações Unidas sobre as Inter-relações entre Recursos, Ambiente e Desenvolvimento, realizado em Estocolmo, no qual W. Burger apresentou um texto intitulado A busca de padrões sustentáveis de desenvolvimento”.

Por sua vez, autores como Romeiro (2003, p. 5) e Leis (1999, p. 146) apontam o surgimento do termo no cenário internacional a partir do *ecodesenvolvimento*, termo cunhado na década de 1970 como proposta alternativa ao crescimento meramente econômico, tendo no economista Ignacy Sachs seu principal teórico.

Para a Constituição Federal Brasileira, o DS está fundado, segundo nossa leitura, em cinco pilares: *desenvolvimento nacional* (art. 3º, II); *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 3º, III); *na ordem econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna em consonância com a preservação ambiental* (art. 170, *caput* c/c VI); *meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225, *caput*); *responsabilidade intergeracional* (art. 225, *caput*). A sustentabilidade no uso dos recursos naturais deve ser encarada, então, nessa ótica, como modelo de desenvolvimento capaz de assegurar condições dignas à sobrevivência das futuras gerações humanas e de

todas as demais formas de vida. Sob essa perspectiva, Derani (2001, p. 242) releva o uso sustentável dos recursos naturais no modelo econômico brasileiro como forma de aumento da qualidade de vida¹ sem redução do poder de consumo. No mesmo sentido, Silva (1994, p. 7) afirma o caráter sustentável do desenvolvimento nacional brasileiro orientado pela “exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”. Essa, também, é a linha de pensamento seguida pelo Min. Celso Mello (2005) ao afirmar que a “incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI)”.

Em consonância com as ideias apresentadas anteriormente, Paulo Bonavides (2004, p. 569) se refere ao “altíssimo teor de humanismo e universalidade” dos direitos de terceira geração, que englobam o meio ambiente, por não se referirem, principalmente, a direitos específicos de indivíduos, grupos ou Estado. Aduz terem “primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (Idem).

¹ Para as ciências humanas e biológicas, qualidade de vida é um conceito que se refere à valorização de parâmetros mais amplos que o controle de sintomas, diminuição da mortalidade ou o aumento da expectativa de vida. Segundo Minayo, Hartz e Buss (2000), a qualidade de vida é entendida enquanto fenômeno que se inter-relaciona com as diversas dimensões do ser humano, envolvendo vários parâmetros tanto subjetivos quanto objetivos que o integram dentro de uma cultura, e, ao ser analisado, observamos uma riqueza de indicadores, que não se resumem puramente a fatores intrínsecos ou biológicos.

Em relação ao petróleo e ao gás natural, a aceitação de DS envolve reconhecer que o uso presente reduz as reservas futuras, portanto implica um planejamento que compatibilize sua exploração às necessidades futuras. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (UNITED NATIONS, 1987) exemplifica com ações a serem empreendidas com o desenvolvimento de tecnologias que minimizem o esgotamento e a verificação da disponibilidade de substitutos.

À luz dos argumentos apresentados anteriormente, somos forçados a discordar da assertiva circulante no meio político do Congresso Nacional de que “a atração de investimentos decorrente da abertura do mercado [de petróleo e gás natural] propiciará o incremento da atividade econômica e o aumento do potencial petrolífero do país, através do mapeamento de novas reservas” (MARTINS, 2006, p. 70). Nossa discordância baseia-se na constatação da falta de compromisso com a sustentabilidade da exploração dessas reservas, em sua perspectiva ambiental, social e intergeracional, e na preocupação meramente quantitativa dos investimentos e do potencial petrolífero em um cenário definido apenas espacialmente (mapeamento das reservas). Ora, o fortalecimento dos instrumentos existentes, no sentido de abarcar aspectos temporais das atividades de E&P, vem contribuir para a definição do uso racional dos recursos mapeados, procurando assegurar seu uso pelas futuras gerações. A “riqueza constante” de uma sociedade é a herança petrolífera a ser deixada de geração para geração de forma a prolongar as condições de vida das populações na medida em que substitutos equivalentes sejam implementados satisfatoriamente (GOMES, 2008, p. 44).

Apesar da clareza inerente à incidência do fator temporal no domínio da proteção ambiental, Trindade (1993, p. 55) chama atenção para as profundas lacunas políticas e jurídicas no trato da matéria. Ao defender a preocupação temporal, o autor enfatiza que “o estudo da proteção de ví-

timas potenciais ou prospectivas” é “uma real necessidade e não uma especulação teórico-acadêmica”.

Ainda que permaneçam lacunas políticas ou legais, podemos afirmar que o licenciamento ambiental é um instrumento jurídico competente para resguardar formalmente a qualidade de vida das futuras gerações ou *vítimas potenciais* da ausência de planejamento do uso de recursos no presente.

Concluir pela caracterização do princípio constitucional do direito ao desenvolvimento sustentável reforça sua aplicação, visto serem os princípios constitucionais a síntese dos valores principais da ordem jurídica, ou ainda as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema (BARROSO, 1993, p. 285).

2.1. Sustentabilidade e petróleo no Brasil

Frente ao escopo do trabalho, procuramos delimitar a temática relacionada à sustentabilidade na exploração do petróleo no país por meio da descoberta, no final de 2007, dos *megacampo*s (p. ex.: Tupi e Carioca) na chamada camada pré-sal. A relevância dessa nova fronteira petrolífera está ligada à qualidade e à quantidade de óleo encontrado. A área do pré-sal tem aproximadamente 800 km de extensão – do litoral do Espírito Santo até Santa Catarina (O GLOBO, 2008, p. 26) – e possui reservas capazes de concretizar “as ambições do país de se tornar um *player* global no setor” (EXMAN; NERY; 2008).

O marco inicial para a concretização do projeto nacional de inserção na tomada de decisões energéticas mundiais se deu com a extração do primeiro óleo² do megacampo Tupi, em 1º de maio de 2009, e foi tratado pelo Presidente da República, segundo reportagem de Passos, Rangel e Ornoñez no jornal O Globo (2009, p. 17),

² O primeiro óleo na camada do pré-sal se deu no Campo de Jubarte (Bacia de Campos - ES) em setembro de 2008.

como um “marco histórico de proporções fora do comum” que também comparou a “conquista” a uma “segunda independência do Brasil”.

Essa descoberta, que tiraria o país da 16ª posição na relação dos detentores de reservas petrolíferas do mundo e passaria para a 9ª posição, deu início a uma discussão em torno da definição de um novo marco regulatório para o Brasil. Como resultado, em 17 de julho de 2008, a Presidência da República cria a Comissão Interministerial com a finalidade de estudar e propor as alterações necessárias na legislação no que se refere à exploração e à produção de petróleo e gás natural nas novas províncias petrolíferas descobertas em área denominada Pré-Sal. Mas, ao analisarmos o Decreto que criou essa Comissão, constata-se que não houve previsão de representação do Ministério do Meio Ambiente, apesar de se tratar da exploração de recurso natural para os quais será exigido licenciamento ambiental e, assim sendo, análise dos impactos ambientais da exploração do Pré-Sal.

De acordo com Paul, Franco e Jungblut (2009, p. 23), a Comissão Interministerial assegurou ao Presidente da República “que muito dinheiro será arrecadado nestes poços e que a União deve mesmo se apropriar da maior parte da riqueza gerada”. Esses autores constataram a falta de consenso no Governo Federal, em que pese a preferência pela permanência do atual modelo, pela concentração na União e pela repartição equânime entre todos os Estados.

Não raro, encontramos no debate político a ausência de premissas relacionadas à sustentabilidade do petróleo; mais ainda, preponderam as questões econômicas de sua exploração. Nunes (2005, p. 3-4) apresenta três questões centrais que relacionam o desenvolvimento sustentável ao petróleo: a) a durabilidade das reservas; b) os impactos ambientais negativos; c) os aspectos sociais relacionados à disponibilidade energética. Afirma, em relação a essas, a preponderância das questões sociais na

opção pelo uso do petróleo “para atender as necessidades atuais da sociedade” e, dessa forma, como um “instrumento de transição para o futuro alcance do desenvolvimento sustentável”.

Mesmo diante da incerteza do texto final do novo marco regulatório, esperamos, pelo que vem sendo exposto no debate político registrado amplamente na mídia escrita, conforme ilustramos sucintamente, a prevalência do viés econômico e imediatista no uso desse recurso, visão essa que desconsidera abertamente o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, apresentado anteriormente, e, assim sendo, adia permanentemente ações que assegurem às gerações futuras condições de vida semelhantes às encontradas no presente.

3. *Licenciamento ambiental*

Por definição legal, licenciamento ambiental é um procedimento administrativo por meio do qual se licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de atividades que utilizam recursos ambientais (art. 1º, I, da Resolução CONAMA 237/97). O conceito especifica ainda que não se trata de qualquer atividade, mas daquelas consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, como o petróleo. A enunciação desse dispositivo se baseia na junção do art. 2º, VIII, da Resolução CONAMA 001/86 com o art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal. Isso porque o texto constitucional exige o estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Por sua vez, o art. 2º da Resolução CONAMA 001/86 elenca as atividades sujeitas à elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), entre as quais, extração de combustível fóssil (VIII).

O licenciamento ambiental (art. 9º, IV, da Lei 6.983/81), instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), constitui prerrogativa do poder de polícia da Administração Pública Ambiental, con-

soante organização do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (art. 6º, da Lei 6.983/81). Opera, portanto, como “poder de controlar o exercício de determinadas atividades permitidas aos particulares”, fazendo “parte da tutela administrativa preventiva, ou seja, visa à preservação do meio ambiente, prevenindo a ocorrência de impactos negativos ou minorando-os ao máximo” (FINK; ALONSO; DAWALIBI, 2004, p. 3).

Nesse contexto, o licenciamento ambiental deve ser aplicado, pela Administração Pública, em consonância com o modelo de DS, analisado anteriormente, em prol da garantia dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, isto é, visando assegurar “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, *caput*). Entre as ferramentas necessárias, a própria PNMA explicita o “planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais” (art. 2º, III).

Deve-se ressaltar que o planejamento previsto pela PNMA possui ressonância na responsabilidade intergeracional prevista na Constituição Federal. A responsabilidade de preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações encontra materialização em um procedimento de gestão qualificado pela utilização racional e disponibilidade permanente dos recursos ambientais (art. 4º, VI, da PNMA).

Em síntese, o licenciamento ambiental é um dos instrumentos disponíveis para se alcançar o desenvolvimento sustentável, devendo ser aplicado de forma a assegurar o menor impacto ambiental possível, representado pela preservação da qualidade ambiental e pelo uso racional dos recursos naturais.

3.1. Avaliação de impactos ambientais (AIA)

Instrumento também consagrado pela PNMA (art. 9º, III), a AIA é item obrigatório do EIA, por meio do qual deverá se dar a “identificação, previsão da magnitude e

interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), [...] temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade [...]” (art. 6º, II, CONAMA nº 001/86).

Visando analisar os impactos ambientais identificados para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural (E&P), realizamos um levantamento das matrizes de impactos, constantes da AIA de empreendimentos de E&P, licenciados entre 1994 e 2007 pela Coordenação Geral de Petróleo e Gás Natural (CGPEG) do IBAMA, na Bacia de Campos, localizada no litoral norte do Estado do Rio de Janeiro.

Podemos resumir em três etapas do processo de avaliação de impactos os resultados do diagnóstico dos mesmos, segundo os exemplos de três diferentes empreendimentos.

No RAA elaborado para a operação da unidade marítima PETROBRAS 34 (P-34) foram discriminados os seguintes impactos ambientais: 1. aumento da carga orgânica; 2. aumento da temperatura da água superficial e subsuperficial; 3. contaminação da biota marinha por hidrocarbonetos; 4. desenvolvimento de comunidades biológicas; 5. efeito antrópico.

Posteriormente, houve uma revisão dos impactos causados, sendo identificados no RAA da unidade PETROBRAS 35 (P-35) os seguintes impactos ambientais: 1. aumento da carga orgânica; 2. aumento da temperatura da água superficial e subsuperficial; 3. alteração na qualidade da água; 4. possibilidade de contaminação da biota marinha por hidrocarbonetos; 5. desenvolvimento de comunidades biológicas; 6. aumento na receita dos municípios da área de influência; 7. aumento na produção nacional de petróleo.

Atualmente, há um maior detalhamento do processo de exploração e produção de petróleo e, a partir deste, uma lista mais extensa de impactos, conforme descrito no Quadro 1.

Quadro 1. Aspectos e impactos reais das atividades de E&P

ASPECTOS	IMPACTOS
Ressuspensão de sedimentos	Alteração da qualidade da água; alteração da comunidade bentônica
Transporte da P-53 para a locação	Introdução de espécies exóticas
Presença física da plataforma	Alteração da biota marinha (plantas e animais marinhos)
Descarte ao mar dos efluentes	Alteração dos níveis de nutrientes e de turbidez na coluna d'água; alteração da biota marinha
Descarte marinho de água produzida	Alteração da qualidade da água; alteração da biota marinha
Descarte marinho de fluido de preenchimento	Alteração da qualidade da água; alteração da biota marinha
Emissões gasosas	Alteração da qualidade do ar
Desativação da atividade de produção	Alteração da comunidade pelágica; alteração da comunidade bentônica
Criação da zona de segurança no entorno da P-53	Geração de conflitos entre atividades de produção e escoamento de óleo e gás e a pesca
Demanda de mão-de-obra	Geração de emprego
Demanda de aquisição de bens e serviços	Aumento da demanda sobre as atividades de comércio e serviços; geração de tributos e crescimento das economias local, estadual e nacional; pressão sobre o tráfego marítimo; pressão sobre o tráfego aéreo; pressão sobre o tráfego rodoviário; pressão sobre a infraestrutura de transporte marítimo e aumento da demanda da indústria naval; aumento das atividades do setor de transporte aéreo; pressão sobre a infraestrutura de transporte rodoviário; pressão sobre a infraestrutura portuária
Produção de óleo e gás	Aumento da produção de hidrocarbonetos; geração de <i>royalties</i> , participações governamentais e aumento das atividades econômicas; aumento do conhecimento técnico-científico e fortalecimento da indústria petrolífera; geração de expectativas
Geração de resíduos sólidos e oleosos	Pressão sobre a infraestrutura de disposição final de resíduos sólidos e oleosos

Elaborado a partir de: PETROBRAS. *Relatório de Impacto Ambiental: atividade de produção e escoamento de óleo e gás do Campo de Marlim Leste, Bacia de Campos, através da Plataforma P-53.*

Ao tratar da produção de óleo e gás, notamos que apenas impactos positivos são apontados. Ressalte-se que esse aspecto não era sequer identificado anteriormente mas, embora o avanço no detalhamento dos impactos, parece-nos restar uma etapa imprescindível: afirmar, seguindo as diretrizes da AIA, o esgotamento de um reservatório de petróleo e gás natural como sendo um *impacto ambiental negativo, permanente e irreversível*.

Essa constatação implica reconhecer que se trata de um impacto ambiental efetivo a ser, portanto, minimizado, posto que, seguindo a interpretação de Mirra (1998, p.

22-23), “nos termos da Constituição Federal, ‘impacto ambiental’ não é qualquer alteração do meio ambiente, mas uma degradação significativa do ambiente”. Assim, adotamos o entendimento do autor para concluir que o esgotamento das reservas de recursos naturais não renováveis constituiu uma alteração drástica e de natureza negativa da qualidade ambiental.

Defendemos essa posição com base no exame realizado por Leroy (2002, p. 57) em que identificou, no Brasil, como um dos fatores que contribuem para a destruição ambiental, “a sensação de inesgotabilidade dos recursos”, como depreendemos de

nossa análise dos empreendimentos de E&P em que se ignora o esgotamento de recursos não renováveis.

Entendemos que essa conclusão reforça o aproveitamento racional das fontes de energia e o objetivo de proteger o meio ambiente e utilizar fontes alternativas de energia conforme determina o art. 1º, IV e VIII da Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo).

3.2. Princípio da prevenção³

O objetivo central dos instrumentos do Direito Ambiental está na prevenção do dano ambiental, ou, nas palavras de Milaré (2000, p. 102), “na prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”.

Quando tratamos de danos conhecidos, lançamos mão das ferramentas jurídicas existentes para a antecipação de ações voltadas para minimizar ou extirpar a ocorrência do evento danoso. Exemplos foram tratados anteriormente: licenciamento ambiental e avaliação de impactos ambientais.

Esses instrumentos da PNMA visam reconhecer e prevenir o impacto ambiental pela chancela do órgão ambiental, que irá licenciar o empreendimento, significando estar de acordo com as medidas apresentadas para prevenir os impactos ambientais identificados.

Entretanto, se a AIA incorrer em uma redução dos impactos ambientais, como no caso do esgotamento do petróleo e do gás natural, temos viciado o licenciamento ambiental, visto que perderá a visão do todo e, conseqüentemente, terá restringido seu poder de eficácia na preservação da quali-

³ Tal princípio está previsto em diversos documentos internacionais como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - 1992, a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito - 1989 e a Convenção da Diversidade Biológica - 1998.

dade ambiental. Com base nesse princípio, resguardado pelo modelo de desenvolvimento sustentável, entendemos ser possível ao órgão ambiental indeferir o pedido de licença ambiental até que a AIA seja devidamente apresentada, incluído o impacto de esgotamento da jazida, e estabelecido meio competente para a minimização do referido impacto.

3.3. Princípio da precaução

O princípio da precaução, definido no princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁴, realizada em 1992, representa a adoção de uma cautela antecipada frente à existência de uma “ameaça sensível”, que, segundo Machado (2001, p. 58-59), “é aquela revestida de perceptibilidade ou aquela considerável ou apreciável”.

No caso em tela, a exploração e produção de recursos não renováveis, sobretudo dos combustíveis fósseis, e sua relação direta com as mudanças climáticas globais configuram uma ameaça sensível à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Outra característica desse princípio, também apontado por Machado (2001, p. 59), é a “irreversibilidade do dano potencial [...] entendida como a impossibilidade de volta ao estado ou condição anterior”.

Como destacamos anteriormente, o esgotamento de reservatórios de petróleo é irreversível e não há certeza científica acerca das potenciais alterações futuras no clima planetário em razão da queima de combustíveis fósseis, segundo ponderação de Ávila (2007, p. 165) em relação às con-

⁴ O Princípio 15 objetiva proteger o meio ambiente, logo, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992).

clusões do IPCC – *Intergovernmental Panel on Climate Change*.

Assim sendo, em socorro a mais ampla aplicação do licenciamento ambiental, soma-se ao princípio da prevenção o da precaução, qual seja, a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações. Mas fazem-se necessários novos estudos e discussões que possam aprofundar e melhor traçar os limites do uso desse instrumento na eficaz gestão dos recursos não renováveis.

4. Considerações finais

Ao empreender uma releitura dos impactos ambientais das atividades de E&P, atualmente aceitos no licenciamento ambiental, procuramos revelar a inexistência de aspectos temporais de longa duração histórica na autorização de empreendimentos extratores de recursos finitos. Tal constatação pode, a partir de estudos e pesquisas específicas, corroborar a ideia de uma visão imediatista na gestão dos recursos naturais por haver a constante sensação de que esses recursos são infinitos.

É uma visão que torna evidente o descompasso entre a prática política das instâncias de tomada de decisões extensivas ao território nacional e um modelo de desenvolvimento que se proponha sustentável, desvelada sua incompatibilidade com os objetivos e princípios constitucionais.

Inserida que está em um complexo enredo político, econômico, energético, social e ambiental, qualquer discussão acerca de petróleo e gás natural pode assumir diferentes caminhos. Daí nossa proposta de buscar delimitar a abordagem para traçar e alcançar uma finalidade específica: identificar o papel do licenciamento ambiental na gestão racional do petróleo e do gás natural.

Reconhecemos, então, os inúmeros desafios relacionados à proposta de releitura das premissas básicas do licenciamento ambiental de recursos estratégicos como o petróleo e o gás natural e procuramos avançar no

caminho de uma nova configuração para a aplicação do licenciamento ambiental, como instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável. Ao rever as premissas do licenciamento ambiental, o fizemos de forma a abranger a gestão temporal de recursos finitos como requisito para a emissão de licenças ambientais no Brasil.

Ao término deste artigo, podemos resumir a descrição e análise empreendida formulando três propostas para a concretização de um real desenvolvimento sustentável: 1º) reconhecer a depleção dos reservatórios de petróleo e gás natural como impacto ambiental negativo, permanente e irreversível; 2º) aplicar o licenciamento ambiental como instrumento de gestão no uso dos recursos naturais, especificamente dos recursos não renováveis; 3º) fortalecer a gestão dos recursos naturais, particularmente daqueles finitos. A proposta, enfim, convoca para a ampliação das discussões acerca das bases teóricas do licenciamento ambiental e da gestão dos recursos naturais de forma integrada, como mecanismos dotados de uma finalidade comum, assegurando a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Referências

- ARAGÃO, A. S. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: RIBEIRO, M. R. S. (Coord.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ÁVILA, A. M. H. Uma síntese do quarto relatório do IPCC. *Revista Multiciência*, Campinas, n. 8, p. 163-168, maio 2007.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- EXMAN, F.; NERY, N. Plano do Brasil para pré-sal pode sofrer atrasos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 14

- ago. 2008. Economia. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/economia/not_eco224060,0.htm>. Acesso em: 20 ago. 2008.
- FINK, D. R.; ALONSO JR., H.; DAWALIBI, M. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GOMES, H. M. *As relações sociedade/natureza e a valoração econômica da natureza: o caso da mata do Estado*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/95BB814DC390446A03256FC4004F20BC/\\$File/NT000A50E6.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/95BB814DC390446A03256FC4004F20BC/$File/NT000A50E6.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2008.
- LEIS, H. R. *A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999.
- LEROY, J. et al. *Tudo ao mesmo tempo agora: desenvolvimento, sustentabilidade, democracia: o que isso tem a ver com você?* 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2002
- LIMA-E-SILVA, P. P. et al. *Dicionário brasileiro de ciências ambientais*. Rio de Janeiro: Thex, 1999.
- MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2001
- MARTINS, D. C. *A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- MELLO, C. *Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 3.540-1*. Distrito Federal, julgamento em 01 set. 2005.
- MILARÉ, É. "Direito do ambiente". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MINAYO, M. C. S.; HARTZ, Z. M. A.; BUSS, P.M. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, p. 7-18, 2000.
- MIRRA, A. L. V. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998
- NOSSA, L.; DOMINGOS, J.; GOY, L. Lula atribuiu mudança de royalties a assessores. *O Estado de São Paulo*, 1 set. 2009. Economia, p. B6.
- NUNES, L. S. *Regulação e sustentabilidade: o caso do setor petróleo no Brasil*. 2005. 225 f. Tese (Doutorado em Planejamento Energético)-COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- O GLOBO. Criação da 'Petro-sal' pode parar na justiça. *O Globo*, Rio de Janeiro, 14 ago. 2008. Economia, p. 26.
- PASSOS, J. M.; RANGEL, J.; ORDOÑEZ, R. Pré-sal, festa e puxão de orelha. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 maio 2009. Economia, p. 17.
- PAUL, G.; FRANCO, I.; JUNGBLUT, C. No pré-sal, 'royalties' pela metade. *O Globo*, Rio de Janeiro, 13 ago. 2009. Economia, p. 23.
- PETROBRAS. Relatório de avaliação ambiental: Petrobras 34, Processo IBAMA/MMA nº 02001.004540/92-98
- _____. Relatório de avaliação ambiental: Petrobras 35, Processo IBAMA/MMA nº 02001.001975/96-78
- _____. Relatório de impacto ambiental: atividade de produção e escoamento de óleo e gás do Campo de Marlim Leste, Bacia de Campos, através da Plataforma P-53. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007
- ROMEIRO, A. R. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, P. H.; LUSTOSA, M. C.; VINHA, V. (Orgs.). *Economia do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TRINDADE, A. A. C. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- UNITED NATIONS. *Our common future*. Genebra, jun. 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2010.
- VEIGA, J. E. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

Brasília: panorama jurídico-histórico

Em torno da legislação fundadora de Brasília

Ibsen Noronha

Sumário

1. Introdução. 2. Capitais coloniais e imperiais. 3. Rio de Janeiro, a República e o Distrito Federal. 4. As primeiras ideias de mudança da capital para o Planalto Central. 5. A interiorização durante a Monarquia. 6. No Arquivo Histórico do Senado. 7. A nova capital constitucionalizada. 8. A Comissão Cruls. 9. As Constituições de 1934 e 1937. 10. A Constituição de 1946. 11. Fundação, construção e inauguração da nova capital. 12. Conclusão.

1. Introdução

É comum um certo fascínio na reflexão sobre o surgimento de Cidades que estão envoltas de História. Pensamos em Atenas, onde a ideia de *Pólis* se manifestou com pujança, e logo nos perguntamos acerca de suas origens. Roma, a Cidade Eterna, desperta um vasto interesse. Na celebrada História de Roma de T. Mommsen, temos uma narrativa inolvidável sobre a fundação por Rômulo, na cena da demarcação feita com uma charrua puxada por animais. As ideias que percorrem a História do Direito Romano acerca da propriedade podem remeter sempre para este episódio do Palatino. Ainda hoje, quando visito as ruínas da Roma Antiga, volto o meu pensamento para aqueles primeiros homens rústicos que chegariam a elaborar um Direito elegante e que fundariam, para além da Cidade, a Ciência do Direito.

Ibsen Noronha é Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Professor de História do Direito Brasileiro na UnB; Assessor na Unilegis.

Fustel de Coulanges (1950), na sua jamais assaz citada obra *A Cidade Antiga*, adverte-nos sobre o aspecto ritualístico e tradicional que revestia a fundação das Cidades na Antiguidade. Servindo-se de diversos autores como Dionísio de Halicarnasso, Plutarco, Ovídio, Tácito e Catão, entre outros, refere recordações sobre a fundação de Roma:

“O primeiro cuidado do fundador está em escolher o sítio da nova cidade. Mas essa escolha, coisa grave e de que se julga depender o destino do povo, fica sempre entregue à decisão dos deuses...”

Chegado o dia da sua fundação, Rómulo oferece logo o sacrifício... A explicação do rito está em se exigir, para o ato que vai realizar-se, que o povo esteja puro...”

Veremos, ao correr do texto, que Brasília, inaugurada na mesma data de Roma, em 21 de abril, também passou por diversos rituais.

A cidade de Brasília acaba de celebrar seus cinquenta anos. Essa cidade já nasceu envolta numa série de especulações de diversas ordens. Aspectos econômicos, sociais, técnicos, políticos, demográficos, ideológicos e culturais têm recebido tratamento historiográfico desde a segunda metade dos anos 50. Não deixou de ter também um ritual expressivo o seu nascimento. O ritual tradicional, que será sempre rememorado historicamente, pertence ao acervo da Civilização Cristã. O Brasil dos anos 50 era arraigadamente católico. Pode-se mesmo afirmar que até o Concílio Vaticano II, que teve lugar nos primeiros anos da década de 60, não se poderia conceber outro cerimonial senão o católico apostólico romano na fundação da nova capital do Brasil. Durante a construção, realizou-se um ato simbólico em um dia simbólico. Ei-lo narrado por Juscelino Kubitschek (1975):

“Havendo estabelecido as bases materiais e humanas da cidade, julguei

que havia chegado o momento de proporcionar aos pioneiros um pouco de conforto espiritual, promovendo a realização da primeira missa no local onde se ergueria a nova capital. Escolhi a data de 3 de maio por me parecer a mais expressiva, já que recordava a missa mandada dizer por Pedro Álvares Cabral. As duas cerimônias se equivaliam em simbolismo. A primeira assinalara o descobrimento da Nova Terra; e a segunda, quatrocentos anos mais tarde, lembraria a posse efetiva da totalidade do território nacional.

Na manhã de 3 de maio, cerca de 15 mil pessoas reuniram-se no Planalto. Durante vários dias, centenas de caminhões e de jipes, assim como de aviões de passageiros e teco-tecos, despejaram na cidade milhares de visitantes. Eram goianos de todos os quadrantes do Estado, mineiros do Triângulo, criadores da zona de Paracatu e curiosos de muitas unidades da Federação, que chegavam, para estar presentes à cerimônia histórica. Do Rio, seguiram, igualmente, numerosas pessoas – inclusive figuras expressivas da sociedade carioca, o que emprestou uma nota de elegância à paisagem rústica do Planalto. Estava presente, também, uma delegação de índios carajás que os aviadores da FAB haviam levado do Bananal.

Às 10 horas chegou o Viscount, especialmente enviado a São Paulo para transportar o Cardeal Dom Carlos Carmelo de Vasconcelos Mota, que traria a imagem de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do Brasil, sob cuja invocação seria celebrada a Missa. A imagem, guardada em redoma com guarnições de metal, fora oferta da cidade de São Paulo a Brasília e já havia visitado todos os Estados e Territórios brasileiros, na revoada nacional da aviadora Ada Rogato.

Antes da missa foi batizada a primeira criança nascida na capital, o menino Brasília Franklin, do qual fui padrinho, e minha esposa Sarah, a madrinha...

Durante a missa, fez-se ouvir o magnífico coral feminino da Universidade Mineira de Arte e, em seguida, o Cardeal Mota dirigiu-me uma saudação, na qual salientou a importância de Brasília, que seria 'o acontecimento máximo depois do Ipiranga' e 'o trampolim mágico para a integração da Amazônia na vida nacional'. E concluiu assim sua oração: 'Na Bíblia se lê como Deus plantou, no meio do paraíso terreal, a miraculosa Árvore da Vida. Brasília é a árvore da vida nacional, providencialmente plantada no Planalto Central da nossa Pátria. Que as bênçãos de Deus e da Virgem Mãe de Deus façam com que Brasília cresça, floresça e frutifique em perene primavera da vida nova do Brasil: *Incipit vita nova!*'

Após a missa, falei aos presentes. Era a primeira vez que fazia um discurso oficial na nova capital. 'Estamos, todos nós, altos dignitários da Igreja, militares, homens de Estado, todos nós aqui' – declarei – 'reunidos, vivendo uma hora que a História vai fixar. Hoje é o dia da Santa Cruz, dia em que a capital recém-nascida recebe o seu batismo cristão; dia em que a cidade do futuro, a cidade que representa o encontro da pátria brasileira com o seu próprio centro de gravitação, recolhe a sua alma eterna... Dia em que Brasília, ontem apenas uma esperança e hoje, entre todas, a mais nova filha do Brasil, começa a erguer-se, integrada no espírito cristão, causa, princípio e fundamento da nossa unidade nacional. Dia em que Brasília se torna automaticamente brasileira. Este é o dia do batismo do Brasil novo. É o dia da Esperança. É o

dia da cidade que nasce. Que Brasília se modele na Conformidade dos altos desígnios do Eterno, que a Providência faça desta nossa cidade terrestre um reflexo da cidade de Deus; que ela cresça sob o signo da Esperança, da Justiça e da Fé.'

A longa citação serve para demonstrar com clareza uma das inúmeras facetas que surgem quando se deseja, com seriedade, perscrutar as origens de Brasília. Lembremos que, naquele ano de 1957, os rituais litúrgicos da Igreja Católica ainda estavam carregados do simbolismo proveniente do Concílio de Trento. Ainda estávamos perante a Igreja Constantiniana, e talvez seja difícil imaginar hoje os efeitos sensíveis daquela cerimônia sobre os presentes. Não esqueçamos também o sempre invocado sonho de Dom Bosco acerca de uma Cidade onde "[...] aparecerá uma Grande Civilização, a Terra Prometida, onde correrá leite e mel. E essas coisas acontecerão na terceira geração."¹

De fato, o tema da criação, fundação e inauguração de Brasília é capaz de suscitar um sem-número de hipóteses. Muitos têm buscado até explorar ângulos esotéricos em torno da localização e do estilo urbanístico arquitetônico da cidade. Enfim, não é escasso o campo para especulações.

Nosso pequeno contributo, na redescoberta que as celebrações de meio-século da capital do Brasil podem e devem provocar, será a busca da legislação que relampejou sobre o planalto central a nova cidade. A História do Direito também tem o seu subsídio e sua quota a conceder.

¹ Esta é a epígrafe do livro de Juscelino (1975) acima citado. Ressalte-se ainda, sob este aspecto litúrgico, a missa celebrada pelo Legado Pontifício, Cardeal Cerejeira, Patriarca de Lisboa, nos primeiros minutos do dia 21 de abril, na inauguração da cidade. Foi Missa campal, e encimava o altar da celebração a cruz, diante da qual, em 1500, fora celebrada a Primeira Missa do Brasil. A Cruz veio do Museu da Sé de Braga, onde, ainda hoje, é venerada como relíquia. Foi lida mensagem do Papa João XXIII. Sobre o episódio leia-se o livro de Juscelino (1975, p. 288-290).

Leis e propostas de lei permearam a nossa História como País independente, na tentativa da fixação de uma capital no centro do gigante Brasil. Vale a pena fazer o percurso e observar no espelho das leis a imagem de Brasília.

2. Capitais coloniais e imperiais

A primeira capital do Brasil colonial foi São Salvador da Bahia de Todos os Santos, fundada em 1549 pelo primeiro Governador-Geral, Tomé de Sousa, ao tempo do reinado de Dom João III, Rei que iniciou a colonização do Brasil com o sistema das capitanias hereditárias.

Em 1763 a capital passou para São Sebastião do Rio de Janeiro, por ordem do Marquês de Pombal, válido do Rei Dom José I. Em 1808, essa cidade acabou por tornar-se capital do Império português, na esteira da transmigração da Família Real para o Brasil. Em 1815, com a elevação do Brasil a Reino Unido, o Rio de Janeiro passa a ser a capital do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

Após o Conselho de Estado de 2 de setembro de 1822, presente José Bonifácio, no qual decidiu-se pela Independência, com o beneplácito da Princesa Leopoldina, então regente, e o Grito do Ipiranga, dado pelo futuro Imperador Dom Pedro, em 7 de Setembro, vimos o Rio ser transformado em Capital Imperial.

3. Rio de Janeiro, a República e o Distrito Federal

O golpe militar de 1889 criou uma federação, decalcada no modelo americano. Mas os líderes do movimento militar mantiveram a capital no Rio, agora Capital Federal. Notemos, contudo, que o federalismo tornou premente a criação de um Distrito Federal. Mas a nossa federação tem origem e conformação diversa da americana. Nosso federalismo surge por desagregação das províncias imperiais, enquanto a concepção

americana nasce da agregação das colônias independentes².

O Distrito Federal no Brasil surge inspirado na ideia do distrito de Columbia nos EUA, criado em 1800. A primeira Constituição republicana, de 1891, deu categoria de município neutro ao Distrito Federal.

4. As primeiras ideias de mudança da capital para o Planalto Central

A transferência para o interior do Brasil era ideia antiga, pois a colonização privilegiara a zona litorânea do nosso País-Continente. O Patriarca da Independência³ chegou a publicar, em 1822, um trabalho sob o título *Aditamento ao projeto de Constituição para fazê-lo aplicável ao reino do Brasil*, no qual sugere: “no centro do Brasil, entre as nascentes dos confluentes do Paraguai e Amazonas fundar-se-á a capital desse reino, com a denominação de Brasília”⁴. O texto completo propõe plano de três engenheiros, mas não chegou a ser discutido nas cortes.

O Patriarca, então como deputado Constituinte, em 1823, redigiu, na sua pugna pela mudança, o seguinte texto:

“Parece muito útil, até necessário, que se edifique uma nova capital do Império no interior do Brasil para assento da corte, da Assembleia Legislativa e dos tribunais superiores, que a Constituição determinar. Esta capital poderá chamar-se Petrópolis ou Brasília.”

Verdade que, mesmo antes da Independência, após a chegada do Regente Dom João, aventou-se da criação de uma capital no interior, ou seja, a ideia da interiorização foi uma realidade no período joanino.

² Daí, por exemplo, a diversidade dos direitos civis e penais nos diversos estados americanos.

³ José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838) é o verdadeiro ideólogo da interiorização nos primórdios do Brasil independente.

⁴ Alguns consideram este texto anônimo. De qualquer forma, o topônimo “Brasília” tem a sua primeira aparição.

5. A interiorização durante a Monarquia

O período imperial (1822-1889), consolidando a Independência e produzindo uma legislação puramente brasileira, também excogitou da mudança da capital.

O constitucionalismo iluminista, iniciado na Revolução Americana e consolidado na Revolução Francesa, fez carreira na América Latina e em 1824 será outorgada a primeira Constituição do Brasil.

Mas o texto constitucional imperial não consagrou as ideias de transferência da capital em qualquer dispositivo. Apesar disso teremos um fato relevante. Trata-se da construção de Petrópolis, que afirma um projeto de capital – capital de verão é bem verdade – no Brasil independente. E foi no ocaso do primeiro Reinado, em 1830, que Dom Pedro I mandou construir um Palácio Imperial, distante do Rio de Janeiro, que poderia receber estrangeiros pouco afeitos à canícula tupiniquim. A abdicação, no ano seguinte, interrompeu o projeto, que virá a ser retomado por Dom Pedro II, pelo Decreto de 16 de Março de 1843. Nele temos a previsão da construção de um Palácio Imperial, uma Igreja e a organização de um povoamento⁵.

O pai da historiografia brasileira, Visconde de Porto Seguro, aparece, a partir dos anos quarenta de Oitocentos, como o principal idealizador da interiorização da capital. Publicou o *Memorial orgânico*⁶, no ano de 1849, no qual discorre substancialmente sobre a mudança da capital, preocupando-se com a questão da identidade nacional e da modernização do país. Dois anos mais tarde, acaba por publicar um suplemento ao *Memorial orgânico*, dando também algum tratamento ao problema da capital.

Vejamus um extrato dessa obra:

⁵ Que será feito essencialmente por alemães, franceses, italianos e portugueses.

⁶ O título completo: *Memorial orgânico que a consideração das assembleas geral e provinciais do império apresenta um Brasileiro*.

“Ora pois hoje que já nam somos colônia; que nam necessitámos de estar em dependência de Lisboa, e que as vantagens de termos a capital sobre o mar, nam compensam a fraqueza e comprometimento que dahi podem resultar para a nação, e outras muitas vantagens que se colheriam de a transferir para o interior, segundo adiante mostraremos, assentamos por princípio que a capital do Império [...] nam deve ser em um porto de mar, sobre tudo actualmente, em que graças á invenção dos caminhos de ferro, podemos fazer em algumas horas comunicar com a beiramar qualquer ponto do certam.” (VARNHAGEN, 1849)

E pouco mais adiante revela a plaga onde deverá ser fundada a capital:

“Mas se abandonando a ideia de encontrar já feita e acabada a cidade que tanto nos convém, nos resolvermos a fundar uma, segundo as condições que se requerem a toda a capital de paiz civilisado hoje em dia, a verdadeira paragem para ella é a mesma natureza que a aponta [...]. É a em que se encontram as cabeceiras dos afluentes Tocantins e Paraná, dos dois grandes rios que abraçam o Império; i.e., o Amazonas e o Prata, com as dos do São Francisco [...]. É nessa paragem bastante central e elevada, de donde partem tantas veias e artérias que vam circular por todo o corpo do Estado, que imaginamos estar seu verdadeiro coração; é ahi que julgamos que deve fixar-se a sede do governo do Império”. (Idem)

O contributo teórico de Varnhagen é complementado, na prática, pela viagem que empreende ao interior do Brasil no ano de 1877⁷. Assim, acabou por visitar a região que tantas vezes sugerira para

⁷ Neste mesmo ano publicara em Viena, onde comandava a embaixada brasileira, a obra *A questão da capital: marítima ou no interior?*

fundar a nova capital do Império. Essa viagem durou cerca de meio ano. Esteve na província de Goyaz. Em Vila Formosa da Imperatriz, hoje Formosa, escreve carta ao Ministério da Agricultura. Na missiva cita a região onde estão três lagoas: Formosa, Feia e Mestre, e repisa o assunto da mudança da capital:

“Não entrarei aqui, Exm. Sr., na questão da alta conveniência para o Império a até para o Rio de Janeiro, da mudança da capital [...]. Mas não posso deixar de aproveitar esta ocasião para recomendar a importância, em todo o sentido, da mencionada paragem, como solo fecundo, em que tem de vingar e prosperar muito quaesquer sementes que nelle se lançarem”. (VARNHAGEN, 1877)

Como afirma Laurent Vidal (2009), Varnhagen contribui para fundar historicamente o projeto de uma nova capital.

6. No Arquivo Histórico do Senado

Investigando o Arquivo Histórico do Senado, deparei-me com um decreto muito raramente citado na historiografia que trata da mudança da capital. Datado de 9 de Julho de 1852, poderá condensar as diversas ideias e sugestões de interiorização que viemos perfunctoriamente apreciando.

O Decreto define a localização da Capital do Império entre os rios São Francisco, Maranhão ou Tocantins, sob as latitudes 10 e 15 graus Sul. Invoca a salubridade notória do sítio. Mas que seja comprovada por dados científicos. Demanda facilidades de definição natural de limites com rios, montanhas e outros acidentes. A forma será de poliedro circunscrito a um círculo, com raio de 10 léguas.

Sobre essa referência à salubridade do local para a instalação da capital, não podemos deixar de associar à recomendação medievalizante para os Príncipes, feita por Santo Tomás de Aquino, de que deve ser escolhida, se possível, região temperada.

Advertia o Doutor Angélico que, entre as muitas vantagens de tal escolha, a temperatura amena seria das primeiras, pois mantém a saúde e proporciona vida longa.

O Decreto de 1852 comanda a imediata demarcação e o mapeamento do local reconhecido com as qualidades necessárias. Também deverá proceder-se à imediata desapropriação de propriedade particular, concedendo-se aos proprietários o usufruto por nove anos.

O art. 3º preceitua:

“No centro do território, que será a parte mais saudável delle, será construído hum vasto e elegante edifício, em que se conterão hum Templo magestoso, o Paço Imperial, o do Senado, o da Camara dos Deputados, o do Supremo Tribunal de Justiça, e o do Tribunal do Thesouro Nacional.”

A preocupação estética do legislador é notável.

A lei não olvida a necessidade de alojamentos para os Ministros de Estado, assim como, para os Representantes da Nação e Ministros do Supremo Tribunal de Justiça.

As vias de acesso por terra e água são demandadas lestantemente. Em seguida, o Decreto prevê as formas de venda pelo governo dos terrenos compreendidos no território. Ficam autorizados de pronto recursos para o reconhecimento do terreno, demarcação e registro, assim como desapropriação de propriedade particular e a dita construção de acessos, no caso, por caminhos-de-ferro. Os recursos serão obtidos por meio de apólices da dívida pública.

O artigo 9º prevê a aplicação dos recursos, provenientes da venda dos terrenos encravados no território da futura capital do Império, nas construções necessárias.

O Decreto de 1852, no seu derradeiro artigo, revoga todas as disposições em contrário e é assinado por Hollanda Cavalcanti, tendo sido publicado no Rio de Janeiro pela Typographia Nacional.

O texto que temos sob a vista está emendado à mão em dois artigos.

Nada obstante é muito valioso como documento histórico sob diversos aspectos. Sobretudo se cotejarmos com a Lei aprovada mais de um século depois⁸. Fácil será notar a coincidência da técnica legislativa, assim como da substância.

7. *A nova capital constitucionalizada*

As concepções que informaram o advento da República também acabaram por exercer influência no plano geral de edificação de uma nova capital. Uma reflexão técnica e científica sobre o tema viria naturalmente após a consagração legal oriunda do poder constituinte originário dos primeiros momentos republicanos. O positivismo jurídico conseguiu o comando, legitimado pelo legislador iluminado pela técnica e ciência. O governo então poderia dar curso ao projeto, instituindo comissões para deliberar do local propício para a mudança.

Pouco tempo decorrido do 15 de novembro formou-se a Comissão dos cinco juristas⁹ encarregados de apresentar o anteprojeto do novel texto constitucional.

O projeto final, apresentado ao Governo Provisório em 24 de Maio de 1890, no seu art. 2º, § único, refere a escolha de um território com o fim de instalar a capital. Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, propõe uma emenda ao dito artigo que dará forma ao texto final do projeto de Constituição do Governo Provisório, que será dado a público em 22 de junho do mesmo ano e que prevê:

“Art. 2º Cada uma das antigas províncias formará um Estado, e o antigo município neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a capital da União, enquanto outra coisa não deliberar o Congresso.

⁸ Trata-se da Lei 2.874 de 19 de setembro de 1956.

⁹ Foram eles: Rangel Pestana, Antônio Luís Santos Werneck, Américo Brasiliense, Saldanha Marinho e Magalhães Castro. Os três primeiros positivistas militantes, os dois últimos republicanos liberais.

Parágrafo único: Se o Congresso resolver a mudança da capital, escolhido, para este fim, o território, mediante consenso do Estado ou dos Estados de que houver de desmembrar-se, passará o atual Distrito Federal, de *per si* a constituir um Estado.”

Pela primeira vez, temos o termo Distrito Federal – na linha do decalque proveniente dos EUA – em substituição do município neutro consagrado no período imperial desde 1834.

A Assembleia Constituinte vai apreciar o projeto apresentado pelo Governo Provisório e, durante os cem dias de trabalhos, teremos pelo menos duas dezenas de emendas no que tange à mudança da capital. Uma comissão especial apresentará três emendas e nas sessões plenárias ainda foram propostas cinco emendas que apreciaram a hipótese de mudança.

Uma emenda de Lauro Muller, deputado e governador de Santa Catarina, propõe que pertençam à União *uma zona de 440 léguas quadradas, situada no Planalto Central da República*¹⁰. Nessa emenda vem citada a carta de Varnhagen ao Ministro da Agricultura, escrita em 1877, quando da sua expedição, e que apresenta um rol de vantagens referente ao Planalto Central de Goiás.

Essa emenda será votada e aprovada e tornar-se-á no art. 3º da primeira Constituição republicana, após os constituintes acrescentarem a localização. Votada à véspera da promulgação, adquire então o texto definitivo. Vejamos os dois artigos que constitucionalizam a mudança:

“Art. 2: Cada uma das antigas províncias formará um Estado, e o antigo município neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não ser der execução ao dispositivo do art. seguinte.

¹⁰ A Constituição americana previa um território de 10 mil metros quadrados onde deveria ser instalada a capital, Washington.

Art. 3: Fica pertencendo à União, no Planalto Central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura capital federal.

Parágrafo único: Efetuada a mudança da capital, o atual Distrito passará a constituir um Estado.”

Faz-se necessário lembrar que ao Congresso estava reservado privativamente o poder de transferir a capital¹¹. Assim, o poder executivo não participa do processo de decisão.

Deodoro da Fonseca logo dirigiu mensagem ao Congresso pedindo a mudança da capital.

Para formalizar o pedido do Marechal, o deputado pelo Piauí Joaquim Paranaçu apresentou, em 30 de Julho de 1891, o projeto de lei n. 71. Esse projeto visa atribuir ao Executivo plenos poderes para a transferência da capital.

Há um parecer contrário ao projeto da Comissão parlamentar das obras públicas. Enfim, o processo de decisão fica truncado nesses primeiros e turbulentos momentos do novo regime. Um impasse.

8. A Comissão Cruls

Instala-se uma Comissão, a 17 de maio de 1892, após mensagem do Marechal de Ferro ao Congresso, que manifesta reputar *inadiável a mudança da capital da União*¹².

É instituída, por decreto do Ministro dos Transportes e Obras Públicas, Antônio Gonçalves de Faria, a Comissão de exploração do Planalto Central do Brasil. Esta será dirigida por Luís Cruls¹³.

¹¹ Art. 34, 13, da Constituição de 1891.

¹² “*Reputando de necessidade inadiável a mudança da capital da União, o Governo trata de fazer seguir para o Planalto Central a comissão que deve proceder à demarcação da área e fazer sobre a zona os indispensáveis estudos.*” A mensagem é do dia 12 de maio de 1892.

¹³ Engenheiro belga, conheceu Joaquim Nabuco, que o introduziu na sociedade da Corte Imperial. Dom Pedro II o convidou para se instalar no Brasil, pois

A Comissão deverá primeiramente demarcar a área de 14.000 quilômetros quadrados para instalar o Distrito Federal. Conclui esse trabalho entre 1892 e 1894. Em seguida deve escolher o lugar mais propício para a edificação da cidade que será a futura capital.

O chamado retângulo Cruls muito se aproxima do que teria imaginado Varnhagen, incluindo as lagoas referidas pelo Visconde de Porto Seguro.

No seu relatório, Cruls invoca a salubridade do lugar e a sua similitude com as regiões mais sadias da zona europeia temperada; e também a beleza que considera elemento essencial para a decisão final.

A área delimitada foi ratificada pelo Congresso.

Para a segunda tarefa, a Comissão foi rebatizada com o nome de Comissão de Estudo da Nova Capital da União. O lugar para a construção foi escolhido. Coincidia com o acampamento de Luís Cruls. E é aí que hoje está localizada Brasília.

Entretentes a situação política havia-se alterado, com a subida ao poder de Prudente de Moraes. Em 3 de maio de 1897, a Comissão é oficialmente extinta, sendo que já estavam suspensos os trabalhos há cerca de um ano.

Mas o trabalho da Comissão será consagrado algumas décadas depois.

O Decreto n. 4.494 de 18 de junho de 1922, assinado por Eptácio Pessoa, após aprovação pelo Congresso, prevê a colocação, no dia da celebração do centenário da Independência, no futuro Distrito Federal, a pedra fundamental da futura cidade que tornar-se-ia a capital do País.

E tal efetivamente se deu, em 7 de setembro de 1922. Com o concurso de diversas personalidades da política nacional, a pedra fundamental foi selada.

considerava que os seus conhecimentos seriam bastante importantes para o desenvolvimento do Brasil. Foi nomeado em 1876 para o Observatório Imperial. Em 1878 já é primeiro astrônomo do Observatório. Em 1884 torna-se Diretor da instituição.

9. As Constituições de 1934 e 1937

Com a subida de Getúlio Vargas ao poder em 1930, tem-se o canto de cisne da elite tradicional brasileira, ligada à terra¹⁴. O consulado getulino inaugura o populismo no Brasil. As elites fundiárias deixam, com o exílio de Washington Luiz, de guiar política e culturalmente o país. É o momento de consolidação do modernismo tupiniquim que dera o seu primeiro grito em 1922. O projeto de mudança da capital terá grande importância nesse contexto de ruptura com a sociedade tradicional imperante, na Primeira República.

Pouco tempo volvido desde a Revolução de 9 de julho de 1932, instalou-se uma Assembleia Constituinte, que produzirá a terceira Constituição do Brasil.

A Constituição de 1934, no artigo 4º das suas disposições transitórias, reproduz a ideia consignada na Constituição anterior. Eis o texto:

“Será transferida a capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que esta Constituição entrar em vigor, nomeará uma comissão que, sob instruções do governo, procederá a estudos de várias localidades adequadas à instalação da capital. Concluídos tais estudos, serão presentes à Câmara dos Deputados, que escolherá o local e tomará, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.”

Não esteve, como se sabe, muito tempo em vigor a Constituição de 1934. A fundação do Estado Novo produziu nova Constituição três anos depois, saída da pena de Francisco Campos. Nesta não encontramos qualquer dispositivo direto acerca da mudança da capital, salvo, naturalmente. O

¹⁴ Um dos intelectuais ligados ao regime, Azevedo Amaral (1935), na sua obra *A aventura política do Brasil*, afirma que a Revolução de 1930 pôs fim ao poder das elites rurais dentro do Estado.

disposto no art. 7º: *O atual Distrito Federal, enquanto sede do Governo da República, será administrado pela União.*

A doutrina da Segurança Nacional¹⁵, componente importante da estratégia geopolítica desse novo Estado, cabe lembrar, terá importância no processo histórico-jurídico que envolve o assunto que ora tratamos. O IBGE¹⁶, ao dar parecer acerca dos problemas de base do Brasil de então, assevera a *necessidade de interiorizar a capital, como medida de segurança nacional, tanto interna como externa.* O Instituto chegou a propor a transferência da capital para Belo Horizonte¹⁷, transferência provisória é bem verdade, até a construção da almejada capital. Ou seja, temos um projeto previsto em duas fases.

Num discurso pronunciado no último dia de 1939, Vargas afirma ser a brasilidade confirmada essencialmente numa marcha para o oeste. O ideólogo da dita marcha foi Cassiano Ricardo, que irá publicar trabalho com o título: *Marcha para o Oeste: a influência da bandeira na formação social e política do Brasil.* Nele o intelectual releva a necessidade do espírito bandeirante para a implementação da interiorização. A *Marcha* teria o seu ponto alto na criação de uma capital localizada no retângulo Cruls.

No contexto do período, temos também de realçar a mudança da capital do Estado de Goiás¹⁸. Entre 1932 e 1942, surgiu Goiânia como nova capital, transformando a tra-

¹⁵ Francisco Campos é o intelectual de maior relevância deste período e a doutrina em causa ficou a dever-lhe muito.

¹⁶ Criado em 1938, deverá recensear os problemas básicos do Brasil e propor soluções.

¹⁷ A nova capital mineira, que substituiria Ouro Preto, simbolizava a modernização do Brasil e a superação da mundivisão barroca colonial. Foi em 1897, ainda na primeira década da república, que se deu a transferência da capital do estado de Minas Gerais.

¹⁸ No dia 20 de janeiro de 1932, o Governador Pedro Ludovico Teixeira anunciou a decisão de construir a nova capital. Referiu os dispositivos que previam a mudança nas Constituições estaduais de 1898 e 1918. O local foi definido no ano seguinte. E a inauguração teve lugar em 1942.

dicional cidade de Goiás em arqueológica lembrança das aventuras coloniais.

Uma nota ainda sobre esse período. Surgiu uma nova liderança em Minas Gerais. Juscelino Kubitschek é o jovem prefeito de Belo Horizonte. E, na linha da imposição do modernismo pelas novíssimas elites provenientes da Revolução de 1930, o prefeito trava relações com Niemeyer, e encomenda uma série de construções em volta do lago artificial da Pampulha. Acrescentemos o nome de Lúcio Costa, diretor da Escola de Belas-Artes após a Revolução de 1930¹⁹.

10. A Constituição de 1946

Terminada a Segunda Grande Guerra, temos a convocação, pelo General Dutra, da Assembleia Nacional Constituinte de 1946. É uma nova ótica que nasce com o sinal de dobre do Estado Novo.

Os constituintes, parece, andaram preocupados com assuntos de índole bastante alheia à da mudança da capital. A primeira versão do anteprojeto omitiu a matéria. Foi graças a Artur Bernardes, deputado da UDN por Minas Gerais, penúltimo Presidente da Primeira República; graças a uma intervenção de última hora, que, na versão definitiva do anteprojeto, o princípio da mudança ressurgiu em um artigo.

Após o êxito da intervenção de Artur Bernardes, temos ainda duas emendas. Uma de Café Filho, que sugere a mudança para Goiânia. Por sua vez, o mineiro Benedito Valadares propôs o Triângulo Mineiro como local para a capital. E o anteprojeto apresentado assenta em Minas, efetivamente, o local da capital. Notamos os regionalismos em força na Assembleia, que possui, pela teoria do poder constituinte originário, ilimitados poderes para deliberar.

Claro que os regionalismos também se manifestaram no plenário. Anotemos, por

¹⁹ Um outro nome é imprescindível nesse contexto: Le Corbusier. Sua influência foi marcante no Brasil a partir dos anos 30. Doutrinou o jovem Niemeyer numa de suas estadas no Rio de Janeiro.

curioso, que os deputados Kubitschek e Israel Pinheiro apoiam a solução de Valadares. Para o futuro diretor da NOVACAP, o Triângulo Mineiro seria ideal para assentar a nova capital. A solução Goiânia²⁰ encontrou apoio, naturalmente, pelos deputados goianos e correligionários do deputado Café Filho.

Afinal foi promulgada a Constituição em 18 de setembro de 1946 e podemos ler, assim como podíamos na Lei Maior de 1934, nas disposições transitórias, em seu art. 4º, o seguinte texto:

“A Capital da União será transferida para o Planalto Central do país;

§ 1º Promulgado este ato, o Presidente da República, dentro de sessenta dias, nomeará uma comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova capital;

§ 2º O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União;

§ 3º Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da capital;

§ 4º Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o estado da Guanabara.”

O texto, mais torneado e claro que o da Carta de 1934, define o Planalto Central como local, reeditando a necessidade de estudo técnico para a sua definição. O poder legislativo deverá, então, deliberar, por meio de lei especial, e ordenar a transferência. São reiterações de etapas que nos fazem ver a sensível falta de continuidade na instabilidade política que marca o período republicano.

Novas Comissões serão ativadas para a localização. O Presidente Eurico Dutra,

²⁰ A cidade de Goiânia foi exaltada pela sua construção em moldes *moderníssimos*.

servindo-se de suas atribuições constitucionais, nomeou, em novembro de 1946, Comissão de estudo para a localização da nova capital do Brasil, e entregou a direção ao General Polli, que reafirma a solução da Comissão Cruis. Mas a área foi ampliada, alcançando 77.000 quilômetros quadrados.

Os resultados da Comissão Polli serão efetivados legislativamente pela Lei 1.803, de 5 de janeiro de 1953. Esta autoriza o poder executivo a realizar os estudos definitivos necessários à implantação da nova capital. Vejamos o artigo 1º da lei:

“O Poder Executivo está autorizado a proceder, na forma que julgará conveniente, na região do Planalto Central, compreendida entre os paralelos 15º30 e 17º e os meridianos WGr 46º30, e 49º13, aos estudos definitivos para a escolha do local da Nova Capital Federal que deverão ser concluídos dentro de um prazo de três anos.

§ 1º Os estudos mencionados neste artigo deverão satisfazer as seguintes condições:

- a) Clima e salubridade favoráveis;
- b) Facilidade de abastecimento em água e energia elétrica;
- c) Facilidade de acesso às vias de transporte terrestre e aéreo;
- d) Topografia adequada;
- e) Solo favorável às edificações e existência de materiais de construção;
- f) Proximidade de terras para cultivo;
- g) Paisagem atraente.

§ 2º Os estudos serão realizados com base em uma cidade de 500 mil habitantes.

§ 3º O prazo para o início desses estudos é de sessenta dias.”

As preocupações com a localização da cidade são as mesmas de tentativas anteriores, como facilmente podemos depreender da leitura da lei.

Dois anos transcorridos desde sua eleição para a Presidência da República, Getúlio

Vargas irá nomear a *Comissão de Localização da Nova Capital Federal*, dirigida pelo General Aguinaldo Caiado. Em 1955 teremos novo presidente da Comissão, na pessoa do Marechal José Pessoa Cavalcanti de Albuquerque. Em 15 de abril desse mesmo ano, a Comissão escolhe finalmente o local para a nova capital, e, ao final do ano de 1955, a Comissão passa a se chamar *Comissão de Planejamento da Construção e Mudança da Capital Federal*. Todos esses atos se dão durante a presidência de Café Filho, que assume após o suicídio de Vargas. Em seguida, será alçado ao poder Juscelino Kubitschek de Oliveira, eleito em outubro de 1955 e empossado em 31 de janeiro de 1956.

11. Fundação, construção e inauguração da nova capital

Caminhando pela Praça dos Três Poderes, sob a canícula do Cerrado, podemos encontrar abrigo numa pequena construção marmórea. Trata-se do Museu Histórico de Brasília. Subindo alguns degraus, iremos nos deparar com textos gravados nas paredes de mármore. Dessa fonte oficial nos servimos para descortinar a velha ideia da construção de uma nova Capital ganhar uma nova dinâmica:

“Em sua campanha eleitoral pela Presidência da República, Juscelino Kubitschek de Oliveira mantém em cada localidade vivo diálogo com o povo, para ouvir-lhe aspirações e anseios. A 4 de abril de 1955, em Jataí, pequena cidade de Goiás, é inquirido por um popular se é seu propósito construir a nova capital no interior do país. ‘Cumprirei em toda sua profundidade a constituição e as leis. A constituição consagra a transferência. É necessário que alguém ouse iniciar o empreendimento – e o farei’, responde o candidato”²¹.

²¹ A Antiguidade Clássica buscou gravar relatos da fundação de suas Cidades. Roma e Atenas são exemplos paradigmáticos. A Pólis grega gravou es-

Eleito presidente, Juscelino não perderá tempo e irá consagrar como metassíntese a construção de Brasília.

A fundação, cercada de simbolismo, como vimos, foi marcada pela celebração da Primeira Missa. Já se trabalhava intensamente e, realizando o projeto de Lúcio Costa, uma Cruz gigantesca foi demarcada, eixos monumental e residencial se encontram sulcados em pleno Planalto Central²².

Mas a construção dependia da aprovação pelo Congresso do projeto de Lei encaminhado por Juscelino. A assinatura do projeto deveria ter tido lugar em Goiânia, a novíssima capital do Estado de Goiás. Mas o mau tempo não permitiu o pouso do avião que conduzia o presidente para a Amazônia. A sociedade goiana viu frustrada a recepção e assinatura no Palácio das Esmeraldas. Anápolis acabou por assistir à solenidade no dia 18 de abril de 1956²³.

O projeto teve como redator o jurista, e também deputado por Minas Gerais, Santiago Dantas. O poder executivo necessitava de vasta autonomia para encetar a construção da capital. JK não deixou de fazer passar pelo crivo de diversas personalidades o texto do projeto elaborado pelo seu conterrâneo.

O projeto possui 26 artigos. É prevista a localização da cidade no Planalto central goiano. Importa sobretudo criar a Companhia Urbanizadora da Capital Federal, que ficará conhecida como NOVACAP, e estabelecer seus objetivos e atribuições.

ses relatos em estelas, guardadas na ágora. A nossa Cidade, não por acaso, gravou no mármore e situou na Praça dos Três Poderes a sua História oficial. Jean Louis Hout nota que as cidades medievais terão como principal fonte acerca da fundação das cidades os textos jurídicos.

²² Não há como esquecer a fundação mítica de Roma com a charrua puxada pelo boi e a vaca. A terra que saltava fora do território sagrado da Cidade era cuidadosamente remetida para a parte interior daquela sulcada.

²³ O texto conhecido como “Mensagem de Anápolis” não deixa de fazer um breve relato sobre a história da ideia de interiorização da capital. Invoca também a necessidade do cumprimento da Constituição.

Também se estabelece o sistema administrativo da companhia. A administração será exercida por uma diretoria composta por cinco membros. Também contará com Conselhos Fiscal e de Administração.

Em cinco meses, o projeto será aprovado pelo Congresso Nacional. Houve obstrução na Comissão de Constituição e Justiça. Foi aprovado o regime de urgência para a sua tramitação. Na Comissão Especial de Mudança da Capital, presidida pelo deputado Pereira da Silva²⁴, do PSD do Amazonas, surge o relatório de Emival Caiado, de Goiás, que é longo e profusamente documentado. O plenário da Câmara discute a matéria e há propostas de emendas. Assim, faz-se necessária a volta do projeto para as Comissões.

A delonga deu-se sobretudo na Câmara, tendo em vista que, em oito dias, o Senado aprovou o projeto por unanimidade de votos. A aprovação histórica se deu em 14 de setembro.

A lei foi sancionada a 19 de setembro de 1956. Trata-se da lei n. 2.874.

A NOVACAP é contemplada com amplos poderes. Empresa estatal, contudo, se rege pela lei das sociedades anônimas. Pode contratar empregados e promover importações diretamente com isenção de impostos. A lei ainda concede poderes para desapropriações e contratações de serviços sem concorrência²⁵. Era a lei almejada por JK.

Muitos foram os nomes propostos para a capital do Brasil desde inícios de Oitocentos. Nova Lisboa, Pedrália, Imperatória, Tiradentes e Vera Cruz transitaram pelo imaginário dos idealizadores da nova capital. Mas vingou, finalmente, a proposta do deputado amazonense Pereira da Silva com o nome de “Brasília”, outrora sugerido pelo Patriarca da Independência. A

²⁴ É ao presidente da Comissão que devemos a emenda que batiza juridicamente a nova capital com o nome de “Brasília”.

²⁵ Ao Conselho de Administração é que é facultado o poder de dispensar concorrência.

formação etimológica de Brasília (Brasil em latim): Brasil com o sufixo -ia, produz um diminutivo carinhoso²⁶...

Finalmente Brasília surge com o nome de capital do Brasil no artigo 33 da lei 2.874: *É dado o nome de "Brasília" à nova Capital Federal.*

12. Conclusão

Ao encerrar este breve texto, articulemos algumas das principais impressões oriundas da pesquisa empreendida.

Cabe observar que numerosíssimos e variadíssimos trabalhos, no Brasil e no Mundo, foram suscitados pela construção da cidade que acaba de completar 50 anos. A bibliografia é abundante! Entretanto, no que respeita ao aspecto jurídico-histórico, ainda estamos perante uma selva pouco desbravada.

Tanto no que tange às fontes formais quanto às materiais, desconhecemos análise e trabalho de fôlego. A crítica histórico-jurídica, *ipso facto*, também é escassa. Importante notar que as fontes estão à disposição, acessíveis e bem condensadas.

Existem diversas obras vincadamente apologéticas acerca da criação e construção da cidade, contudo o caráter laudatório pode prejudicar o método científico e a crítica.

Excelentes são as fontes referentes ao campo político, com os discursos que, lógica e retoricamente, encetaram a conquista da opinião nacional para o projeto da nova capital.

No campo do processo legislativo, temos a possibilidade de consultar projetos de lei e suas respectivas discussões. Também o direito positivo, com leis, decretos, decisões, emanados do Estado, estão à disposição do pesquisador.

O trabalho publicado em 1960 pelo Serviço de Documentação da Presidência da República, em 3 volumes, intitulado

²⁶ Há outras hipóteses etimológicas. Deixemos esta consignada à guisa de graça.

Antecedentes Históricos, é, com certeza, a principal fonte nos domínios político-jurídico, assim como dos pareceres técnicos. São mais de 1.300 páginas que fornecem o essencial dos períodos colonial, imperial e republicano no que concerne ao processo de interiorização.

A revista editada desde 1957 pela NOVACAP, *Revista Brasília*, oferece muitos elementos na linha dos aspectos deliberativos. Mas todos os atos e solenidades importantes até a inauguração estão, da mesma forma, disponíveis.

Claro está que estudos no campo do Urbanismo e da Arquitetura são abundantes pelo prisma invulgar e contemporâneo do tema. Também a Geografia dá atenção ao tema da localização da cidade.

O breve percurso intentado nestas linhas buscou obter uma visão, ainda que sumária, do processo legislativo que culminou com a lei 2.874/56²⁷. O caminho, sinuoso, seguido pelas leis brasilienses, deixa-nos a profunda sensação de uma ideia que inquietou gerações de brasileiros, ideia audaciosa que acabou por transformar a inóspita savana central do Brasil numa Cidade carregada de simbolismo e que já

²⁷ Eis o primeiro artigo da histórica lei:

"Art. 1º A Capital Federal do Brasil, a que se refere o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 18 de setembro de 1946, será localizada na região do Planalto Central, para esse fim escolhida, na área que constituirá o futuro Distrito Federal circunscrita pela seguinte linha:

Começa no ponto da Lat. 15° 30'S e long. 48° 12'W. Green. Dêsse ponto, segue para leste pelo paralelo de 15° 30'S até encontrar o meridiano de 47° e 25'W. Green. Dêsse ponto segue o mesmo meridiano de 47° e 25'W. Green, para o sul até o Talweg do Córrego de S. Rita, afluente da margem direita do Rio Preto. Daí pelo Talweg do citado córrego S. Rita, até a confluência dêste com o Rio Preto, logo a juzante da Lagoa Feia. Da confluência do córrego S. Rita com o Rio Preto, segue pelo Talweg dêste último, na direção sul, até cruzar o paralelo de 16° 03'S. Daí, pelo paralelo 16° 03' na direção Oeste, até encontrar o Talweg do Rio Descoberto. Daí para o norte, pelo Talweg do Rio Descoberto, até encontrar o meridiano de 48° 12'W. Green. Daí para o Norte pelo meridiano de 48° 12'W. Green, até encontrar o paralelo de 15° 30' Sul, fechando o perímetro."

nasceu com uma História, de muitos modos, ainda desconhecida.

As leis, os caminhos da legislação, ajudarão, certamente, a reencontrar e resgatar essa História.

Referências

- AMARAL, Azevedo. *A aventura política do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- ANTECEDENTES históricos. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1960. (Coleção Brasília, 2 v.).
- BRASIL. *Constituições brasileiras* (8 volumes). Brasília: Edições técnicas do Senado Federal, 1987.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Lisboa: Editora Clássica, 1950.
- HUOT, Jean Loui. *La ville neuve, une idée de l'Antiquité*. Paris: Ed. Errance, 1988.
- KUBITSCHKEK, Juscelino. *Por que construí Brasília*. Rio de Janeiro: Editora Bloch, 1975.
- RICARDO, Cassiano. *Marcha para o oeste: a influência da bandeira na formação social e política do Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 1940.
- VIDAL, Laurent. *De Nova Lisboa a Brasília – A invenção de uma capital (séculos XIX-XX)*. Brasília: Editora UnB, 2009.
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *Memorial orgânico que a consideração das assembleias geral e provincias do império apresenta um brasileiro*. [S.l.]: [s.n.], 1849.
- _____. *Ofício ao ministro da agricultura*. Disponível em: <<http://doc.brazilia.jor.br/HistDocs/Relatorios/1877varnhagenFormosa.htm>> Acesso em: 4 out. 2010.

Arquitetura da estrutura jurídico-funcional da Advocacia-Geral da União após dezessete anos de existência

Modelo ideal

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. Necessidade de evolução da normatização, da organização e do funcionamento do Estado e das instituições, em especial públicas. 3. Descentralização dos serviços públicos. 4. Modelo ideal de organização e de funcionamento da Advocacia-Geral da União. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Para ingressar e sondar aquilo que o título do presente artigo visa atingir, mostra-se importante fazer algumas considerações introdutórias fundamentais.

Cabe iniciar fazendo a menção de que o Estado politicamente organizado demorou muito, na história da evolução dos povos, para adquirir os atuais contornos.

Essa evolução sempre trouxe muitas discussões sobre o modelo ideal desse Estado politicamente organizado, inclusive sob os aspectos de se esse Estado deve ser mais liberal, ou seja, menos interventivo e, principalmente, menos participativo no desenvolvimento econômico-social, ou mais interventivo, regulador, incentivador e participativo no campo desse desenvolvimento econômico-social. Nesse campo existe, na história de sua evolução, vários momentos que facilmente são identificados e mapeados, cabendo lembrar mais recentemente as duas grandes guerras mundiais, a depressão de 1929, e, nos dias

Jair José Perin é Advogado da União na PRU/4ªR. Ex-Procurador-Geral da União Substituto (abr/2007 a jan/2010).

atuais, a atual crise que impõe, como regra, uma recessão econômico-financeira, tanto para o setor público como para o privado de praticamente todos os Países e blocos econômicos.

Nos Estados Democráticos de Direito modernos, os textos constitucionais, aprovados por assembleias constituintes, no exercício do poder constituinte originário, procuram traçar e discriminar, de acordo com as necessidades de especialização, o que deve ser exercido pelo Estado e o que deve ser exercido pela iniciativa privada. Também, no caso dos Estados Federais, como será a distribuição de competências e atribuições entre os entes da Federação. Referente ao Brasil, entre a União, os Estados e os Municípios.

2. Necessidade de evolução da normatização, da organização e do funcionamento do Estado e das instituições, em especial públicas

A evolução do conhecimento, das necessidades e dos aperfeiçoamentos do atual estágio de progresso econômico, financeiro, social, cultural, científico e tecnológico, estabelecido pelo crescimento das demandas, estão impondo ao Estado, cada vez mais, para poder exercer todas as suas missões e atividades estabelecidas na Constituição Federal, nas Leis Infraconstitucionais e nas regulamentações infralegais, a intensificação da normatização, cada vez mais especializada, de todos os ramos de atividade. A precipitação disso decorre, em especial, por estarmos na era da cibernética e da globalização do conhecimento. A maior representação disso está presente na quantidade de leis editadas após os anos 80: a consolidação das leis anualmente editadas demonstra e comprova essa realidade.

A imprescindibilidade de normatização, diante dos frequentes anseios impostos pela realidade nacional e mundial, importa que haja uma correspondência no que se refere à organização e ao funcionamento

do Estado e das instituições, em especial públicas, para o atingimento das missões e das atividades afetas ao aparelho estatal.

Ressalte-se que a eficiência e a eficácia na atuação têm muito a ver com a concepção da organização e do funcionamento de qualquer instituição, órgão ou empresa. No caso do Estado, não pode ser diferente a preocupação quanto a esses aspectos.

Em relação ao Estado brasileiro, a sua dinâmica de organização e de funcionamento deve ter presente, de imediato, o modelo do Estado Federal do Brasil previsto pela atual Constituição Federal de 1988, em que existem competências comuns, concorrentes e exclusivas das três esferas da federação (União, Estados e Municípios) e, dentro dessas, as funções de cada um dos Poderes (executivo, legislativo e judiciário) e de cada Instituição, bem como o que é previsto para a administração direta ou indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Da mesma forma, entende-se que o atingimento das missões e das atividades estabelecidas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, via organização e funcionamento, será alcançado com sucesso com o seguimento, também, dos princípios orientadores que constam nesses diplomas, como, por exemplo, os elencados no art. 6º do Decreto-Lei nº 200/67, *verbis*:

“Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

I – Planejamento;

II – Coordenação;

III – Descentralização;

IV – Delegação de Competência;

V – Controle.”

3. Descentralização dos serviços públicos

Para os propósitos do presente artigo, cabe destacar que, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 também discrimina

na, em especial para a União, como será a descentralização dos serviços públicos no âmbito dos Entes da Federação, como também a descentralização por colaboração às pessoas jurídicas de direito privado. Sobre o assunto, leciona a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 298-299):

“Descentralização *por serviços, funcional* ou *técnica* é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode se dar por meio de *lei* e corresponde, basicamente, à figura da *autarquia*, mas abrange também *fundações* governamentais, *sociedades de economia mista* e *empresas públicas*, que exerçam serviços públicos.
(...)

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de *contrato* ou *ato administrativo unilateral*, se transfere a *execução* de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a *titularidade* do serviço.”

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 299) expressa:

“Serviço descentralizado é todo aquele que o Poder Público transfere a sua titularidade, ou, simplesmente, a sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, entidades paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Há outorga, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao

público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.”

Prossegue o autor citado (Idem, p. 301):

“Conceito – Autarquia são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.

O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle, e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União.

A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. (...)”

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, assim dispõe pertinentemente ao assunto:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;

d) Fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

§ 2º O Poder Executivo enquadrará as entidades da Administração Indireta existentes nas categorias constantes deste artigo.

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações."

É importante ressaltar que a exigência de lei específica para a criação de autarquia e para a autorização no tocante à instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação encontra previsão no art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988. Inclusive, para a criação de subsidiárias de empresas públicas e de sociedades de economia mista, existe a necessidade de autorização legislativa, em cada caso, conforme reza o inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

Dentro dessa temática, merece especial destaque a questão da criação de agências de regulação, autarquias com um regime especial, as quais sugeriram como uma necessidade de especialização do atual modelo de Estado. No que tange às agências de regulação, tivemos a oportunidade de explorar no artigo *A Intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro* (PERIN, 2003, p. 145-160) algumas observações, cabendo destacar neste momento o seguinte:

"(...)

4. As agências de regulação

De acordo com o texto constitucional, promulgado pelo Poder Constituinte Originário, e as alterações subsequentes levadas a efeito pelo Poder Cons-

tituinte Derivado, por intermédio das Emendas Constitucionais 8/95, 9/95, 13/96 e 19/98, foi intensificada a criação de agências de regulação no âmbito do Poder Público, seja na esfera federal, seja na estadual.

Está dentro do espírito da descentralização do serviço público, a fim de que o Estado, por intermédio desses entes, consiga melhores resultados no exercício do poder de polícia, e até no normativo, quando da complementação e da integralização das normas legais, já que são especializados por excelência, com amplo conhecimento técnico-científico de tarefas econômicas e/ou financeiras.

Conforme a concepção da última Reforma Administrativa, o papel de controle do Estado, em relação a determinadas atividades, é melhor executado se desempenhado por entes descentralizados que ele cria.

(...)

Como se percebe, a quantidade de agências de regulação em nível da Administração Pública Federal é bastante grande, demonstrando, de forma cabal, uma opção efetiva do Poder Público Federal pela adoção do princípio da descentralização administrativa e, também, da desestatização dos serviços públicos até então realizados diretamente pelo Estado.

As Agências de Regulação, criadas pelo Governo Federal, pertencem à Administração Indireta, sob a forma de Autarquias Especiais, as quais somente podem ser criadas mediante lei específica, à luz do disposto no art. 37, XIX, da Carta Fundamental.”

O doutrinador Alexandre de Moraes (2001), em artigo sobre *Agências reguladoras*, assim se expressa, aproveitando-se, inclusive, de observações de outros doutrinadores:

“(…)

A continuidade da atenuação das idéias liberais clássicas da impossibilidade absoluta de delegação legislativa é uma conseqüência do novo panorama administrativo do Estado, que exige a *descentralização* e que traz consigo novas exigências de *celeridade, eficiência e eficácia fiscalizatória* incompatíveis com o modelo anacrônico da burocracia tradicional gerada a partir das idéias liberais de Separação dos Poderes e inaplicável em face do aumento de ingerência do Poder Público na Sociedade.

A insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços, acarretou uma reforma de mentalidade administrativa com a ocorrência de diversas privatizações, sempre com a finalidade de descentralização dos serviços públicos, pois, como salientam Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, as funções e atividades a serem realizadas pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que dependem essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto socioeconômico em que se produzem.

Como destacam Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, ‘desatrelasse, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos’.

(...)

Dessa forma, a moderna Separação dos Poderes mantém a *centralização governamental* nos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo –, que deverão fixar os preceitos básicos,

as metas e finalidades da Administração Pública, porém exige maior descentralização administrativa, para a consecução desses objetivos.”

4. Modelo ideal de organização e de funcionamento da Advocacia-Geral da União

Tendo presente o acima exposto, doravante cabe incursionar a temática sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

De imediato, faz-se importante trazer o significado do termo advocacia. De acordo com o doutrinador De Plácido e Silva (2004, p. 71), assim é conceituado o termo advocacia:

“ADVOCACIA. Exercício da profissão de advogado. Ato de procurar em juízo, exercício por pessoa, que se encontre devidamente habilitada e autorizada. É considerada *múnus público*. *Procuradoria*.

A advocacia se qualifica de *civil*, *trabalhista* ou *criminal*, conforme o exercício das funções, que lhe são pertinentes, se desempenham nos foros cível, criminal ou trabalhista.

Quando a pessoa exerce atividades de procuradoria, ou advoga interesse de outrem, junto a repartições públicas, onde mantém estreitas ligações com funcionários dali ou com altas autoridades, que exerçam influência nestas repartições, se diz que exerce *advocacia administrativa*.

(.....)”

Mais adiante, na mesma página citada, assim define o termo advogado:

“ADVOGADO. Num sentido amplo, advogado é toda pessoa que, patrocinando os interesses de outrem, aconselha, responde de direito, e lhe defende os mesmos interesses, quando discutidos, judicial ou extrajudicialmente.

Num sentido mais restrito, advogado é toda pessoa legalmente habilitada

e autorizada a exercer a advocacia ou procuradoria judicial, para o que, precipuamente, deve achar-se devidamente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil.

Neste particular, então, será ele o patrono ou patrocinador da causa ou ação posta em juízo, como representante de uma das partes litigantes e que, com os seus conhecimentos jurídicos, defende os direitos que lhe são confiados, a fim de que retornem à sua posição normal e fiquem livres das importunações ou ameaças que os perturbem. (...)” (destaques nossos).

Como se vê da conceituação, e que não poderia ser diferente, haja vista a própria natureza da profissão, dado que se trata de prestação de serviço técnico especializado decorrente de vínculo legal ou contratual em prol de determinado “cliente”, seja público ou privado, seja pessoa jurídica ou física, as advocacias sempre atuam em nome de determinado “cliente”, por intermédio de procuração, institucional/legal ou contratual.

Isso não coloca a advocacia, de forma alguma, como uma atividade não relevante e/ou secundária, mas sim com destaque especial, porquanto esta, seja pública seja privada, exige dos seus exercentes a observância de um *múnus público* essencial para a administração da justiça, principalmente num contexto de um estado democrático de direito, centrado e previsto em Carta Fundamental. Todas as carreiras que labutam na área do direito devem estar comprometidas a conduzir a atuação das pessoas, empresas, organizações, instituições, etc, à luz desse *múnus público*.

Criar o ambiente e o terreno propício para alimentar e para colher o sentimento e as necessidades dos seus “clientes”, nesse tipo de relação, deve ser uma constante. Para tanto, a organização e o funcionamento da advocacia não pode estar em desacordo com o seu “cliente”, destinatário final do seu serviço.

Tendo presente essa realidade, quando se pretende sondar a melhor organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União, compreende-se que não pode ser desprezada a ideia de que essa Instituição, colocada no Texto Constitucional como função essencial à administração da justiça, deve traduzir-se num verdadeiro “espelho” dos seus “clientes”, a fim de subsistir e resistir no tempo com legitimidade, pela sua identificação com esses. O afastamento do modelo do “cliente” pode gerar desconfiança pela falta de identificação e legitimação perante os entes e entidades que representa. As atividades cometidas à Advocacia-Geral da União não são um fim em si próprias, mas sim viabilizadoras dos interesses de seus “clientes”, no caso, os Poderes da União, com suas instituições e órgãos.

Como as linhas mestres da estruturação do aparelho estatal federal passam por duas grandes vertentes, administração direta e indireta, a Advocacia-Geral da União não pode prescindir, também, de manter essa compatibilização, sob pena da possibilidade de não subsistir no tempo, porquanto os conflitos jurídico-legais, salutares para o atingimento dos fins do Estado, podem tender a serem “abortados” e neutralizados por sua advocacia, com isso, gerar uma deslegitimação e uma quebra da simetria tão necessária para o andamento regular das instituições e órgãos públicos dos poderes da União.

Melhor explicando: se o aparelho estatal federal está organizado e estruturado sob “linhas mestres” bem definidas, por exemplo, administração direta e indireta, não pode a AGU estar organizada e estruturada, em especial sob o aspecto hierárquico, de forma generalizada, ou seja, desprezando e ignorando aquilo que passa na realidade de seus clientes, órgãos e entidades, da administração direta ou indireta.

Pode-se dizer, com segurança, que o sucesso e êxito de qualquer empresa, organização, órgão, instituição, etc, está direta e intimamente ligada à ideia da busca de

racionalidade no que tange à forma de organização e de funcionamento, a fim de buscar centrar e focar, com sucesso, aquilo que deseja alcançar.

É só lembrar o quanto importante é, para uma empresa do setor privado, o atingimento de excelência na conquista de mercados, clientes, lucratividade e outros aspectos essenciais para a existência de maior êxito no seu negócio.

No setor público, não pode ser diferente essa preocupação de racionalidade.

Nesse momento cabe trazer à colação observações que tivemos a oportunidade de fazer no artigo *Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas* (PERIN, 2007, p. 205-217), as quais, com a devida contextualização, servem para ilustrar a preocupação que aqui se procura expor:

“(…)

Dentro desse contexto exposto, a divisão de competências, para ser resultado dessa racionalidade e logicidade científico-processual, deve ter elementos (critérios) facilmente mapeáveis, identificáveis e justificáveis sob o ponto de vista jurídico. Portanto, não pode haver critérios aleatórios, guiados por caprichos, por disputas de espaços, e de matérias, geralmente surgidos quando as ambições institucionais e pessoais não são devidamente relativizadas, para que sejam adequadas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade, da impessoalidade, da supremacia do interesse público, da moralidade, da eficiência, da legitimidade, dentre outros, uns lembrados acima e outros não.

A divisão de competências das diversas Justças, assim, deve ser guiada sistematicamente por elementos (critérios) que encontrem densidade capaz de justificar-se perante a comunidade jurídica e, por que não, perante toda a sociedade.”

Felizmente a AGU, em que pese seus dezessete anos de existência, está estruturada sob o enfoque constitucional e legal (LC nº 73/93, Lei nº 10.480/2002, e outras leis) de forma, acredita-se, adequada, porquanto há:

a) uma Advocacia da Administração Direta, tendo como seu grande braço contencioso a Procuradoria-Geral da União, com seus órgãos, para defesa judicial e extrajudicial dos três poderes, com todos os seus órgãos (Presidência da República, Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União, todos os Órgãos do Poder Judiciário, começando pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Tribunais Federais e até a Justiça de 1º grau, os Órgãos do Ministério Público Federal, os Órgãos da Defensoria Pública Federal, e todos os Órgãos do Poder Executivo (Ministérios e seus órgãos inferiores, no âmbito nacional, regional, estadual e local dentro da estrutura do Estado Federal brasileiro). Na vertente de natureza tributária, existe uma especialização, por intermédio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com seus órgãos;

b) uma Consultoria-Geral da União, com seus órgãos, como braço de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Aqui também cabe lembrar que existe o braço especializado da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nas matérias e/ou assuntos de natureza tributária, mas que se submete, em última análise, à Consultoria-Geral da União;

c) a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, com autonomia administrativa e financeira, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico, bem como a atuação judicial em prol das mais de 150 (cento e cinquenta) entidades da Administração Indireta. Eis o que dispõe a Lei nº 10.480/80:

“Art. 9º É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbe à Advocacia-Geral da União a supervisão da Procuradoria-Geral Federal.

Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

§ 1º No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento, à Procuradoria-Geral Federal aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 2º Integram a Procuradoria-Geral Federal as Procuradorias, Departamentos Jurídicos, Consultorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações federais, como órgãos de execução desta, mantidas as suas atuais competências.

§ 3º Serão mantidos, como Procuradorias Federais especializadas, os órgãos jurídicos de autarquias e fundações de âmbito nacional.

§ 4º Serão instaladas Procuradorias Federais não especializadas em Brasília e nas Capitais dos Estados, às quais incumbirão a representação judicial e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos das entidades de âmbito local.

§ 5º Poderão ser instaladas Procuradorias Seccionais Federais fora das Capitais, quando o interesse público recomendar, às quais competirão a representação judicial de autarquias e fundações sediadas em sua área de atuação, e o assessoramento jurídico quanto às matérias de competência legal ou regulamentar das entidades e autoridades assessoradas.

§ 6º As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Seccionais Federais prestarão assessoramento jurídico a órgãos e autoridades de autarquias e fundações de âmbito nacional localizados em sua área de atuação, que não disponham de órgão descentralizado da respectiva procuradoria especializada, e farão, quando necessário, a representação judicial dessas entidades.

§ 7º Quando o assessoramento jurídico de que trata o § 6º envolver matéria específica de atividade fim da entidade, que exija manifestação de procuradoria especializada, ou decisão de autoridade superior da entidade, o Chefe da Procuradoria Federal não especializada e o Procurador Seccional Federal encaminharão a matéria à correspondente Procuradoria Especializada.

§ 8º Enquanto não instaladas as Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Seccionais Federais, as suas competências poderão ser exercidas pelos atuais órgãos jurídicos das autarquias e fundações de âmbito local, ou por Procuradoria especializada da Procuradoria-Geral Federal existente na localidade, ou por Procuradoria da União, quanto à representação judicial e, quanto ao assessoramento jurídico, por Núcleo de Assessoramento Jurídico da Consultoria-Geral da União.

§ 9º Em cada Procuradoria de autarquia ou fundação federal de âmbito nacional e nas Procuradorias Federais não especializadas haverá setor específico de cálculos e perícias, a ser instalado conforme a necessidade do serviço e a disponibilidade financeira.

§ 10. O Advogado-Geral da União indicará, para os fins desta Lei, as autarquias e fundações de âmbito nacional.

§ 11. As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados e as Procuradorias Seccionais Federais poderão assumir definitivamente as atividades de representação judicial e extrajudicial das autarquias e das fundações públicas federais de âmbito nacional. (Incluído pela Lei nº 11.098, de 2005).

§ 12. As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados e as Procuradorias Seccionais Federais poderão ainda centralizar as atividades de apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades das autarquias e fundações públicas federais, incluindo as de âmbito nacional, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico delas derivadas. (Incluído pela Lei nº 11.098, de 2005).

§ 13. Nos casos previstos nos §§ 11 e 12 deste artigo, as respectivas autarquias e fundações públicas federais darão o apoio técnico, financeiro e administrativo à Procuradoria-Geral Federal até a sua total implantação. (Incluído pela Lei nº 11.098, de 2005).

A Procuradoria-Geral Federal, por ser órgão vinculado nos termos fixados na Lei acima referida, tem respaldo para a defesa, inclusive, das agências de regulação, não podendo haver questionamentos quanto à constitucionalidade, legalidade e legitimidade, porquanto se mantém como órgão jurídico ligado “umbilicalmente” aos seus “clientes” da Administração Indireta (autarquias e fundações públicas);
d) o Ministro da Advocacia-Geral da União, por ser o consultor e assessor jurídico do Presidente da República, deve ser “o fiel da balança”, tendo a Consultoria-Geral da

União para firmar, nos termos da Lei Complementar 73/93, o entendimento jurídico sobre determinado assunto. Nos termos da Lei, a Câmara de Conciliação deve compor os interesses entre os órgãos da Administração Direta ou entre as entidades da Administração Indireta, ou entre estas e os órgãos da Administração Direta.

A posição do Ministro da AGU “como fiel da balança” ganha mais respaldo legal diante do que dispõe o art. 19 do Decreto-Lei nº 200/67:

“Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.”

Acredita-se, assim, que os parâmetros atuais de organização e de funcionamento previstos na legislação infraconstitucional estão dando consequência ao previsto no art. 131 da Constituição Federal, compatibilizado com as demais disposições do Texto Constitucional, em especial as do art. 37.

Por fim, é importante ressaltar que a efetividade da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União, dentro dessa realidade, depende de que cada Carreira Jurídica – Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador Federal – que representa o “divisor de água”, principalmente entre administração direta e indireta, seja dotada de garantias e prerrogativas próprias, como também de

apoios técnico-jurídico e logístico, à altura das relevantes competências e atribuições, a fim de garantir a segurança jurídica material de acordo com as exigências extraídas dos princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro, em especial da Constituição Federal de 1988.

5. Considerações finais

Tendo presente o acima referido, podemos dizer que a busca da eficiência e da eficácia a curto, médio e longo prazo, com consideração de todas as particularidades que cercam e alimentam a existência de qualquer empresa, organização, órgão, instituição, etc, não pode prescindir de uma atenta gestão estratégica com vistas a conseguir atingir, traduzir, materializar e corporificar uma estrutura organizacional e funcional à altura da dimensão que se pretende na busca da valorização do grau de satisfação de todos os atores e cenários.

No caso da Advocacia-Geral da União, acreditamos que a estrutura organizacional e funcional, após decorridos dezessete anos de existência, encontra-se, por estar adequada ao modelo dos “seus clientes”, em condições de continuar a atingir excelentes resultados na consecução de sua missão prevista no Texto Constitucional, mais especificamente no seu artigo 131 – *A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo* –, compatibilizado e harmonizado com os demais princípios e normas, em especial com as do art. 37 da Constituição Federal.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BRASIL. *Constituição (1988)*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 791, p. 739-756, set. 2001.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: Estado, o serviço público e o servidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PERIN, Jair José. A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 145-160, jul./set. 2003.

_____. Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, p. 205-217, jul./set. 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais Sociais. 3. Reserva do possível e erosão da consciência constitucional. 4. Critérios para a atuação do Poder Judiciário em casos envolvendo o direito à saúde.

1. Introdução

O direito à saúde desempenha um papel de destaque no Ordenamento Jurídico. Sua análise pode passar por uma perspectiva de direito público, em que é tratado como direito fundamental social (artigos 6º e 196 da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/88), do qual se pode extrair diversos desdobramentos, tais como o dever do Estado de prestá-lo (construindo hospitais, fornecendo medicamentos, exemplificativamente) e de protegê-lo sob o ponto de vista coletivo (ao proibir, por exemplo, a venda de um produto nocivo à saúde do consumidor ou evitando um dano ao meio ambiente).

Outrossim, sob o prisma do Direito Privado, o direito à saúde, ao lado do direito à vida, assume o caráter de um dos mais importantes direitos de personalidade, podendo o indivíduo valer-se da cláusula geral do artigo 12 do Código Civil, bem como dos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal para promover sua tutela em face de outros indivíduos e do Estado, seja ressarcitória (específica ou indenizatória), seja inibitória.

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano é Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG. Advogado em Belo Horizonte/MG.

Independentemente da conotação pública ou privada, tratar-se-á a proteção da saúde contra danos (*Gesundheitsverletzung*) de maneira ampla, à semelhança do que o faz a doutrina teutônica. Na Alemanha, o direito de personalidade da saúde (*Gesundheitsrecht*), baseado na tutela (*Schutzgüter*) conferida pelo § 826, I, do BGB, abrange, subjetivamente, não só as pessoas nascidas (*geborenen Menschen*), como também o nascituro (*Leibesfrucht*). De maneira objetiva, o direito à saúde protege a saúde física (*körperlich*) e mental (*psychisch*) do indivíduo contra danos (*Schädigungen*) (LOOSCHELDERS, 2010, p. 428).

Apesar da divisão entre o regime jurídico público e privado, há intrínseca correlação de instrumentalidade entre um e outro. Ambos encontram ponto de conexão na dignidade da pessoa humana, a qual o Estado estabeleceu como um de seus fundamentos (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/88). Com efeito, a proteção do direito à saúde sob o ponto de vista do Direito Público, como direito fundamental social, servirá, a bem da verdade, para criar o ambiente propício para que a pessoa – considerada individualmente – desenvolva os demais atributos de sua personalidade.

Nesse aspecto, apesar da interseção existente entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade – que aqui se coloca como instrumental –, é preciso ressaltar que não há uma coincidência entre ambas categorias.

A doutrina diverge a respeito da abrangência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade e a relação entre uns e outros. Manuel Cândido Rodrigues (2003, p. 204) entende que os direitos fundamentais de primeira geração se assentam sobre a proteção da dignidade da pessoa humana. De uma forma um pouco mais abrangente, José Carlos Vieira de Andrade (apud ASCENSÃO, 2009, p. 26) afirma que os direitos fundamentais são manifestações do princípio da dignidade da pessoa huma-

na, dividindo-os em direitos fundamentais materiais – que por sua natureza assumem esse *status* – e direitos fundamentais formais – que são elevados a categoria de fundamentais em razão do diploma legal no qual estão previstos.

De acordo com essa corrente defendida por ambos os juristas mencionados, haveria direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional mas que, devido à sua essência de proteção da dignidade da pessoa humana – tais como os direitos da personalidade –, seriam considerados como direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana seria o ponto de unidade entre as duas categorias (VIEIRA DE ANDRADE apud RODRIGUES, 2003, p. 204).

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária, defendida por José de Oliveira Ascensão, entende que, no centro dos direitos da personalidade, está a proteção da pessoa humana e que tal objetivo, apenas lateralmente, poderia ser perseguido pelos direitos fundamentais. Assim, não se poderia afirmar que todo direito da personalidade deva ser acolhido como direito fundamental. Isso porque seriam “categorias de núcleo necessariamente diferente” (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

De acordo ainda com esse jurista, a categoria dos direitos da personalidade caracteriza-se pela proteção dos vários atributos (em *numerus apertus*) da noção substancial de pessoa humana (Idem, p. 35). O fulcro dos direitos fundamentais não está na dignidade da pessoa humana, mas na *conformação das relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada*. Por essa razão, a lista de direitos fundamentais geralmente consagrada nas Constituições modernas representa cada vez mais a consolidação de reivindicações de grupos de interesses. Afastam-se assim da “consagração nuclear do primado da pessoa” (Ibidem, p. 27). Conclui o autor português que os direitos fundamentais são muito mais abrangentes que os direitos de personalidade (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 396) parece aderir a essa segunda corrente ao afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”.

A par da divergência sobre a abrangência dos direitos fundamentais e se estes englobariam os direitos da personalidade e, ainda, em qual medida o fariam, ambas categorias buscam a proteção da pessoa humana seja de forma direta, seja indireta. Os direitos da personalidade voltam-se totalmente à proteção dos atributos da pessoa e mais focados nas relações de Direito Privado e os direitos fundamentais, em maior ou menor medida, também buscam essa proteção, porém de maneira lateral e com um foco maior no Direito Público.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel crucial. Ela encontra-se consagrada em vários dispositivos da CR/88, sendo que o principal deles é o artigo 1º, inciso III, no qual está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil. No entanto, ela pode também ser considerada como um valor constitucional que norteará os fins do Estado. Qualquer pessoa, pelo simples fato de existir, tem dignidade e isso precisa ser reconhecido pelo Estado e protegido de maneira efetiva. Os Poderes Públicos têm o dever de proteger, respeitar e promover condições para uma vida digna.

Os direitos fundamentais, assim, servirão, em sua grande maioria, para criar o ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, como acima afirmado, sendo que o direito à saúde desempenhará uma relevante função na persecução desse escopo, o qual será o objeto de análise do presente trabalho.

Para tanto, valer-nos-emos de importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente. A Corte Constitucional Brasileira, na linha do que já havia decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) nº 45, abordou vários aspectos do direito fundamental social à saúde e do dever do Estado de cumpri-lo, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE. Nesse tocante, busca-se aqui analisar o direito à saúde sob o ponto de vista dos direitos fundamentais e sua relação de instrumentalidade com os direitos da personalidade, mencionando-se sempre que pertinente o entendimento do STF.

Ressalve-se que o presente trabalho limitar-se-á à questão da tutela da saúde no que se refere ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público e prestação de terapias, uma vez que não se pode perder de vista que esse direito pode ser concretizado de várias outras maneiras, como acima mencionado (construção de hospitais, contratação de médicos especializados, etc.).

2. Direitos Fundamentais Sociais

Para fazer a análise do direito fundamental à saúde, é preciso antes de mais nada situá-lo em seu contexto jurídico, para que se possa a partir daí discorrer sobre suas características e a forma de torná-lo efetivo, principalmente, com base no entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático precedente *supra* mencionado.

Pois bem. A primeira análise que se deve fazer é quanto à função dos direitos fundamentais, que variam de acordo com sua estrutura. Com essa classificação, é possível uma melhor compreensão do conteúdo e da eficácia de cada “espécie” de direito fundamental, o que terá repercussão em sua aplicação prática (MENDES, 2010, p. 331).

No final do século XIX, Georg Jellinek elaborou a teoria dos quatro *status* nos quais o indivíduo poderia encontrar-se perante o Estado. De acordo com o renomado jurista, o indivíduo pode encontrar-se em situação de subordinação aos Poderes Públicos possuindo, assim, deveres para com

o Estado diante dos mandamentos e proibições elaborados por este. De outro lado, a pessoa goza ainda de um *status* negativo em relação ao Poder Público, que impõe a este limites, de modo que não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo.

Em um terceiro aspecto, os indivíduos têm o *status* positivo, segundo o qual podem exigir que o Estado atue de forma favorável a eles e realize alguma prestação. E, por fim, os indivíduos dispõem de um *status* ativo, de modo que podem participar efetivamente para influir na formação da vontade do Estado. Seriam os direitos políticos.

Com base nessa teorização de Jellinek, a doutrina constitucionalista, ao longo do tempo, classificou os direitos fundamentais em espécies, a saber: (i) direitos de defesa, (ii) direitos a prestações e, ainda admitido por alguns juristas, (iii) direitos de participação (Idem, p. 332).

A primeira espécie, os direitos de defesa, tem o escopo de proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Por essa razão, impõem para este um dever de abstenção, ou seja, de não interferir na esfera jurídica de autodeterminação do indivíduo. Atribui-se a essas espécies de direitos fundamentais um caráter negativo. Tais direitos são aqueles tradicionalmente de primeira dimensão: a liberdade e a propriedade.

A importância de tais direitos foi reconhecida ao longo do período Iluminista no Século XVIII, vindo a encontrar o auge de sua relevância na época da Revolução Francesa, em que a burguesia buscou defendê-los como forma de combater o regime político até então vigente e dominado por ampla interferência do Estado na vida privada das pessoas. Portanto, a Revolução vem negar a ordem anterior, difundindo ideais que antes eram combatidos pelo Monarca.

Atualmente, os direitos de defesa ainda assumem um outro papel, que não apenas de proteger bens jurídicos ou de defesa da liberdade dos indivíduos. A doutrina

atribui-lhes o papel de vedação à eliminação pelo Estado de certas posições jurídicas. Ao Estado é defeso derogar determinadas normas jurídicas, a fim de garantir-se a segurança jurídica (Ibidem, p. 333).

Posteriormente, com o reconhecimento de que as pessoas não podem ser consideradas todas iguais, pelo menos sob o ponto de vista material, e que, em decorrência da ênfase anterior na liberdade e na igualdade formal, disparidades sociais emergiram, surge uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Trata-se dos direitos a prestação, que são aqueles que exigem do Estado não uma abstenção, mas, pelo contrário, que atue de forma positiva, exercendo uma conduta. As prestações que o Estado deve realizar podem ser de natureza material (direito social à educação, à saúde, etc.) ou prestações jurídicas, que buscam regulamentar a proteção do direito considerado fundamental, geralmente, por meio de normas de organização e procedimento (elaboração de leis para proteger os direitos dos trabalhadores, etc.). Busca-se, em suma, que o Estado garanta aos indivíduos a satisfação de condições materiais indispensáveis para que possam gozar de sua liberdade. Em outras palavras, os direitos sociais não são “direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado” (KRELL, 1999, p. 240).

Os direitos a prestações materiais são considerados os direitos fundamentais sociais por excelência. O Estado passou a exercer uma função de caráter social, em que busca atenuar as desigualdades de fato existentes na sociedade.

Pela forma como encontram-se previstos na CR/88, os direitos fundamentais exigem que o Legislador atue para que eles atinjam sua eficácia plena. Não é por outra razão que, em contraposição com os direitos de defesa, afirma-se que estes têm eficácia maior do que os direitos a prestações. Isso porque a maioria dos direitos sociais não está prevista em normas de eficácia plena, estão normalmente consagrados em nor-

mas abertas, que precisam de complemento legislativo. Portanto, os direitos de defesa possuem uma eficácia e uma efetividade maior, diante da desnecessidade de regulamentação legislativa.

Apesar dessa diferença, como se observará mais à frente de forma detalhada, o STF entende que, muito embora estejam previstos em enunciados abertos, dependentes de atuação do legislador, tais normas não podem ser ignoradas pelo Poder Público, sob pena de negar a eficácia normativa da Constituição e a força vinculante de seus preceitos. Assistir-se-ia, do contrário, a erosão da normatividade e da própria ideia de Constituição como instrumento que coloca limites e impõe deveres aos Poderes do Estado.

De mais a mais, os direitos fundamentais a prestações, especialmente, as de cunho material, notabilizam-se por se submeterem às conjunturas econômicas (MENDES, 2010, p. 337). Sua realização, em maior ou menor grau, depende intrinsecamente da disponibilidade financeira do Estado, o que se costuma designar por expressão oriunda do Direito alemão: *reserva do possível*. De um lado está a escassez de recursos financeiros e de outro existe uma infinidade de necessidades dos indivíduos que precisam ser atendidas. Diante dessa equação, o Estado precisa escolher a forma em que alocará os recursos, ponderando os interesses envolvidos.

O direito à saúde subsume-se a essa categoria de direitos fundamentais e, por essa razão, encontra-se submetido às contingências financeiras do Estado e à reserva do possível. Muito embora sua submissão a essa limitação, como será a seguir analisado, o STF decidiu que existem limites à alegação por parte do Estado da indisponibilidade financeira para sua concreção, sob pena de esvaziar o conteúdo desse importante direito, ligado intrinsecamente à pessoa humana, por ser também um direito da personalidade. Do mesmo modo, em sua decisão, o STF estabeleceu critérios

para que o Poder Judiciário interfira em sua concreção, tendo em vista que não se pode também ignorar as limitações financeiras e o mérito de decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Por último, alguns autores reconhecem uma terceira espécie de direitos fundamentais, pertencentes aos direitos de primeira dimensão: os direitos de participação. São direitos que vão permitir, como o próprio nome diz, a participação do indivíduo na vida política do Estado. São basicamente os direitos políticos (direito de votar e ser votado, referendo, plebiscito, etc.). Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de direitos mistos, uma vez que exigem do Estado tanto um dever de agir quanto um dever de abstenção. Logo, possuem características tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos a prestação.

Outra classificação doutrinária de relevo para a melhor compreensão dos direitos fundamentais é aquela que os divide em dimensões subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é aquela até então tratada. Caracteriza-se pelos direitos subjetivos conferidos aos particulares de modo a conferir-lhes pretensões entre si e em face do Estado. Pode-se exigir tanto uma ação positiva, como nos casos dos direitos a prestações, bem assim como também uma abstenção, ou seja, um comportamento omissivo. Nesses casos, os indivíduos valem-se sobretudo dos remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, etc.).

De seu lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa tratar esses direitos como princípios norteadores do Ordenamento Jurídico, criando diretrizes para a atuação de todos os Poderes do Estado de modo a balizá-los. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais transcendem a função de garantidores de posições individuais (dimensão subjetiva) para alcançar a própria elaboração das demais normas e sua aplicação pelo Poder Executivo e

pelo Poder Judiciário, tornando-se base do Estado de Direito Democrático (MENDES, 2010, p. 344). Por esses motivos, diz-se que a dimensão objetiva complementa a subjetiva, pois vai conformar a aplicação do Direito à proteção das posições jurídicas fundamentais.

Percebe-se, então, que a dimensão objetiva está intrinsecamente vinculada à eficácia dos direitos fundamentais. A respeito desse assunto, surgiram várias teorias para mensurar a abrangência dessa eficácia, isto é, se ela deve ser aplicada apenas na relação entre indivíduo e Estado (eficácia vertical) ou também pode ser aplicada na relação existente apenas entre particulares (eficácia horizontal).

Quanto à eficácia vertical, dúvidas não há que se aplicam em relação ao Estado. A discussão doutrinária e jurisprudencial cinge-se à sua aplicação em relação aos particulares entre si.

Para uma primeira corrente doutrinária, os direitos fundamentais *não* podem ser aplicados nas relações entre os particulares. Essa é a chamada *teoria da ineficácia horizontal* dos direitos fundamentais ou *state action*, que é adotada pelos Estados Unidos da América. De acordo com os adeptos dessa teoria, os direitos fundamentais só podem ser violados por meio de um ato estatal e não por ato de particulares, cuja violação de direitos deve ser regulamentada exclusivamente pelo Direito Civil, pelo Direito Penal e demais ramos do Direito.

Virgílio Afonso da Silva aponta que seria desnecessário afirmar que os direitos fundamentais só se aplicam a ações do Estado; isso seria apenas o pressuposto dessa corrente doutrinária. Para esse jurista, a finalidade dessa doutrina é tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Para alcançar esse objetivo, faz-se uma equiparação entre alguns atos privados a atos do Estado, e, ao assim proceder, segundo o autor, acaba-se por admitir a aplicação de direitos fundamentais a algu-

mas relações entre particulares (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 100).

De forma mais atenuada, a *teoria da eficácia horizontal indireta* admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas de uma forma reflexa, não podendo ser aplicados diretamente. Para que ocorra a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, é necessária a edição de lei nesse sentido. É o chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais. Essa teoria é a teoria que prevalece na Alemanha (MENDES, 2010, p. 360).

Naquele país, de acordo com os partidários dessa corrente doutrinária, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não geram direitos subjetivos nas relações entre particulares. Só se pode admitir a existência de direitos subjetivos a partir da edição de lei regulamentadora. Muito embora não exista lei regulamentando determinado direito fundamental de forma específica, as cláusulas gerais do direito privado acabam sendo utilizadas como “portas de entrada” para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

No Brasil prevalece a terceira teoria sobre o assunto, a da *eficácia horizontal direta*, como se pode verificar nas seguintes decisões proferidas pelo STF: RE 158.215/RS, RE 201.819/RJ e RE 161.243/DF. Criada também na Alemanha, onde, porém, não foi acolhida, sustenta que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares, independentemente de intermediação legislativa. Essa teoria, além de ser acolhida aqui, também foi adotada na Espanha, na Itália e em Portugal.

A doutrina nacional tece algumas críticas a respeito da aplicação dessa teoria. Afirma-se que poderia haver uma perda da clareza conceitual entre o Direito Privado e o Direito Público, descaracterizando aquele primeiro. Do mesmo modo, teme-se por uma aniquilação da autonomia da vontade. Acontece que, muito embora os receios da aplicação direta dos direitos fundamentais,

estes não são aplicados com a mesma intensidade nas relações entre particulares em comparação com as relações estabelecidas entre o indivíduo e o Estado. Deve haver sempre uma ponderação entre a aplicação do direito fundamental e a autonomia da vontade, para evitar excessos e possível violação de outros princípios constitucionais, tais como os da segurança jurídica, da isonomia e do Estado de Direito.

Ingo Sarlet (2001, p. 34) afirma que, por menor que seja a densidade normativa do preceito que positiva o direito fundamental, estes sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, não havendo que se falar atualmente em normas constitucionais destituídas de eficácia ou aplicabilidade. O autor enumera diversos efeitos jurídicos mínimos dos dispositivos que preveem os direitos fundamentais, merecendo destaque o efeito de gerar algum tipo de posição jurídico-subjetiva em sentido amplo. Logo, o Estado não poderia agir para negar o cumprimento dos deveres a prestação ou torná-los inócuos.

3. Reserva do possível e erosão da consciência constitucional

Como mencionado, os direitos fundamentais a prestações de cunho material (direitos sociais) se notabilizam por se submeterem às conjunturas econômicas. Sua efetivação vai depender da disponibilidade de recursos financeiros do Estado, o que se costuma designar por *reserva do possível*. O Estado dispõe de recursos escassos para atender uma gama enorme de interesses e necessidades e, portanto, precisa racional e organizadamente decidir como alocá-los de modo a buscar um resultado ótimo.

No voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA nº 175, reconhece-se essa dificuldade financeira do Estado em atender ao interesse de todos, buscando fundamentos nesse ponto em doutrina estadunidense de Stephen Holmes e Cass Sunstein, *in verbis*:

“[...] as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do impossível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ [...]”.

A análise da reserva do possível deve ser feita por três prismas. O primeiro deles é a possibilidade fática da prestação, que é justamente a disponibilidade de recursos financeiros necessários à satisfação do direito. Essa análise deve ser feita de forma universal. Vale dizer, tem que se analisar se é possível satisfazer a prestação para todos que dela precisam.

Mas não basta que haja possibilidade fática de cumpri-la, deve haver ainda possibilidade jurídica. Nesse caso, tem-se que analisar a existência de previsão orçamentária para cobrir as despesas, bem como a distribuição das competências federativas pela CR/88, para definir qual Ente Federativo é responsável por sua satisfação. A esse respeito, deve-se considerar que a previsão orçamentária não pode significar um limite absoluto para a não satisfação do direito, como se demonstrará logo abaixo, pois senão o Estado simplesmente não destinaria verbas dentro do orçamento para determinadas questões. E, no que se refere à competência, esta pode ser exclusiva de um Ente Federativo ou concorrente. Assim, muitas vezes o que é inviável de ser prestado por Município, pode não o ser para um Estado membro ou a União.

A análise da reserva do possível passa ainda por um critério de razoabilidade, como decidido pelo STF no julgamento da ADPF nº 45. O Estado não pode escusar-se de cumprir determinadas prestações sem ponderar a possibilidade de o fazer. O que se procura nessa medida é impedir que as normas programáticas se transformem em promessas constitucionais inconsequentes,

fraudando justas expectativas depositadas nos Poderes Públicos pela população. A norma programática é norma e é vinculante e traça diretrizes para o Poder Público que devem ser seguidas.

Se por um lado o Estado encontra-se limitado pela reserva do possível, de outro tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a ele que satisfaça as condições mínimas para que a pessoa possa gozar de uma vida digna. Essa diretriz do referido princípio é o que a doutrina chama de *mínimo existencial*.

Trata-se de construção jurídica de origem germânica do pós-guerra com o objetivo de superar a ausência de previsão expressa de direitos fundamentais sociais na Constituição de Bonn, de 1949. Aplicando essa teoria, a Corte Constitucional alemã extraiu um direito ao “mínimo de existência” dos princípios consagrados na Lei Fundamental, que deveria ter seu conteúdo definido progressivamente com base na casuística (KRELL, 1999, p. 247).

Nessa perspectiva, o mínimo existencial nada mais é do que um subgrupo dos direitos sociais, que abrange um rol mais amplo de direitos a prestações. O núcleo dos direitos sociais é exatamente o mínimo existencial.

De acordo com Ricardo Torres (1998, p. 128), não existe um rol de direitos específicos que integram o mínimo existencial. Por sua vez, Ana Paula Barcelos (2002, p. 305) arrola os seguintes direitos como integrantes do núcleo dos direitos sociais: saúde, educação (ensino fundamental), assistência aos desamparados e acesso à Justiça.

O STF já teve oportunidade de se pronunciar a esse respeito, tendo decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.611/SC que, em relação ao mínimo existencial, não se pode alegar a reserva do possível quando houver comprometimento do núcleo básico, sem especificar quais direitos o constituiriam, mencionando-se apenas os direitos à vida com dignidade, à liberdade e à segurança, de forma exemplificativa.

Pelo fato de a prestação encontrar-se vinculada à disponibilidade de recursos financeiros e à decisão de como aplicá-los, essas circunstâncias são utilizadas como principal argumento por aqueles que são contrários à possibilidade de o Poder Judiciário intervir na sua efetivação diante da omissão por parte do Poder Público. Nesse passo, a doutrina que defende tal posição passa a reconhecer as normas constitucionais que os preveem como meramente programáticas e sem força vinculante, como assentado ainda no voto do Ministro Gilmar Mendes. Acontece que, de acordo com o Ministro, o “mínimo existencial”, uma vez reconhecida sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário, sendo certo que o direito à saúde é abrangido por esse núcleo “duro” de direitos.

Note-se que a CR/88 confere ao legislador e ao administrador uma margem substancial de autonomia para definir a maneira pela qual o direito social deverá ser assegurado. Em princípio, portanto, o Poder Judiciário não poderia intervir em esfera reservada a outro Poder para realizar os juízos de conveniência e oportunidade, de modo a controlar as opções legislativas e administrativas. Todavia, o princípio da separação dos Poderes não pode ser (inevitavelmente) utilizado, diante da incapacidade do Poder Executivo em cumprir os preceitos constitucionais a contento (KRELL, 1999, p. 241).

Efetivamente, ignorar a possibilidade de o Poder Judiciário analisar a aplicação de tais direitos teria consequências nefastas, como indicado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto proferido também no julgamento da STA nº 175. De acordo com esse ilustre Ministro, o caráter cogente e vinculante das normas programáticas, tantas vezes já reconhecido pelo STF, tem por escopo impedir que elas se transformem em promessas inconsequentes. A não observância pelo Poder Público dessas normas, ao fundamento de que serão instituídas apenas de um programa a ser seguido, mas

sem caráter cogente, resultaria no fenômeno da *erosão da consciência constitucional*, cunhado por Karl Löwenstein, que significa o preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita:

“O desprestígio da Constituição – por *inércia* de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (*‘Teoría de la Constitución’*, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos [...]”.

Nesse contexto, as normas que estabelecem “programas” que devem ser seguidos pelo Estado na concretização dos direitos constitucionalmente consagrados não devem ser vistas como recomendações ou “preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva” (KRELL, 1999, p. 240). Muito pelo contrário, a força normativa da Constituição e seu caráter vinculante foi uma das grandes conquistas do Direito Constitucional do pós-positivismo, como preleciona Luiz Roberto Barroso. A Constituição era vista como documento essencialmente político e a concretização de seus preceitos ficava condicionada à discricionariedade do legislador ou do administrador. A partir do reconhecimento, no entanto, de sua força normativa, de caráter vinculante e obrigatório, passou-se a reconhecer ao Poder Judiciário papel importante na efetivação de seu conteúdo, inclusive, de forma cogente (BARROSO, 2007, p. 05).

Além de não se poder esvaziar a força normativa da Constituição e o seu caráter

cogente, há outro princípio que deve ser respeitado pelo legislador infraconstitucional e pela Administração Pública na execução dos direitos sociais: o da *proibição de retrocesso*. Esse princípio foi expressamente lembrado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto proferido na STA nº 175, devido à sua pertinência com o tema do direito à saúde, *in verbis*:

“[...] em tema de direitos fundamentais de caráter social, [o princípio da vedação de retrocesso] impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário [...]”.

De acordo com a explicação de J. J. Canotilho sobre esse princípio, que também foi mencionado pelo Ministro, os avanços obtidos com a evolução social não devem retroceder e, para que isso não ocorra, o grau alcançado com o desenvolvimento passa a constituir *garantia institucional* e *direito subjetivo* do indivíduo que dele se beneficia:

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 338).

4. Critérios para a atuação do Poder Judiciário em casos envolvendo o direito à saúde

Se por um lado a Administração Pública tem recursos escassos para aplicar na concreção do direito à saúde e, de outro, o

Poder Judiciário tem a missão de tutelar a violação ou ameaça de violação de direitos, para evitar alegações de interferência de um Poder em outro, o STF traçou critérios para a atuação dos magistrados diante de casos envolvendo o direito à saúde. Busca-se com tais critérios criar balizas legítimas para a atuação do Poder Judiciário em casos que reclamem sua atuação para garantir o direito à saúde e, em última instância, à vida, sem perder de vista as limitações fáticas e jurídicas que recaem sobre a Administração.

O reconhecimento do caráter cogente do artigo 196 da CR/88 afasta as alegações de interferência na esfera de atuação do Poder Executivo, pois a atuação do Poder Judiciário não seria para a construção de políticas públicas – função exclusiva da Administração e do Legislativo – mas para a concretização do direito à saúde diante de sua lesão ou ameaça de lesão. O indivíduo tem direito subjetivo a ver tutelado de forma positiva o seu direito de personalidade de saúde, o que ocorrerá, sob a perspectiva do Direito Público, por meio de aplicação do seu direito fundamental de mesma natureza. Para tanto, o magistrado, analisando as peculiaridades do caso concreto, não poderá perder de vista as limitações financeiras do Estado, a regulamentação estabelecida ou não pela ANVISA e pelo SUS, a natureza da doença que acomete o indivíduo, as possíveis soluções que a Medicina disponibiliza e a eficácia dessas medidas.

Vale ressaltar que a questão não se resume meramente à subsunção do fato à norma, para garantir ao indivíduo o recebimento de qualquer tipo de remédio ou sua submissão a qualquer tipo de tratamento. O magistrado haverá de considerar também, com base em informações que forem colhidas diante do caso concreto, as possíveis soluções médicas que atendam ao indivíduo, levando em conta se há ou não regulamentação a seu respeito por parte do Poder Executivo.

A abertura do processo judicial para informações não meramente jurídicas, trazidas com a efetiva participação das partes envolvidas, é o que tornará a decisão ao final legítima. Isso porque, como leciona Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 409), “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia”. Por essa razão, não basta a correção da decisão sob o ponto de vista jurídico, mas ela precisa também ser legítima. “O juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.” (MARINONI, 2010, p. 410).

É ainda importante ressaltar que o Poder Judiciário não criará as normas para a efetivação do direito à saúde e muito menos traçará políticas públicas. O que de fato ocorre é que a grande maioria das normas infraconstitucionais já existe para tornar o direito concreto; o que falta, na verdade, é sua implementação pelo Poder Executivo. Diante disso, o Poder Judiciário vai apenas concretizar um direito existente, o que é totalmente diferente de criá-lo, como advogam alguns. Não há qualquer interferência indevida na esfera de atuação dos demais Poderes e nem mesmo “judicialização” do direito à saúde, mas somente concretização.

Para que a atuação do magistrado ocorra de forma harmônica no julgamento de casos dessa sorte, os critérios jurídicos estabelecidos pelo STF devem ser seguidos, conforme exposto no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, “verdadeiro divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”, nas palavras do Ministro Ayres Britto a seu respeito. A análise de tais critérios inicia-se pela verificação da existência ou não de políticas públicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) que abranjam a prestação de saúde pleiteada pela parte. Assim, tem-se:

- Se a prestação pleiteada estiver prevista entre as políticas públicas do

SUS, a ordem judicial é apenas para cumpri-la, não havendo dificuldades nesse caso.

- Porém, se a medida pleiteada pela parte não estiver entre aquelas contempladas pela política do SUS, deve-se passar para a análise de outras questões:

- *Vedação legal ao seu fornecimento pela Administração*: se o fármaco pleiteado não possuir registro na ANVISA, é proibido o seu fornecimento, não podendo o Estado ser condenado a fornecê-lo.

- *Decisão administrativa de não fornecer o medicamento*: o SUS decidiu administrativamente que a prestação de saúde pleiteada pela parte não deve ser custeada, por inexistirem evidências científicas suficientes que demonstrem sua eficácia. Nessa hipótese podem ocorrer duas situações:

1. *o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente*: nesse caso, o Poder Judiciário pode determinar o fornecimento de tratamento que atenda à peculiaridade do caso, desde que comprovada pelo autor da ação. Mas se o tratamento alternativo for suficiente, não há que se falar em fornecimento de tratamento diverso.

2. *o SUS, em sua rede e de acordo com suas políticas, não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia*:

a. Se houver tratamentos experimentais, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los, pois são regidos pelas regras de pesquisa médica.

b. Quanto aos tratamentos existentes na rede privada de saúde, mas que não foram ainda incorporados nas políticas do SUS, dever-se-á analisar as especificidades do caso concreto, com instrução processual, para buscar a conciliação da dimensão subjetiva do direito à saúde (direito individual) com sua dimensão objetiva.

Como se pode observar, seguindo-se os critérios estabelecidos na decisão proferida pelo STF na STA nº 175, é possível compor diversas situações. Passadas todas as hipóteses e mesmo assim não encontrada uma solução com base nesses critérios, que é o caso em que existem tratamentos previstos no setor privado mas que não foram incorporados ainda no setor público pelo SUS, restará ao julgador analisar as peculiaridades da espécie e julgá-lo com base nas diretrizes dos direitos fundamentais.

Nessa situação, em que ao juiz restará a difícil tarefa de ponderar os valores envolvidos, sugere-se aqui, com base nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 407), diretrizes para tornar o processo efetivo e a decisão legítima em casos dessa sorte, a saber:

(i) as partes deverão ter participação efetiva, é dizer, o juiz deverá conceder-lhes condições necessárias para influir no julgamento;

(ii) o juiz deverá, com base nas normas abertas, estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto; encontra amparo legal para tanto no artigo 12 do Código Civil;*

(iii) deverá ainda o julgador assegurar a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, assegurando ao réu a oportunidade de alegar suas matérias de defesa, sem restringi-las, de acordo com as peculiaridades da espécie em julgamento; na hipótese de ser necessário impor restrições às alegações do réu para assegurar a efetividade e celeridade do processo, deverão tais limitações observar a substância dos direitos fundamentais; e,

(iv) o magistrado deverá proferir decisão legítima, ou seja, decisão que confronte a lei infraconstitucional com os direitos fundamentais, dando abertura à participação e ao desenvolvimento argumentativo pecu-

* "Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

liar ao caso, fundamentando racionalmente o decisum com base nas provas produzidas e argumentos apresentados.

Em suma, a tutela do direito à saúde é questão bastante complexa, não só porque envolve direito da personalidade integrante do mínimo existencial da pessoa, mas também porque, em se tratando de direito fundamental social, submete-se às contingências financeiras do Estado (reserva do possível). A intervenção do Poder Judiciário deve ser feita, portanto, com bastante cautela, avaliando-se as especificidades do caso concreto e levando-se sempre em conta a dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental envolvido.

Tratando-se de situação que não comporte julgamento com base nos critérios estabelecidos pelo STF, o cuidado deverá ser redobrado, sugerindo-se ao julgador garantir ao máximo a efetiva participação de ambas as partes e fundamentar suas decisões de acordo com o que foi exposto e provado nos autos, com base em argumentos racionais que levem em consideração a legislação infraconstitucional confrontada diante dos direitos fundamentais.

E por último, consoante decidido pelo STF, em se tratando de competência comum dos Entes da Federação, são eles responsáveis solidários na prestação do direito à saúde. Isso equivale a dizer que, caso um Ente não possua recursos financeiros suficientes para satisfazer o direito subjetivo, poderá o Ente superior ou inferior ser obrigado a prestá-lo, o que os tornam partes legítimas para figurar no pólo passivo da demanda.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito de personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Associação Mineira do Ministério Público, v. 22, p. 23-44, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 16 abr. 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (um visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Besonderer Teil*. 4. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo código civil e os Direitos fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 199-211, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade

Mário Soares Caymmi Gomes

Sumário

1. Introdução. 2. Para um novo modelo de ciência. 3. A crise do direito na pós-modernidade. 3.1. Contornos de uma nova teoria do Estado. 3.2. O Poder Judiciário e a tripartição de funções. 3.3. O direito como exercício retórico-democrático. 3.4. A superação do mito do juiz neutro. 4. Conclusões.

1. Introdução

Vivemos uma época de pós-modernidade, de compressão do espaço-tempo, de novas relações entre o capital e o trabalho e de disseminação de conquistas sociais na esfera legislativa, que dificilmente poderiam ser pensadas um século atrás.

O momento atual provoca nos exegetas novos desafios, dando preponderância aos direitos e valores fundamentais na prática da hermenêutica jurídica, o que os obriga a um debate focado na substância ética do direito do que a sua face puramente procedimental.

Essa também é uma época em que a produção do direito deixa de ser prerrogativa exclusiva dos estados soberanos, já que cada vez mais o ordenamento jurídico internacional cria tratados e acordos internacionais que, não raro, se superpõem ao ordenamento jurídico interno. Além disso, estamos vivendo uma nova esfera de implementação dessa legislação, que deixa de

Mário Soares Caymmi Gomes é Juiz de direito do estado da Bahia. Titular da 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. Mestre em Linguística pela Universidade Federal da Bahia (2009). Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá-RJ (2003).

ficar a cargo dos estados-membros e passa a ser perseguida por tribunais internacionais de jurisdição global.

A conformação atual do mundo, já dizia Castells (2008), é a da rede, onde tudo é fragmentário e muito pouco do que é realizado no campo da cultura é feito para durar. A necessidade de mudança é o único pilar que parece ainda não ter sido derrubado.

Todas essas transformações geraram um significativo impacto no campo da teoria do conhecimento em geral e da hermenêutica, em especial. O objetivo desse trabalho é exatamente aliar essa abordagem global ao direito, estabelecendo alguns marcos por nós eleitos como significativos para essa compreensão.

Como um recurso para alcançar esse objetivo, promoveremos, na primeira parte desta obra, uma oposição entre as premissas fundamentais daquilo que chamamos de filosofia da ciência moderna, concebida sob a influência de Copérnico e Bacon, relacionando-a com outra, aqui chamada pós-moderna, que se desenvolve sob a égide de Kuhn e Feyerabend.

Em paralelo a esse percurso, traçaremos algumas linhas de contato entre a produção de ciência, em geral, e aquela manipulada no campo do Direito, de modo a verificar que existe uma interação entre elas.

Numa segunda etapa do trabalho, elegeremos, de maneira arbitrária, quatro aspectos em que a oposição entre o arcabouço teórico do direito moderno e o pós-moderno nos parece ser mais evidente, de modo a facilitar a evidência dessa mudança, aguçando o interesse do leitor e estimulando-o a buscar outros exemplos e promover, por sua conta, outras análises.

O primeiro desses aspectos trata da mudança na concepção do estado, como noção cara à Ciência Política, e de que modo essa mudança se traduz num esforço de justificação da utilidade desse ente com base em um discurso teleológico, construído pela ética e implementado pela elite política.

O segundo eixo em que nos embasamos tem uma ligação estreita com o anterior. Ele diz respeito à relação de predominância entre as funções no estado atual, que deixa de lado a primazia do Legislativo pelo embate frontal entre Executivo e Judiciário, que lutam entre si pelo papel de destaque como implementadores do chamado estado de bem-estar social.

Num terceiro item, verificaremos de que modo a teoria do discurso tem influenciado a nova concepção do direito, e como esse novo modo de fazer ciência traz a implementação de importantes conquistas da modernidade, com a valorização da complexidade e o desprestígio de uma teoria da verdade, entre outros.

Por fim, será feita uma análise mitológica do papel do juiz, que tem sua função social e profissional modificada com o passar do tempo, deixando de ser neutro para constituir-se não apenas num aliado, mas no próprio garante da efetividade das conquistas constitucionais.

A abordagem que faremos é crítica, no sentido de que buscará desvendar nas entrelinhas das teorias as redes de hegemonia que nela estão subjacentes e que as sustentam, de modo que a teoria do Direito atual seja eminentemente reflexiva e voltada para a emancipação dos seus agentes, em especial dos juizes.

Trata-se de um trabalho multifacetado, que não se apegará apenas a temas exclusivamente jurídicos, mas que agregará a esses conteúdos afins com a ciência política, filosofia da ciência e teoria crítica, num diálogo multidisciplinar que buscará demonstrar a necessidade de se buscar uma nova forma de se pensar o jurídico como um instrumento pragmático, de obtenção de resultados que levem à modificação da realidade social. Aqui ele deixa de ser encarado como uma simples técnica para estar engajado na emancipação, tanto daqueles que com ele lidam – advogados, juizes, membros do Ministério Público, entre outros – como na daqueles aos quais ele é direcionado.

2. Para um novo modelo de ciência

Uma reflexão crítica sobre o direito como ciência não pode prescindir de uma abordagem crítica sobre o fazer científico em si mesmo.

Boa parte do direito ensinado nas universidades, e que serve de modelo à atuação judicial, ainda está baseado numa *teoria da ciência clássica ou moderna*, que compreende a ciência como uma decifradora da natureza por meio da mais perfeita das linguagens: a matemática.

Essa teoria surgiu com o Iluminismo e a sua aposta irrestrita na razão como um potencial ilimitado de conhecimento, que chegaria ao ponto de substituir ao próprio Deus. O vetor do saber parte do real para o sujeito, que o desvenda por meio do método cartesiano de progressão paulatina e controlada de sua complexidade, o que só pode ocorrer tendo em vista a absoluta neutralidade do sujeito e a transparência do objeto ao rigor científico.

Só merecia o adjetivo de “científico”, dentro dessa que seria uma peculiar *formação discursiva*, segundo Foucault (2005), aquilo que se submete ao método e aos rigores empíricos dos modelos utilizados pelas ciências da natureza.

Sua característica mais marcante era a descoberta das leis escondidas pelos fenômenos mais evidentes, e que servia para mascará-los. A razão faz com que tudo seja previsível.

Estava aí subjacente uma filosofia de culto à ordem, mecanicista, que tomava a natureza como uma máquina inerte e passiva. Por esse viés, segundo Prigogine e Stengers (1997), o mundo se deixa descobrir pelo intelecto humano por meio de uma racionalização totalitária que não conhece limites e que tende a reduzir as conclusões dessa investigação em termos alienantes do contexto, de modo a fazer imperar uma total homogeneidade.

Sobre esse mesmo tema, Knorr Cetina (2005) afirma que esse período da produção

científica se baseava em quatro pilares conceituais: a) na autonomia da ciência, que se desenvolveria sem vincular-se a qualquer influência externa; b) na produção científica como uma atividade cumulativa e necessariamente progressiva, rumo à verdade; c) na disseminação, entre os membros da comunidade científica, dos princípios do universalismo e desinteresse; d) por fim, na falta de influência da cultura na produção da ciência.

No Direito, a filosofia positivista de culto à norma como núcleo supremo do jurídico, que impõe a depuração de seu objeto de análise pela exclusão de qualquer consideração acerca da moral e do justo (KELSEN, 1984), alinha-se a essa corrente filosófica.

Hoje em dia, no entanto, esse modelo de ciência propalado por Bacon, Descartes e Kant tem recebido golpes certos em sua crença na racionalidade absoluta de seus métodos e no rigor de suas experiências.

Um desses golpes veio com a obra de Kuhn (1995), que demonstrou que, ao contrário do que se pensava, a ciência não avança pela simples acumulação de conhecimento. A produção do que ele chama de “ciência normal” parte do pressuposto de que o mundo já é conhecido, que se sabe como ele se comporta e que já se tem uma boa noção de suas leis. Por tal razão, os novos experimentos visam unicamente confirmar essa visão. As revoluções científicas, por sua vez, aparecem quando se apresentam leis ou métodos alternativos que destoam desse núcleo aparentemente estável, de modo a transformá-lo de modo substancial.

A tese dos paradigmas consistiu numa tentativa de retirar da ciência o seu véu sagrado, permitindo que nela se pudesse ver uma face histórica, mutável com o passar do tempo, tributária do momento em que é produzida e de suas condicionantes contextuais. Destarte, os fatos científicos, longe de serem unidades que existem independentemente de nós no mundo,

tornam-se produtos de uma construção, por meio do método de trabalho do cientista, e não um dado que já está lá, apenas à espera de ser vertido em enunciado pela via da linguagem.

Nesse mesmo diapasão, Knorr Cetina (2005, p. 61) afirma que “[...] os produtos da ciência são construções contextualmente específicas que levam as marcas da contingência situacional e da estrutura de interesses do processo pelo qual são gerados, e que não podem ser compreendidos adequadamente sem uma análise de sua construção.”

Feyerabend (1989) potencializa essa crítica ao máximo, quebrando com o prestígio do conhecimento científico como saber superior, defendendo que seja valorizada uma “atitude humanista” que rejeite os padrões universais e adote o princípio do “vale tudo”, pelo qual a violação de regras não é apenas bem-vinda como também desejável para o progresso da ciência. Esse fato se baseia na concepção de ciência do autor que compreende que todas as metodologias têm as suas limitações e a produção de saber científico não passa de uma espécie de crença.

Outro forte impacto recebido na concepção teórica da ciência moderna deu-se com a Teoria do Caos (GLEICK, 1987) cujo efeito imediato é o questionamento de barreiras estanques entre os saberes, que cada vez mais são concebidos sob a égide da complexidade. Esse tema também vem sendo amplamente desenvolvido na rica bibliografia de Morin (2005), que demonstra que uma nova forma de pensar a ciência não é apenas inovadora, mas, também, necessária se queremos, de fato, compreender de um modo mais completo os fenômenos que são submetidos à análise do corpo científico.

É em decorrência disso que nessa nova fase exige-se do homem da ciência uma postura crítica em relação à produção e circulação do saber, visto que esse não resulta de uma simples constatação do mundo como ele é, mas é resultado de uma cons-

trução, um constante fazer ou, se preferir outro termo, um vir-a-ser.

Por meio dessa atitude crítica, nenhuma produção de conhecimento, seja ela ou não rotulada de ciência, produz-se como uma linguagem depurada, neutra, matematicamente precisa, capaz de refletir o mundo tal qual ele é. O ato epistemológico é sempre tributário do lugar social de quem o produz, ou seja, ele é um saber contextualizado e fragmentário, sabedor de que a busca por essências imutáveis nos objetos estudados não passa de uma ilusão ideológica.

A aplicação dessa teoria ao direito fez com que Clève (2001) salientasse a importância de que ele seja estudado no bojo de sua face política e enquanto espaço da luta de classes.

Por esse ponto de vista, o cientista (aí incluído o jurista) deixa de ser o sujeito de laboratório, asséptico, apegado aos dados e aos números, axiologicamente neutro e despido de preconceitos. A missão da crítica é exatamente humanizar a ciência, demonstrando que ela é tão falha quanto aquele que a gera.

Na pós-modernidade, e em especial nas ciências sociais (no interior das quais inserimos o direito), aprendemos com os pragmatistas que o mundo somente existe para nós como parte de um jogo simbólico (WITTGENSTEIN, 2002), e não apenas como moléculas que formam sólidos, líquidos e gases. Por tal razão, as coisas somente passam a ter significado para nós quando inseridas no campo da cultura. Com a psicanálise (FREUD, 1997), verificamos que o homem é clivado pelo inconsciente e, por tal motivo, não é senhor de si mesmo nem das suas vontades. Com Marx (1999), sabemos que a forma como nos relacionamos com os nossos semelhantes e com os objetos que nos cercam é tributária das relações de produção impostas pela classe social dominante.

O direito recebe o impacto desse novo paradigma. Ele deixa de se respaldar na neutralidade do sujeito, na transparência

do objeto e na pureza da linguagem para dar destaque à dimensão *política* do sujeito, à *complexidade* do objeto e ao caráter *pragmático* da linguagem.

Com base nessa premissa, que toma o ato de interpretação como uma *praxis* aberta, que nega ao real e aos dados da experiência uma dimensão ontológica distinta da matéria humana, dissolvendo qualquer limite rígido entre sujeito e objeto (STRECK, 2007), é que desenvolvemos o tema em questão promovendo, com isso, uma aplicação prática da teoria da mudança paradigmática de Boaventura Santos (2005).

A seguir, e aprofundando-nos mais no tema, verificaremos as premissas conceituais da teoria da pós-modernidade e de que maneira podemos relacioná-la com uma nova forma de pensar o direito.

3. A crise do direito na pós-modernidade

A teoria da pós-modernidade se assenta na modificação do modelo de produção capitalista hoje em vigor.

Segundo Harvey (2005), o liberalismo idealizado pelas revoluções burguesas do século XIX encontrou o seu ápice na economia fordista, baseada em maquinário pesado e na política da intervenção limitada do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos. Hoje, no entanto, esse modelo encontra-se desgastado pelo reconhecimento, por meio do estado social democrático, de que o modelo liberal é incapaz de distribuir as riquezas necessárias ao bem-estar de todos.

O estudo de Castells (2008) vai mais adiante ao sustentar que hoje vivemos na nova fase capitalista do “informacionismo”, que significaria um certo tipo de acumulação flexível, que se vale da tecnologia para a geração de conhecimento e migração de capital, sem reconhecimento de fronteiras.

Faria (1999) salienta que, neste cenário globalizante, os referenciais institucionais, organizacionais, políticos e jurídicos, for-

jados desde o século XVII, perderam a sua centralidade e exclusividade, de modo que a preocupação pelos problemas nacionais é deixada de lado em prol do internacionalismo e da formação de blocos de Estados e organismos multinacionais que, por sua vez, passam a condicionar toda a pauta econômica, jurídica e social do globo.

Na atualidade pós-moderna, o poder e o direito não têm um centro de referência absoluta (TWINNING, 2000; SANTOS, B., 2005); a soberania dos estados é cada vez mais tênue e vem sendo substituída pela teoria do poder constituinte como uma tentativa de se conceber esse conceito como um dispositivo instrumentalizador do princípio democrático (BERCOVICI, 2008).

E não é só no âmbito do capital e dos estados que podemos mencionar como reflexos da fratura da pós-modernidade no mundo de antanho.

Também na esfera íntima, da subjetividade, o homem é diferente daquele que viveu em tempos modernos. Bauman (2000), outro conhecido analista da contemporaneidade, salienta que hoje em dia o homem se movimenta no terreno da incerteza, já que os lugares sociais tradicionais (família, emprego etc.) têm sofrido mutações severas, a ponto de não mais servirem como referencial de comunidade. Por essa razão, o indivíduo, hoje, vive como uma mônada, a construir e reformular o seu lugar e a sua identidade. É a ele que é outorgado o dever de dar sentido à sua existência, já que não pode recorrer a um nenhum objeto estável que possa fazê-lo por ele.

Esses fatores acabaram por trazer resultados na esfera política. Se ela podia ser vista como uma disputa entre agendas de alternativas estanques, polarizadas por grupos (direita e esquerda) e partidos políticos, hoje o fazer política não pode ser mais situado no restrito campo governamental. A sua importância está fragmentada entre o antigo modelo estatal e os múltiplos atores transnacionais e organizações civis de todo tipo que também exploram politicamente

os seus propósitos e lutam entre si pela hegemonia.

A época moderna resultou em uma hermenêutica individualista dos direitos fundamentais do homem, que deveriam servir ao sujeito como garantia contra os excessos do Estado, o que lhes emprestava um conteúdo de limitação ou de *non facere* (STRECK, 2007).

Isso se perdeu com o advento da pós-modernidade desde que o capitalismo, reconhecendo a sua incapacidade de distribuir condições dignas de existência material a todos, passou a tornar o estado o garante de um piso mínimo de solidariedade.

Em conclusão, podemos afirmar que o impacto da pós-modernidade, como sendo um conjunto de fatores que trazem aos elementos tradicionais da teoria jurídica uma mudança crucial, pode ser sintetizado da seguinte forma, de acordo com Bittar (2003, p. 79-80):

“[...] perdem significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; a idéia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito frente à ineficácia e à inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade; a regra da igualdade perante a lei, como garantia da indistinção e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos no mercado, quando se sabe que as oportunidades são maiores para uns e menores para outros; a idéia de que a codificação representaria uma obra científico-legislativa, obra-prima do saber jurídico, com disciplina única e sistemática das matérias por ele

versadas, insuscetíveis de lacunas e de erronias, possibilitando a exegese harmônica do sistema, quando se sabe que os códigos possuem o mesmo potencial de dissincronia com as mudanças sociais que os demais textos normativos; a tripartição clara das competências das esferas e das instâncias do poder como forma de manter o equilíbrio do Estado, o que na prática resulta em dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas judiciárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos orientados por valores desconexos; a idéia da democracia representativa como fomento à igualdade de todos e à realização da vontade geral rousseauiana, quando se sabe que a população vive à mercê dos usos e abusos na publicidade, no discurso e na manipulação políticas; a intocabilidade da soberania, como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional, quando se sabe que a interface da internacionalização dos mercados e da interdependência econômica tornam inevitável o processo de integração; [...]”.

Essas mudanças no campo do jurídico ficam ainda mais evidentes se examinamos, como exemplo, as transformações ocorridas em quatro de seus pilares tradicionais:

- a) o conceito de estado;
- b) a teoria da divisão de poderes;
- c) o discurso centrado no real e na verdade;
- d) a neutralidade do juiz e a sua despolitização.

3.1. Contornos de uma nova teoria do estado

Uma teoria crítica do Estado nos informa que ele não existe por si mesmo visto estar inserido na história e vinculado ao

contexto das lutas de poder hegemônicas travadas no seu interior (MIAILLE, 2005).

Com base no novo paradigma pós-moderno, todo Estado deve ser entendido como uma construção social que foi arquitetada para transformar a realidade de certa maneira. O modo como isso deve ocorrer está estampado em sua Constituição, que deve almejar o bem comum por meio da satisfação de certas garantias jurídicas e necessidades básicas, elementos esses a serem compreendidos como o seu pacto fundamentador, a pautar todo o seu agir.

Longe de interpretações simplistas da realidade que opõem, de um lado, um estado que é puro poder e coação e, do outro, indivíduos coagidos e oprimidos sob o seu jugo, a nova concepção do Estado vê a sociedade de modo complexo. Esse novo modelo, que segue as lições de Foucault (2004), reconhece que as lutas hegemônicas não estão situadas apenas no enquadre estatal, mas também estão disseminadas numa miríade de relações de nível microfísico como a igreja, a escola, a universidade, o escritório, a família e tantos outros espaços onde relações de poder e dominação são travadas, reguladas e influenciadas.

De igual modo, a nova concepção da teoria da ideologia, que Marx (1999) definia como uma “falsa consciência”, que opunha burguesia e proletariado, em prejuízo desses últimos, deixou de ter um sentido monolítico. A partir do trabalho de Abercrombie, Hill e Turner (1996), verificamos que a ideologia é um campo fragmentário, que se refrata em inúmeras concepções de identidade e por variados tipos de resistência, o que nos leva a pensar o estado como um repositório de acordos sociais e estratégias hegemônicas em constante mutação, longe de alcançar um resultado estável por muito tempo.¹

¹ Marilena Chauí (2001, p. 3) define a ideologia em termos pós-marxistas como “forma específica do imaginário social moderno, é a maneira necessária pela qual os agentes sociais representam para si mesmos o aparecer social, econômico e político, de tal sorte

A grande discussão que atualmente se levanta, por meio da nova teoria do estado hoje gestada, é a da legitimidade, que nos convida a questionar criticamente as opções políticas feitas pelos governantes e legisladores e que, por outro lado, não se satisfaz com a tese da democracia como um expediente puramente procedimental.

Agora não basta apenas a obediência a um rito consagrado por meio de uma norma hierarquicamente superior, que pretendia, sob os auspícios da mentalidade positivista moderna, esgotar-se em si mesmo como fonte única do direito que identifica legalidade com legitimidade. O debate pós-moderno instaura uma discussão sobre a necessidade de opor a esse discurso formalista uma conquista ética e moral, polêmica essa que Streck (2007) adverte estar no centro de uma tentativa de justificação solidária do estado. Também é por essa lógica que Boaventura Santos (2005) nos fala que o império da racionalidade cognitivo-instrumental deve ser substituído pela racionalidade do conhecimento-emancipação, tendente a capacitar os agentes à discussão racional dos pressupostos éticos do saber e do poder, de modo a prestigiar, em especial, o princípio da comunidade.

São essas noções que perpassam, por exemplo, uma obra pós-moderna sobre a teoria geral do estado de Morris (2005), por exemplo.

Para ele, o estado não deve ser tomado como um objeto acabado ou uma necessidade absoluta. Ele é, por um lado, um artifício e, por outro, um instrumento para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Por tal razão, “os Estados devem ser justificados em função de como beneficiam o povo; idealmente, portanto, eles se destinam a ser aventuras coopera-

que essa aparência (que não devemos simplesmente tomar como sinônimo de ilusão ou falsidade), por ser o modo imediato e abstrato de manifestação do processo histórico, é o ocultamento ou a dissimulação do real”.

tivas para vantagem mútua” (MORRIS, 2005, p. 25).

Por isso, o estado não é uma entidade autônoma nem um organismo com vida própria, destacada, em absoluto, das necessidades de seus membros. O seu traço característico mais acentuado é o “compromisso de fidelidade” com os seus cidadãos, prometendo e cumprindo as suas promessas. Por essa via, um Estado só se torna justificado se ele respeita a justiça, em especial os direitos humanos fundamentais.

Outra obra que segue a mesma linha é a teoria do estado de Martin Kriele (2009) em que a função da legitimidade predomina desde o primeiro capítulo, no qual se destaca a necessidade de o Direito não ser reduzido à forma ou à lei, já que, para além desses elementos, ele também está ligado à moral e, assim sendo, estando comprometido, desde a raiz, com a instrumentalização de uma pauta mínima de existência digna.²

Por esse viés, o estado não é. Ele não é o final da experiência política humana, mas um vir-a-ser mutável no decorrer da história, ideia essa que se afina com a ideia de Streck (2007), que separa a evolução da ideia de Estado em três fases distintas.

Em primeiro lugar, o estado liberal de direito, nascido com a ascensão hegemônica da burguesia capitalista ao poder, era pautado pelo absoluto individualismo e a doutrina absenteísta, que busca provocar a menor intervenção possível no campo econômico. Com o passar do tempo, e encontrando-se o sistema de produção capitalista em sua fase madura, reconhecida a sua incapacidade de promover o bem comum, instaura-se, desde então, a partir do pós-guerra, o estado social de direito, que já admite a intervenção como mecanismo de disciplina e extirpação dos excessos da

liberdade contratual e econômica, além de reconhecer princípios comuns e intrínsecos à dignidade humana. Por fim, diz ele, estamos vivendo o modelo do estado democrático de direito que “pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade” (STRECK, 2007, p. 38).

Essa fase do Estado Democrático implica uma tentativa de “refundação” desse termo, de modo a suprimir o hiato antes existente entre estado e sociedade, de modo a reconhecer a importância dos partidos políticos, grupos de interesse e iniciativas individuais como elementos importantes na formulação das leis e nos acordos de governabilidade.

Parafraseando Marx, poderíamos dizer que o que importa para esse novo modelo de estado não é mais interpretar as necessidades humanas, mas efetivamente torná-las realidade pela transformação das ideias sobre o ente estatal, de modo a capacitar os agentes sociais como coautores da aventura em prol do comunitarismo e do seu legado de princípios.

Por meio desses pensamentos, averiguamos que a noção do estado contemporâneo passa pela noção de justiça democrática e social e que “uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta” (CASTORIADIS, 2007, p. 122).

3.2. O Poder Judiciário e a tripartição de funções

A teoria da divisão das funções tornou-se o princípio básico regulador do estado constitucional moderno, por meio do qual foram consolidados os direitos individuais e a proteção dos súditos contra os excessos reais, com a imposição de limites ao poder.

² Isso fica claro quando o autor afirma na obra citada que “[...] um poder público é legítimo quando vale como completamente justificado aos olhos de seus subjugados. Na atualidade, um poder público só vale como justificado, quando puder ser fundamentado através de considerações materiais-rationais” (KRIELE, 2009, p. 54).

Além disso, com essa teoria também se procurou garantir uma certa dose de participação popular na formação da vontade estatal, gérmen insofismável do princípio democrático.

Os estudos dos filósofos e cientistas políticos, tais como Locke, Hobbes, Montesquieu e Rousseau, concediam a preponderância, nesse esquema de divisão, ao legislativo, considerado fonte e verdadeiro fundamento do estado, enquanto o judiciário, em relação aos demais, nem tinha uma posição de independência ou destacada importância.

É por essa razão que Montesquieu (2000) prefunha que o judiciário fosse designado como “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, a ser composto por membros do povo, necessitando funcionar apenas por determinados períodos do ano, durante o tempo que a necessidade requer. A tanto ia a falta de uma verdadeira independência dessa função que ele chega a dizer que o poder de julgar “[...] é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172). Os magistrados, seguindo as lições desse mestre, deveriam limitar-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem o seu rigor” (Idem, p. 183).

Como pode-se ver, a lei era considerada a fonte das fontes, como sustenta Tavares (2003) e, por ser expressão da vontade geral, era identificada ao próprio direito.

A transição do Estado de Direito ao Estado de Bem-estar Social fez com que houvesse uma modificação na própria concepção de lei que, longe de ser elaborada com expressões de suposta interpretação unívoca, passaram, em especial nas Cartas Políticas, a conter termos de conteúdo semântico aberto – polissemia – a que exigir do magistrado uma atividade integrativa

incessante para o preenchimento dessas lacunas, com vistas à sua adaptação aos casos concretos submetidos ao seu crivo.

De outra parte, e ainda em decorrência das mudanças experimentadas pela aceleração do tempo da pós-modernidade, a maior instância produtora de legislação passou a ser o Executivo que, por meio de expedientes com nomes diversos como, *v.g.*, Medida Provisória, no Brasil; decretos de necessidade e urgência, na Argentina; decretos, no Peru etc., vem conseguindo implementar a sua política na esfera legislativa com retardo menor do que o naturalmente imposto pelo tradicional procedimento de elaboração das leis.

Por fim, como um outro fator de mudança paradigmática da concepção da lei, podemos apontar a influência dos grupos de pressão na defesa de seus interesses, que condicionam a pauta do Executivo e exercem forte apelo aos deputados e senadores, não sendo incomum a contratação de pessoal, com destaque para os chamados *lobistas* (para um apanhado mais completo desse fenômeno, Cf. GOMES, M., 2005).

A antiga noção de lei, assim, perdeu a sua aura de primado máximo do direito. Esse rompimento com o legalismo aconteceu, de acordo com Hespanha (apud TAVARES, 2003, p. 53), por três fatores especiais: “(i) desobediência generalizada à lei; (ii) não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares”.

A crise da legalidade deixou patente que não adiantava apenas criarem-se leis. Era necessário que houvesse coragem e disposição para fazê-las cumprir, daí o avantajamento do executivo.

Por outro lado, também fazia-se necessário que os cidadãos não ficassem à mercê apenas do executivo para a implementação dessas leis. O novo paradigma pós-moderno do direito amplia a legitimação dos atores sociais para a produção de efeitos conformes a Constituição, e admite que o

judiciário também exerça um importante papel na concretização dessas promessas. Os magistrados, portanto, deixam de atuar apenas como coibidores dos excessos de interferência do estado na esfera subjetiva individual para se tornarem catalisadores de mudanças sociais, especialmente no caso de mora estatal.

Cappelletti (1999), confirmando a nossa assertiva, salienta que, concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa, em especial pela expansão da criatividade dos juízes no desempenho de seu labor, em especial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de destaque em relação às demais funções estatais.

Esses fatores ajudam-nos a perceber que a configuração e a realidade do Estado não é algo fixo. A noção do que é o Estado é algo mutável, em certa medida, com o passar dos tempos, o que nos obriga a afastar qualquer tipo de ideia que nos leve a concebê-lo como uma essência petrificada, mas como um tornar-se, uma construção.

Sob essa perspectiva crítica, Cornejo (2002) nos indica que a complexidade social do mundo atual interpela os magistrados de maneira peculiar visto que eles são arrastados para um conjunto contraditório de vetores, entre os quais se destacam uma formação ainda fortemente pautada pela tradição positivista, que reduz o direito à norma e, de outro lado, uma nova maneira de se conceber a *práxis* jurídica, cada vez mais intervencionista e, a um só tempo, por um direito deslegalizado em favor do executivo ou, então, superlegalizado em virtude dos valores, princípios e normas programáticas insertas nas Constituições.

O magistrado, nesse panorama, vê-se clivado por uma necessidade de produzir cada vez mais sentenças, como se estivesse

numa fábrica que remonta ao capitalismo fordista, em que o seu labor é reputado algo corriqueiro e trivial tal qual o aperto de um botão ou o torno de um parafuso, e, ao mesmo tempo, é interpelado pelo desempenho de uma função social relevante que demanda tempo e um quê de sensibilidade para afinar-se ao apelo desesperado do outro nas ações de obrigação de fazer para fornecimento de medicamentos de alto custo, para combate à corrupção, e para o controle das políticas públicas.

O juiz da pós-modernidade é, portanto, aquilutado, a um só tempo, pela sua capacidade de superação do monstruoso volume de trabalho que lhe é designado ante as arcaicas condições de trabalho, que ainda levam o pessoal de apoio a amarrar autos com barbante e a numerar folhas e a carimbá-las e, a um só tempo, pela sua capacidade de desempenhar o esperado anseio social de “politização da justiça” ou “ativismo judicial” que são o último recurso do cidadão contra a ineficiência de um estado cada vez mais cego às metas que ele impõe a si mesmo.

Esse conjunto de circunstâncias nos permite verificar que a configuração de repartição das funções do Estado, concebida como mecanismo de governabilidade e, ao mesmo tempo, garantia do cidadão, está em colapso em relação à sua concepção original, exigindo que os magistrados, sendo elite tecnicamente competente, venham em seu socorro e busquem, pela sua politização e protagonismo, a adoção de medidas que diminuam o fosso entre a realidade legislativa e o mundo em que vivemos.

3.3. O direito como exercício retórico-democrático

De Platão a Descartes (pelo menos) que se discute o conceito de verdade na filosofia, como a possibilidade da língua de refletir o mundo tal como ele é, sem distorção.

Galileu, por exemplo, dizia que a linguagem do universo “está escrita em língua

matemática, e os caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, e sem tais meios é impossível entender humanamente algo a seu respeito” (apud BANFLI, 1986, p. 84). O conhecimento perfeito, portanto, deve ser tão preciso e transcendente quanto o são as formas geométricas.

No paradigma pós-moderno, que se apoia no culturalismo e na crítica do real, nenhuma instância pode-se dizer monopolista da verdade nem a sua dona, já que na pós-modernidade a ninguém é dado dizer ou ter a última palavra sobre algo. Por isso, os teóricos desse movimento salientam que tudo que existe está sujeito a múltiplas miradas e interpretações. O mundo está fragmentado e já não mais existe espaço para uma noção tão antidemocrática como essa da verdade, que tolhe os sujeitos de questionar continuamente o que existe, na busca de novas respostas sobre o seu ser.

É por esse viés, por exemplo, que Barthes (1988) proclama a morte do autor como uma forma de potencializar a participação do leitor na produção de sentidos da obra de arte literária.³ De igual modo, o direito tem pregado a morte do chamado originalismo, que concebe o legislador como o dono dos sentidos da norma por ele editada, repositório fixo e imutável de sentidos, segundo a tese amplamente desenvolvida em especial em parcela dos constitucionalistas norte-americanos (Cf. RAKOVE, 1997), para considerá-la como o início de um discurso que leve em conta o caso concreto, a argumentação tópica e o contexto.

³ “Uma vez afastado o Autor, a pretensão de ‘decifrar’ um texto se torna totalmente inútil. Dar ao texto um Autor é impor-lhe um travão, é provê-lo de um significado último, é fechar a escritura. [...] Na escritura múltipla, com efeito, tudo está para ser *deslindado*, mas nada para ser *decifrado*; a estrutura pode ser seguida, ‘desfiada’ (como se diz de uma malha de meia que escapa) em todas as suas retomadas e em todos os seus estágios, mas não há fundo; a escritura propõe sentido sem parar, mas é para evaporá-lo: ela procede a uma isenção sistemática do sentido” (BARTHES, 1988, p. 69).

Como se vê, o pólo hermenêutico preponderante deixa de ser o objeto a ser compreendido, ou o fato a ser subsumido às prescrições legais, movendo-se no sentido do sujeito conhecedor. Isso, por sua vez, implica uma relativização do mundo como um repositório autossuficiente de sentido, o que resgata a tese kantiana de que a apreensão do objeto-em-si é impraticável e, por esse modo, as coisas são apenas o que são na medida em que participam do fluxo semiótico de produção de sentido e, portanto, não podem dele se desvincular.

Ciente desse problema, Patterson (1996, p. 151) aponta a diferença entre uma teoria da verdade moderna e outra, pós-moderna, salientando que:

“De um ponto de vista modernista, a ‘verdade’ denomina a relação entre uma proposição enunciada e algum estado de coisas que faz essa proposição verdadeira. A visão que eu identifico como ‘pós-moderna’ rejeita o projeto de solucionar a conexão entre proposições e o que as faz verdadeiras. De um ponto de vista pós-moderno, dizer que alguma proposição é verdadeira é o mesmo que dizer que ‘um falante adequadamente colocado que usasse essas palavras nesse sentido seria plenamente afiançado/justificado (*warranted*) em tomar como verdadeiras essas afirmações naquela situação” (Hillary Putnam)

O centro da verdade, portanto, não é o mundo, mas o sujeito. Os objetos só nascem como tais se se puder reconhecer neles a sua face humana e, por isso, não valem por si mesmos, mas enquanto articulados no conjunto de propósitos e finalidades que são característicos de uma teoria da ação pragmática (RORTY, 2002).

É a essa relativização da noção de verdade que Foucault (1999) se refere quando sustenta que a verdade também tem uma história e que ela não pode ser tida como uma essência, assim como o próprio sujeito do conhecimento tem uma história e muda

com o tempo. São as práticas sociais, as formas como se disciplinam e organizam os discursos ao redor de determinados temas que criam a verdade como um modo de consenso e não como reflexo daquilo que é. Ele conclui:

“As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas jurídicas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas” (FOUCAULT, 1999, p. 11).

Com base nessa premissa, exige-se do juiz não uma atitude meramente passiva no que tange à interpretação e aplicação da lei. É dever do magistrado manter o espírito crítico e aferir, com base no caso concreto, a melhor solução para o caso, o que não se coaduna com a superfície textual e os sentidos imediatos de uma exegese literal. O sistema jurídico completo precisa ser pensado e justificado em cada uma das decisões proferidas, de modo que o ato de julgar deixe de ser uma busca mecânica de correspondência do fato à norma. Aliás, com base nos ensinamentos aqui adotados, não seria possível chegar-se a alcançar tal correspondência, na medida em que nem o fato nem a norma possuem uma existência que possa ser abstraída da experiência e da cognição humana.

Destarte, ao magistrado cabe essa liberdade que a morte da verdade lhe traz e,

a um só tempo, a suma responsabilidade de, carecendo de um pilar robusto que possa amparar o seu silogismo, estabelecer discursivamente, por meio de uma fundamentação coesa, ética e democrática, os fundamentos humanos (e não apenas legais ou supraleais) que o fizeram chegar ao seu convencimento.

Isso permite que o princípio democrático não acabe sendo deturpado pela “tirania da maioria”, circunstância essa que vem sendo apontada como a principal fraqueza da concepção representativa da democracia. Por meio de ações de fiscalização dos atos dos demais poderes, e de ações coletivas e individuais, o Judiciário, ainda que composto por uma minoria, é convidado a avaliar as premissas democráticas e, pela via do discurso, legitimar-se pela linguagem, com argumentos contundentes e analistas experimentados e afinados com o seu tempo e com os ideais constitucionais, qualidades essas que deveriam estar incorporadas ao perfil de todos os magistrados.

3.4. A superação do mito do juiz neutro

No Estado de Direito originário do liberalismo, segundo o espírito postulado por Montesquieu, o magistrado tinha o mesmo perfil do cientista das ciências naturais: era devotado à sua função, completamente neutro, alheio aos problemas sociais, partilhando a crença de que a razão pura podia solucionar todos os dilemas da aplicação da lei. Desse modo, a atitude interpretativa do magistrado era encarada como uma operação mecânica, assim como o físico via o mundo como uma máquina cujos segredos ele conseguiria desvendar por meio da experimentação e da disciplina científica.

Esses caracteres compõem aquilo que Foucault (2005) chama de “formação discursiva”, composto pelas ideias predominantes em cada época a respeito de certos temas, estabelecendo em seu entorno um sistema de regras de aglutinação de enunciados em determinado sentido, que limitam não apenas aquilo que pode ser

dito, mas também como esses dizeres serão recebidos pelos seus membros.⁴

O modelo de juiz do paradigma liberal não é o mesmo da pós-modernidade já que, nesta, é enfatizado o seu dever de implementar, nos seus julgados, os valores do Estado Democrático de Direito, com a adoção de um papel hermenêutico ativo em prol da legitimação das promessas constitucionais de justiça e igualdade.

Quando se pensa, hoje, no juiz, não se pode fazê-lo como reflexo de um “superhomem” que é diferente dos demais mas como alguém sensível às necessidades sociais. O magistrado é alguém que sabe ser clivado pelo inconsciente que precisa manter uma atitude crítica com relação a eles. Cabe a ele, ainda, valorizar a sua expe-

e sabe (ou deveria saber) como lidar com esses sentimentos na hora de julgar.⁵

A oposição entre essas formações discursivas pode ser bem delimitada na de Luiz Flávio Gomes (1997) na medida em que ele diferencia três tipos de discurso sobre o juiz, cujas principais características compilamos na tabela abaixo.

Não se pode negar, hoje, que o juiz também é um ser político, já que é impossível a qualquer indivíduo despir-se dessa faceta que faz dele quem ele é. Dentro dessa perspectiva, trabalhamos com o juiz como um agente político, afirmação essa que tem encontrado apoio em boa parte da doutrina estrangeira e nacional (HIRCHL, 2004; SHAPIRO; SWEET, 2002; GUARNIERI; PEDERZOLI, 2002; CAPPELLETTI, 1999;

<i>Juiz segundo o modelo empírico-primitivo</i>	<i>Juiz segundo o modelo técnico-burocrático</i>	<i>Juiz segundo o modelo democrático contemporâneo</i>
Seleção sem preocupação com o aspecto técnico; Inexistência de concurso público; Escolha político-partidária; Adoção da “cooptação” como forma de seleção; Nível de serviço precário; Ausência de grandes discussões jurídicas; Juiz de perfil deteriorado, asséptico, neutro, nada politizado; Subordinação ferrenha; Inexistência ou precário controle de constitucionalidade das leis; Cultura jurídica positivista-legalista.	Magistratura técnica, burocrática, hierarquizada, “eunuco político”; Seleção dos juizes por concurso; Estado de Direito regido pela legalidade e distante da constitucionalidade; Inexistência de Democracia Substancial; Pouca sensibilidade para as desigualdades sociais; Rígido positivismo legalista; Não aceitação da Jurisdição Internacional; Juiz de perfil deteriorado, legalista, asséptico, neutro, “carreirista”; Independência mais formal.	Seleção técnica de juizes; Primazia do controle de constitucionalidade; Juiz politizado, engajado eticamente; Conhecedor do Direito Internacional, em especial dos Direitos Humanos; Domínio da Jurisprudência Internacional; Reduzida burocracia; Magistratura “pluralística e dinâmica”; Liberdade de associação; Preocupação com a construção do modelo constitucional.

riência pessoal na atividade de julgar, e não tentar extirpá-la a todo custo. O juiz tem medos, vontade de progredir na carreira,

⁴ Foucault (2005, p. 43) denomina a noção de formação discursiva da seguinte maneira: “no caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que, entre os objetos, os tipo de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem, correlações, posições e funcionamentos, transformações), diremos, por convenção, que se trata de uma *formação discursiva* [...]”.

AGUIAR JÚNIOR., 2006). Não estamos falando de política partidária, que é vedada ao magistrado, mas de sua *politização hermenêutica*.

Essa lição vem sendo cada vez mais repetida na doutrina brasileira, como podemos observar do trecho adiante coligido:

⁵ Para uma análise mais completa das diferentes metáforas que circundam a mitologia da identidade do juiz vide a nossa dissertação de mestrado (GOMES, M., 2009).

“Os membros do Poder Judiciário devem ser considerados como agentes políticos porque participam, por meio de suas decisões (sentenças), das atividades sociais, do ajustamento de planos econômicos e da reformulação de políticas públicas, formadoras do Estado Democrático de Direito. [...]”

Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado” (HESS, 1995, p. 48).

O papel do juiz é político pois dele se exige que crie o direito, outorgando-lhe a tarefa cada vez mais espinhosa de determinar qual a melhor solução ou o melhor sentido de vocábulos cuja largueza semântica é cada vez maior.⁶ Pode-se falar que esse labor também é político posto que o Judiciário, em vez de lidar apenas com o julgamento de casos individuais, também tem sido instado, por meio dos conflitos de massa, a editar provimentos de abrangência geral, no âmbito de todo um município, estado e, não raro, de todo o país. Tudo isso faz com que o limite entre o julgar e o legislar torne-se absolutamente impreciso (e, para alguns, inexistente). Uma terceira maneira de designar o caráter político do juiz consiste no fato de ser ele tomado como o último paladino da defesa da Democracia, o único apto a cumprir as promessas do constitucionalismo social ou nova ordem constitucional (TUSHNET, 2003), sendo atribuída a tarefa de transformar a realidade por meio das decisões, não mais se limitando à clássica teoria da subsunção do fato à norma.

A fase do juiz “escravo da lei”, mero aplicador silogístico do direito, chegou ao fim. Ele também cria o direito (CAPELLETTI, 1999) e, para tanto, faz uso de certa dose de

criatividade e, ainda, de inteligência teleológica da norma de modo que busca a melhor solução para o caso concreto. Por tal razão,

“[...] ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito. Esta contribuição é por demais incisiva, tanto na prática judicial alternativa em benefício dos setores sociais menos favorecidos, quanto na apreciação real das necessidades fundamentais da vida social e na realização dos fins libertários do Direito; pois, este, enquanto fenômeno universal, deve ser a ‘afirmação possível da libertação conscientizada’ e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico” (WOLKMER, 2007, p. 187).

Cabe, ainda, frisar que, no desempenho do dever de julgar, não tem mais cabimento o juiz arrogante, “dono da verdade”, que, por meio de tais expedientes, se afasta do convívio social. A magistratura precisa, como demonstra Prado (2003), reconhecer a necessidade de exercitar o autoconhecimento para que possa melhor lidar com os seus recalques de personalidade, o inconsciente e o exagero (*hybris*) que uma suposta ilusão do poder pode gerar. É importante lembrar que o juiz deve ser, em primeiro lugar, *juiz de si mesmo* e, como homem que é, saber lidar com as suas iniquidades e fraquezas, que são inerentes a qualquer mortal, evitando transferi-las aos casos sob o seu cuidado.

De outra parte, não é apenas na concreção do direito que se avoluma a importância da racionalidade política do juiz. Esse ingrediente também deve ser levado em conta nos países onde a escolha dos magistrados das Cortes Supremas fica a cargo, total ou parcialmente, do Executivo. A título de exemplo sobre esse ponto, obras como a de Sunstein, Schkade, Ellman e Sawicki (2006) evidenciam, de maneira empírica, que os magistrados nomeados pelos partidos republicano ou democrata para Cortes Federais tendem a emitir votos alinhados

⁶ Sobre o tema e ainda noções mais precisas sobre os dilemas que a ambiguidade e vagueza da linguagem geram no direito, vide a obra de Carrió (1994).

com as pautas ideológicas desses partidos o que demonstra que todo magistrado tem um senso político que, esteja ele cioso de sua existência ou não, tem um importante papel no seu labor.

Pode-se concluir que a atual dimensão crítica da tarefa judicial põe de lado vários mitos sobre o juiz e, por outro lado, propõe que se veja, de modo coerente com os primados da hermenêutica pós-moderna, a atribuição de julgar como o desempenho de uma atividade finalística que não é pura ou voltada para si mesma, mas que só pode ser compreendida se vislumbrada no conjunto das relações de poder e dos embates hegemônicos dentro do espaço do Estado, assim como dentro da dimensão de efetivação e legitimidade dos agentes públicos por meio do discurso.

4. Conclusão

A concepção teórica do direito vem-se transformando na pós-modernidade como reflexo de uma nova maneira de se encarar a própria função e o método de se fazer ciência.

A ciência aqui chamada moderna tinha uma concepção do conhecimento como espelho do mundo, que nos fala em linguagem matemática. Esse espelho, no entanto, se partiu em milhares de pedaços e refrata toda a imagem sempre de maneira mais ou menos distorcida.

A pós-modernidade, portanto, nos ensina a lidar com essas refrações buscando uma harmonia na complexidade, recusando fronteiras rígidas e métodos excludentes. Ela reconhece que o mundo é volátil, as identidades são provisórias e a marca do poder e da ideologia está disseminada nos objetos, de modo que já não os percebemos com os olhos ingênuos de outrora, mas como peças fundamentais que interpelam os sujeitos num jogo semiótico de linguagem que torna desimportante a sua composição física ou química para destacar a sua necessária humanidade.

Constatamos que esses ensinamentos teóricos se disseminam nas práticas sociais e científicas. O objetivo deste trabalho foi apontar alguns exemplos de como essa mudança paradigmática da ciência atingiu o direito, de modo a exigir dele uma modificação de algumas de suas premissas mais tradicionais, aqui eleitas como sendo: a) o estado como fonte do jurídico e da norma, b) a separação das funções como garantia liberal; c) o justo como expressão da verdade; e, finalmente, d) o juiz como operador neutro.

No final desse percurso, verificamos que a) a existência do estado já não vale por si mesma, posto que exige a observância a primados éticos e aos direitos fundamentais; b) que a separação das funções, cada vez mais tênue, desprestigia o legislativo em prol de um fortalecimento do judiciário, único capaz de pôr freio à expansão legislativa do executivo; c) que o discurso jurídico não pode mais centrar-se no objeto nem na existência da verdade mas, sim, numa teoria democrática, que permita o diálogo com a sociedade; d) finalmente, que o juiz é uma figura essencial na aplicação do direito em tempos de pós-modernidade exatamente porque a ele é atribuída a tarefa política de colmatar os princípios e termos polissêmicos, cada vez mais disseminados no ordenamento, de maneira que ele precisa-se manter sensível aos anseios sociais e na necessidade de tornar-se um garante das conquistas sociais consagradas na Carta Política.

Esperamos com esses delineamentos provocar uma reflexão na comunidade jurídica a respeito do tema, contribuindo para o debate e permitindo aos leitores uma visão – entre as muitas possíveis – sobre essa temática.

Referências

ABERCROMBIE, Nicholas; HILL, Stephen; TURNER, Bryan S. Determinismo e indeterminismo na teoria

- da ideologia. In: ŽIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juizes nas democracias modernas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 350, p. 213-235, 2006.
- BANFI, Antonio. *Galileu*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Tradução Mário Laranjeira. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A crise do Direito na pós-modernidade: um balanço jusfilosófico da experiência brasileira contemporânea*. 2003. 389 f. Tese de Livre-Docência - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução Guy Reynaud. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.
- FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia. *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução Octanny S. da Mota e Leônidas Hegenberg. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- _____. *Microfísica do Poder*. Roberto Machado (Org.). 20. ed. São Paulo: Graal, 2004.
- _____. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FREUD, Sigmund. *O mal estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
- GLEICK, James. *Chaos: making a new science*. New York: Penguin, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. *Da dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do conceito de legalidade: aproximações. *Revista de Direito Privado*, [São Paulo], v. 6, n. 21, p. 353-380, jan./mar. 2005.
- _____. *A identidade da magistratura na narrativa jurídica: uma perspectiva da análise de discurso crítica*. 2009. 208 f. Dissertação (Mestrado em Linguística) - Instituto de Letras, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The power of judges. A comparative study of courts and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HESS, Heliana. *Instrumentos de atuação do juiz-agente político no Estado Constitucional de Direito* (contribuição do Direito de Ordenação Social Alemão). 1995. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito de Teoria do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.
- HIRCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KNORR CETINA, Karin. *La fabricación del conocimiento. Un ensayo sobre el carácter constructivista y contextual de la ciencia*. Tradução de Maria Isabel Stratta. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

- KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- KUHN, Tomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política: do capital - O rendimento e suas fontes: a economia vulgar. In: _____. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Tradução Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8. ed. rev. e mod. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.
- PATTERSON, Dennis. *Law & truth*. New York: Oxford University Press, 1996.
- PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.
- PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança: metamorfose da ciência*. Tradução Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.
- RAKOVE, Jack N. *Original meanings*. Politics and ideas in the making of the constitution. New York: Vintage, 1997.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Tradução Marcos Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- SUSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- TWINING, William. *Globalisation and legal theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WITGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico: investigações filosóficas*. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Anomia do processo constitucional objetivo

Renato Gugliano Herani

Sumário

Introdução. 1. Realidade e normatividade constitucional: um modelo estruturante? 2. Percurso histórico: os sistemas clássicos de constitucionalidade. 3. Sistemas derivados: *tertium* e *quartum genus*. 4. Supremo Tribunal Federal – *sui generis* Tribunal Constitucional – e o processo constitucional objetivo. 5. Por um modelo (concreto) do processo constitucional objetivo : aberto às linguagens sintático-formal e semântico-pragmática. 5.1. Para superar a anomia: justifica-se o modelo concreto. Conclusão.

Introdução

Esse ensaio anuncia e instiga a superação do que aqui se denomina anomia do processo constitucional objetivo. Não a enfrenta, ao menos diretamente. Dedicam-se tão somente a uma reflexão sobre etapas cognitivas prévias de inferências indispensáveis para o ulterior enfrentamento.

A primeira parte dedica-se à explicitação do problema anunciado. Na sequência, por reputar indispensável, a observação volta-se ao contexto jurídico do processo constitucional objetivo no Estado constitucional brasileiro. Assim, em breves linhas, é feita uma digressão aos sistemas clássicos de atuação procedimental do Tribunal Constitucional, com o propósito de estabelecer um percurso histórico que culmina nos sistemas derivados, entre os quais está

Renato Gugliano Herani é Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

o brasileiro; e, assim, trabalhar a síntese do efeito de proliferação mundial da Justiça Constitucional: a mistura ou hibridação dos modelos clássicos. A evidência desse efeito é que o processo constitucional objetivo reclama uma observação metódica com vistas à construção de um modelo brasileiro. No entanto, trabalhar para tal propósito demanda antes, e é o que se anuncia na última parte, exaltar o efeito de atrofia da dimensão linguística pragmático-semântica nas operações realizadas pelas estruturas do processo constitucional objetivo brasileiro e o estímulo contrário induzido pela emergência da compreensão material (normativo-sociológica) da Constituição.

1. Realidade e normatividade constitucional: um modelo procedimental estruturante?

A construção de um modelo que pretende ser de autoobservação e, assim, de definição da própria identidade da Justiça Constitucional concentrada brasileira encontra motivação na predisposição cognitiva de superação do problema aqui denominado *anomia do processo constitucional objetivo brasileiro*.

Anomia é um conceito há muito estudado na sociologia. De origem grega, anomia vem de *anomos* (*a* representa ausência, inexistência, privação de; e *nomos* é lei, norma). É referência obrigatória, entre outras, Emile Durkheim e sua difundida reflexão sistemática acerca da anomia, como também o estudo de Robert K. Merton. Esse conceito adquiriu múltiplas facetas, mesmo em Durkheim, com distinções semânticas desde a primeira aparição e ao longo do século XX. Inicialmente, Durkheim associa à ausência de regras procedimentais adequadas para regular as relações complementares entre os participantes na vida industrial e comercial; situação anômala transitória decorrente da mudança social excessivamente dinâmica provocada pela industrialização. Em outro momento, a

anomia durkheimiana se refere à ausência de regras morais adequadas para guiar e controlar as ações dos agentes e dos grupos de acordo com os interesses da sociedade coletivamente considerada, falta de limites impostos socialmente cujas consequências diversas podem ser desde a incerteza até o-pensar-que-tudo-pode. Enquanto na primeira faceta o acento está na expectativa funcional (ou seja, procedimental), na segunda está na responsabilidade social (ou seja, na moral). “Em sua estrita significação etimológica, portanto, anomia significa falta de lei, ou falta de normas de conduta” (ROSA, 1978, p. 75).

Tal termo é aqui empregado não para explicar sociologicamente o processo constitucional objetivo, mas emprestado para enfatizar a falta de regras metodológicas de um modelo morfológico desse processo. Muito se atribui tal *deficit* aos emergentes métodos pospositivistas de interpretação jurídica. É a superação significa o amadurecimento da autonomia científica desse processo, porque contribui para melhor compreender a prática de suas funções, operações e estruturas.

É corrente a doutrina constitucional brasileira recorrer ao influxo da realidade na configuração morfológica do processo constitucional objetivo (TAVARES, 2005, p. 395; 2007, p. 13-31; MENDES, 2001, p. 1-24; BERNARDES, 2004, p. 445) – como tal admitido o instrumento de operacionalização do Supremo Tribunal Federal enquanto agente incumbido das funções típicas do Tribunal Constitucional. É o efeito mitigativo da procedimentalização da função estruturante (TAVARES, 2005, p. 253), até então organizada sob a influência acentuadamente das inspirações ideológicas da Constituição do positivismo clássico a serviço do Estado Liberal e, posteriormente, da hermenêutica constitucional do positivismo kelseniano; efeito desencadeado pela insurgência do constitucionalismo da integração da realidade político-social à normatividade constitucional no esforço

para, em reação ao positivismo lógico-formal, atingir uma “fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades” (BONAVIDES, 2003, p. 477).

Essa última fase principiou na vigência da Constituição de Weimar, em 1919, e culminou no constitucionalismo, já no cenário da Segunda Guerra Mundial, convencionalmente distinguido por renovados métodos de interpretação constitucional. É o caso do positivismo sociológico em Duguit, da teoria da integração ou científico-espiritual de Rudolf Smend ou mesmo da normatividade de Herman Heller, até culminar, já nas últimas décadas do século passado, no moderno método tópico orientado ao problema de concretização do direito constitucional, tal como a proposta construtiva para interpretação do direito constitucional em Ehmke, ou a classificação do *topoi* em Martin Kriele, o direito constitucional concretizado em Peter Häberle, nessa linha também Konrad Hesse com a teoria concretista e, com não menos vigor, Friedrich Müller com a teoria estruturante do direito, entre outros métodos que integram a teoria material da constituição, não raramente qualificados também como pospositivistas de compreensão da norma jurídico-constitucional.

A teoria material da constituição leva ao extremo, na percepção da significação da norma jurídico-constitucional, as tensas relações entre o “direito” e a “realidade”, em ataque direto à concepção do dever-ser “puro” (base da Teoria pura do direito), em razão, entre outros fatores, da percepção do “anacronismo da hermenêutica formalista” (Idem, p. 483) ao longo do século XX. Reage ao descompasso, e denuncia a incapacidade de, com o acento nas operações cognitivas “semântico-sintáticas” e a atrofia das “semântico-pragmáticas”, oferecer o “sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade” (Ibidem, p. 476).

Inicialmente a reação abre um debate ideológico e posteriormente se torna um problema de aplicação prática do direito. Na síntese de Pedro De Veja García (1998), o problema direito/realidade percorre três fases no século passado: a do positivismo jurídico do início do século; a do positivismo sociológico a partir da Segunda Guerra Mundial, essas duas com enfoque acentuadamente ideológico, em certos casos, essencialmente filosófico; e a terceira e última fase, já preocupada com a teorização prática do direito, deu evidência ao positivismo jurisprudencial, em que o antagonismo direito e realidade é um problema operacional, analiticamente investigado em estruturas aplicadas na observação da prática cotidiana do direito.

A teoria material da constituição arroga-se a síntese de superação do paradigma positivista, para o qual vigoram “pré-formas legislatórias da norma jurídica” (MÜLLER, 2009, p. 11) e norteia tal configuração normativa a clara oposição das categorias “direito” e “realidade”, “ser” e “dever-ser”, por outro – o novo paradigma: para tal, a norma não é algo inquestionavelmente dado, mas “está por ser produzida no decurso temporal da decisão” (Idem, p. 11), pela ação jurídica de captação e estruturação dos teores materiais da normatividade. Essa nova realidade normativa trabalha a orientação concretizadora do ordenamento (constitucional) fundante de dada sociedade estatalmente organizada; percepção que lida com a estrutura da “realidade” e do “direito” como grandezas inseparavelmente constitutivas da norma jurídica. Tal perspectiva material da constituição traz para o estado democrático-constitucional duas exigências fundamentais, quais sejam, a *legitimidade material*, “o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade”, e a *abertura constitucional*, “a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de

projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais” (CANOTILHO, 2003, p. 1338). Ao mesmo tempo em que a teoria material da constituição pretende ser o remédio para a impotência da hermenêutica lógico-formal, quiçá a dose ministrada possa ser excessiva. Com ela, “ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social” (BONAVIDES, 2003, p. 483), em consequência, o risco do afrouxamento dos laços jurídicos da normatividade e, com isso, da dilatação excessiva dos poderes decisórios de que se investem os juízes, especialmente se integrantes do Tribunal Constitucional (Idem, p. 485).

As teorias materiais da constituição dão maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo. Não obstante, especialmente a teoria jurídica estruturante de Friedrich Muller é classificada como um método essencialmente lastreado na semântica, e, por tal condição, “deixa de enfrentar algumas questões eminentemente jurídico-pragmáticas ou oferece-lhes respostas insuficientes” (NEVES, 2001, p. 358-376), como: “qual o critério semântico para definir, entre as concretizações possíveis – mesmo dando-se relevância aos outros elementos linguísticos do ‘programa da norma’ e aos dados reais do ‘âmbito da norma’ –, aquelas que são compatíveis com o texto?” (Idem). A discussão de tal problema não dispensa o parâmetro semântico, como tão indispensável também é o pragmático

“tendo em vista a relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão consequente, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam com relação ao texto da norma.” (Ibidem)

É uma assertiva de evidência da importância dos participantes e da multiplicidade de interesses e funções intrínseca ao direito constitucional moderno. No processo de produção das decisões sobre a constitucionalidade (principalmente em

âmbito de Justiça Constitucional concentrada), portanto, de construção da norma constitucional, a linguagem constitucional, enquanto jurídica especializada, é ambígua e vaga, e, para ser interpretada, não dispensa as dimensões sintática, semântica e pragmática para lidar com as divergências interpretativas; reflexo da complexidade da sociedade moderna em que “a multiplicidade de valores e interesses possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos jurídicos” (NEVES, 2001, p. 358-376), especialmente em se tratando de texto constitucional:

“Considerando que no Estado de Direito predomina o princípio da interpretação conforme a Constituição, as questões jurídicas, ao ganharem direta ou indiretamente um significado constitucional, carregam um forte potencial de conflito interpretativo.” (Idem)

São transformações observadas no sentido da norma constitucional, desencadeadas a partir das teorias materiais da constituição, e que inevitavelmente suscitam preocupações metodológicas diretamente com a morfologia do processo constitucional objetivo.

É no contexto do método, pois, que se afirma ainda ressentir à falta de uma sistematização das regras (TAVARES, 2007, p. 13-31) ou de um modelo procedimental (MENDES, 2001, p. 1-24) capaz de reduzir, do complexo ao simples, o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal no exercício autônomo da Justiça Constitucional. É de se dizer, sobressalta a ausência, nesse âmbito, de uma observação das formas continuamente reproduzidas, vale dizer, das estruturas exclusivas e das operações específicas da ação de concretização da norma constitucional, assim compreendida como um tipo de efetividade do direito realizada como um processo (dinâmica) real de decisão estruturado e organizado para a superação do antagonismo entre direito e realidade constitucionais. É o caso de se

inclinam, sobretudo em razão das dificuldades do Brasil para dar efetividade à sua Constituição (BONAVIDES, 1991, p. 489), à pesquisa estrutural tendente à construção das estruturas e operações do concebido sistema, no interior do qual o observador-intérprete é conduzido e preparado para a ação (de decisão) concretizadora da norma constitucional. Esse sistema é aqui referido pelo termo processo constitucional objetivo, o qual demanda um modelo procedimental estruturado capaz de conformar e complementar a orientação metodológica da hermenêutica de concretização normativo-constitucional.

O interesse de tal pesquisa atenta-se, precisamente, aos aspectos formais das operações observadas com o exercício prático do processo constitucional objetivo, e assim à tarefa de identificar e isolar os níveis da realidade normativa que tem um valor estratégico do ponto de vista do fenômeno estudado. De modo que podem ser representados sob a forma de modelo explicativo do funcionamento da ação de concretização no desempenho do Supremo Tribunal Federal. Esse modelo a ser conscientemente construído aceita, porque nele se inspira, o modelo material da norma constitucional. A bem da verdade, a ele serve, e assim o faz ao indagar seriamente por estruturas da normatividade constitucional – procedimental e formal – a somar à estrutura material da norma constitucional já trabalhada no ato de exercício de interpretação concretizadora da norma constitucional, tal como o “âmbito da norma” e o “programa da norma” (MÜLLER, 2008, p. 15).

Nessa linha, o que se pretende enaltecer é a anomia metodológica da morfologia do processo constitucional objetivo, se as suas estruturas e operações exclusivas tendentes ao trabalho prático de concretização da norma constitucional representam o seu fim existencial. Não é um problema a se desprezar, pois esse estado de ausência da reflexão sistematizante coloca em indefinição teórico-dogmática problemas de cunho

prático procedimental peculiarmente decorrentes da percepção teórica material da Constituição, tais como o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (CANOTILHO, 1993, p. 1030; MENDES, 2001; BERNARDES, 2004, p. 450), a linguagem das provas (TAVARES, 2005, p. 397; CANOTILHO, 2008, p. 169), o papel dos agentes, especialmente o cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Problemas que se estendem aos questionamentos de ordem político-constitucional: até que ponto o *self-restraint* se aplica ao Supremo Tribunal Federal ou se faz uso do *judicial activism*? Indagação essa que traz ao núcleo a equação do conflito de poderes, especialmente entre esse Tribunal e o Poder Legislativo e a sua autodisciplina à abstenção. Enfim, a superação da anomia apontada atenta-se ao “subjetivismo dos novos métodos interpretativos” (BONAVIDES, 2003, p. 486), que “redunda na quebra e decomposição da juridicidade das Constituições” (BONAVIDES, 2003, p. 486); ao mesmo tempo, é indispensável à plena realização de todas as categorias funcionais fundamentais do Supremo Tribunal Federal, enquanto operacionaliza funções típicas de um Tribunal Constitucional, cujo desempenho vai além da *bouche qui prononce les paroles de la loi*, para ser decisivamente marcante na vida político-social do Estado e na efetividade da norma constitucional.

Com efeito, em tempo de inclinação às teorias materiais do Estado e da Constituição (GARCÍA, 1998), é premente a dedicação a uma investigação teórico-dogmática do processo constitucional objetivo (TAVARES, 2005, p. 395; CANOTILHO, 1993, p. 1030), em mira: um modelo conformador da práxis do ordenamento jurídico real do Brasil; capaz de reduzir o fenômeno da concretização constitucional – mesmo e especialmente em sistema abstrato de constitucionalidade – a uma ordem subjacente das formas procedimentais continuamente reproduzidas do trabalho de concretização das normas constitucionais.

Tal preocupação coloca no centro da atividade investigativa, como objeto a ser observado, a realidade empírica brasileira, vale dizer, as relações jurídicas de aplicação prática do direito constitucional brasileiro, ou seja, a jurisprudência constitucional intestina. Tal evidência torna indissociável, de um lado, o problema de que “a idéia de um Tribunal Constitucional não pode ser separada do seu *modus operandi*” (TAVARES, 2007, p. 13-31). Esse é sistematizado no âmbito do Direito processual constitucional, e é “construído por categorias processuais (próprias) relacionadas à realização das diversas funções fundamentais da Justiça Constitucional (direcionada esta justamente à realização da Constituição)” (Idem). E, de outro, em consequência e não menos importante, a simbiose da estrutura morfológica do *modus operandi* com a realidade observada, ou seja, com os teores formais e substanciais (social, econômico ou político) do Estado constitucional brasileiro para o qual é racionalizado.

Essa decisão implica um compromisso de construção de um modelo teórico local, topicamente comprometido com o sentido histórico-político efetivamente vivido na dinamicidade constitucional brasileira. Por de baixo dessa construção sobreleva uma estrutura composta de formas exclusivas que realizam as operações específicas de abertura ao concreto do *modus operandi* da Justiça Constitucional concentrada brasileira. A hipótese provisória é a de superação da anomia com o processo de evolução da morfogênese do processo constitucional objetivo, a partir da observação da interferência externa de modelos (do tradicional positivista ao pospositivista) de interpretação jurídica. Acredita-se que, nessa senda, é possível identificar as estruturas, funções e operações do processo constitucional objetivo a partir de uma perspectiva de realidade da Justiça Constitucional concentrada mais engajada com o compromisso de situações decisórias determinadas pelo contexto cultural da sociedade estatal que

a institucionaliza e de um Tribunal Constitucional criador de direito no sentido de construtor de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omnes* (REVORIO, p. 1997, p. 327). A metódica do processo constitucional objetivo que não outorga ao trabalho técnico-jurídico efetivo do jurista estruturas (procedimentais) a serviço da operacionalização dos elementos estruturais da norma (ex., programa da norma e âmbito da norma) não atribui a tal trabalho a normatividade materialmente determinada. A concretização – enquanto “processo real de decisão” (MÜLLER, 2008, p. 15) –, metodologicamente assim admitida, instiga a indagação sobre a conjugação de uma estruturação estendida: não se pode pensar em estrutura da norma (objeto cognitivo) sem estrutura do procedimento que viabiliza ou prepara o julgador-intérprete ao momento exato da decisão, vale dizer, da construção dos elementos da norma. É o caso, pois, de se indagar sobre a relação entre normatividade constitucional, estrutura da norma e estrutura do processo. E assim se preocupar com a harmonia da estrutura do processo com a estrutura materialmente determinada da norma constitucional.

Com efeito, a estruturação do conflito constitucional (enquanto inter-relação de dois modelos ordenadores materialmente caracterizados e estruturados) conduz significativas modificações morfológicas do processo constitucional objetivo, porque surgem outras categoriais fundamentais (elementos, operações e estrutura) até então não trabalhadas pelo modelo clássico de controle concentrado-abstrato, e que lidam com a linguagem das provas, o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (inconstitucionais), o papel do cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Tais categorias necessitam ser investigadas e identificadas, concretamente, e também, em certa medida, tencionadas, para até um repensar as estruturas formais clássicas do processo intersubjetivo (civil e penal), se a pretensão é a construção de um

modelo de processo constitucional objetivo concretizado e concretizador da Constituição brasileira.

Com essas linhas preliminares, não se pretende ir além do enaltecimento da anomia do processo constitucional objetivo brasileiro, porque, por ora, o realce realmente pretendido nesse ensaio percorre outros caminhos; caminhos que, de certa forma, preparam discussões futuras sobre o problema colocado.

2. *Percurso histórico: os sistemas clássicos de constitucionalidade*

O conhecimento do processo constitucional objetivo insere-se no universo cognoscitivo do Direito Processual Constitucional – ramo jurídico específico “para estudar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución” (BELLAUNDE, 1998, p. 7), definido como “o conjunto de regras procedimentais da prática do controle jurisdicional, autônomo ou não, da constitucionalidade do comportamento social” (TAVARES, 2005, p. 222). É “responsável pelo estudo das categorias processuais relacionadas à realização das diversas categorias funcionais da Justiça Constitucional” (Idem, p. 402). O processo constitucional objetivo é uma, dentre tais categorias processuais, que procedimentaliza a Justiça Constitucional (*modus operandi*) na atividade de defesa e aplicação da Constituição. O Direito processual constitucional se ocupa justamente da identificação, delimitação e sistematização dos diversos procedimentos funcionais da Justiça Constitucional.

“Assim o Direito processual constitucional deve servir à *atuação* do Texto Constitucional, solucionando os problemas que se inserem nessa atividade básica. Essa postura é facilmente compreendida a partir da teoria das funções do Tribunal Constitucional e sua conexão íntima com a ‘medida’ do processo constitucional respectivo.” (Ibidem)

As raízes desse ramo remontam à primeira metade do século passado, mais precisamente às idéias de Hans Kelsen (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 215), como as trabalhadas na obra *La Garantie Jurisdictionnelle de La Constitution*. Ideias que, combinadas com a experiência austríaca, especialmente a vivenciada sob o texto originário da Constituição de 1920, depois de seis anos de vigência com a institucionalização do Tribunal Constitucional especial, redundaram numa tipologia específica de procedimentalização do problema da constitucionalidade – o sistema concreto-concentrado (BONAVIDES, 2003, p. 309). Diametralmente oposto ao sistema anglo-americano, o procedimento para a decisão acerca da constitucionalidade é dotado de estrutura, organização básica e função próprias.

A Constituição concebida como elemento normativo superior a todos os demais é premissa básica da estrutura do sistema concentrado. Tal superioridade é convertida em parte essencial da Teoria Pura do Direito, por influência das ideias de escalonamento normativo do discípulo de Kelsen, Adolf Merkel (1890-1970) (KELSEN, 2003, p. 33). Tornou-se a base para a construção da ideia de norma suprema, a partir da qual as demais extraem o fundamento de validade expresso numa relação de compatibilidade. O passo seguinte foi decidir a quem confiar a competência para verificação das incompatibilidades. Confiou-se, como função específica, a um órgão estruturado tal como um tribunal, externo ao Poder Judiciário (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Esse somente pode ser tirado da inércia por meio do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos. Para exercer o controle de compatibilidade, somente “com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional” (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

Tal tipologia procedimental constitucional rivaliza-se com outra, também clássica, nascida nos Estados Unidos: o

Judicial Review. Primitivamente exercitado no famoso caso *Marbury vs Madison* em 1803 pela Corte Suprema, obra do *Chief Justice Marshall* claramente influenciada por ideias embrionárias do problema da jurisdição constitucional que remontam a princípios do século XVII, quando o célebre juiz Edward Coke, no caso de Thomas Bonham, afirmou estar o direito natural acima do rei, o que abriu espaço posteriormente, já em solo americano, para o controle de constitucionalidade das leis pelos juízes (BELAUNDE, 1999, p. 121-156).

No modelo americano de Justiça Constitucional, a Constituição também ocupa o patamar mais elevado na cadeia normativa, e é lei contra a qual não pode subsistir qualquer incompatibilidade provocada por outra lei, de escalão inferior. O controle de incompatibilidade exige um procedimento, o qual não estrutura as operações da função própria de um órgão especialmente criado para tanto, como no sistema austríaco. Por ser a Constituição antes de tudo uma lei, e como é confiada a todos os juízes a interpretação, cabe à Suprema Corte, e a todos os juizes, verificar se a lei é compatível ou não com a Constituição antes de aplicá-la à relação jurídica concreta. Ou seja, é um modelo cujo “aspecto ‘modal’ tem o caráter de um controle que se exerce *em via incidental*” (CAPPELLETTI, 1999, p. 102).

Por tal modelo, o procedimento constitucional, enquanto produtor de uma decisão de controle de constitucionalidade, não guarda uma estrutura distinta daquela própria do procedimento jurisdicional destinado a produzir uma decisão de solução do conflito (jurídico-social) intersubjetivo; um único procedimento, ou melhor, um único programa de atuação formalmente organizado e estruturado para executar, no mesmo contexto espaço-temporal, duas funções imanentes do Estado constitucional, prestadas no âmbito de um processo de natureza civil, penal ou administrativa, e pelo mesmo órgão judiciário, quais sejam: a de decidir certo conflito intersubjetivo

e, por via incidental, em caso de uma lei cuja constitucionalidade se discute, a de controlar a constitucionalidade. No modelo austríaco, diferentemente, essa última função se exerce em via principal, porquanto há um adequado e autônomo procedimento de atuação, organizado para, de forma concentrada, unicamente conduzir a uma decisão (abstrata) de controle de constitucionalidade.

Por fim, para completar o trio das tipologias clássicas, há ainda o modelo francês de procedimentalização da constitucionalidade oposto ao modelo americano (CAPPELLETTI, 1999, p. 99), com peculiaridades que afetaram “a la composición del Tribunal, a la modalidad de acceso y, sobre todo, a la índole preventiva del control, cuya ‘jurisdiccionalización’ se llevó a cabo una forma más acentuada respecto a experiencias anteriores” (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Isso porque o modelo francês exclui a concepção de um procedimento propriamente “jurisdicional” de controle da constitucionalidade das leis, para, ao invés, desenvolver um de caráter puramente “político”, seguindo a tradição histórico-constitucional de não confiar tal controle a um órgão de natureza judiciária (CAPPELLETTI, 1999, p. 94). Até hoje, sob a égide da Constituição da V República, de 4/10/1958, a França confia o controle de constitucionalidade ao *Conseil Constitutionnel* apenas em via preventiva.

Nos três modelos clássicos, a despeito dos pressupostos histórico-político e ideológico em relação aos Poderes Judiciário e Legislativo, que são os responsáveis pelas divergências estruturais entre eles, é marcante em todos eles a forma procedimental com que a Justiça Constitucional exercita a decisão acerca da constitucionalidade. Qualquer dos modelos propõe uma Justiça Constitucional cuja função primeira – defesa e aplicação da Constituição – é praticada sob um caráter dinâmico, refletido na etimologia de *procedere* (agir, obrar) (CUNHA, 2000, p. 636), numa extensão

espaço-temporal, a sequencialidade de atos normativos ordenados e vinculados a vários sujeitos. Portanto, é elemento comum dos modelos de jurisdição constitucional o complexo encadeado de operações jurídicas a culminar no ato derradeiro: a decisão sobre a constitucionalidade.

3. *Sistemas derivados:* *tertium e quartum genus*

A Justiça Constitucional e, portanto, a procedimentalização da atuação do controle da constitucionalidade, e com isso o processo constitucional objetivo (próprio do modelo austríaco) e o *Judicial Review*, sofreram uma expansão mundial sem limites principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, e ainda se observa uma força expansiva, a ponto de a universalização tornar-se um dos fenômenos mais relevantes dos ordenamentos constitucionais (SEGADO, 2004, p. 1; PEGORARO, 2002, p. 393-416). O efeito da proliferação mundial da Justiça Constitucional não foi o de dividir o mundo em ordens constitucionais cada qual dotada de um ou outro dos modelos clássicos, mas sim a

“[...] enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder.” (SEGADO, 2004, p. 7)

A mistura ou hibridação dos modelos (americano e austríaco) provocou maior complexidade e heterogeneidade dos procedimentos da Justiça Constitucional, cuja redução passa pela estruturação analítica das novas tipologias, capaz de captar todos os procedimentos considerados em todas as suas variáveis e características estruturais, de sorte que não são identificadas como mera derivação fiel ou reprodução dos mo-

delos clássicos. Tal complexidade evoluiu para uma nova síntese – a *tertium genus* de Justiça Constitucional –, capaz de configurar um novo modelo constituído da suma dos modelos bipolares, em que “el control de constitucionalidad queda firmemente en manos de un órgano central y el elemento ‘difuso’ se sitúa sólo en la fase introductiva del proceso, no en la decisoria” (PEGORARO, 2002, p. 393-416). É o caso dos sistemas peculiares de países como Itália e a Alemanha, que adaptaram os modelos clássicos às diferenças estruturais do respectivo ordenamento, “imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo” (Idem).

O movimento de “circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional” (Ibidem) não se limitou aos ordenamentos europeus. Também alcançou os países da América Latina, entre eles o Brasil, de forma marcante e peculiar a ponto de autorizar uma nova tipologia latinoamericana de Justiça Constitucional, pois a “la ricognizione storica latinoamericana suggerisce l’acquisizione di un *quartum genus*, nel cui álveo controllo diffuso e accentrato coesistano nella condivisione di un progressivo processo di unificazione” (SEGADO, 2007, p. 11).

A circulação dos modelos de controle constitucional e a hibridação dos elementos estruturais de cada qual, especialmente dos clássicos austríaco e americano, culminaram, em países como o Brasil e em muitos outros na América Latina, na conjugação do controle difuso com o concentrado a que García Belaunde (1998, p. 25) bem identifica como um sistema “dual” ou “paralelo”; terminologia mais adequada do que sistema “misto”, com “desarrollo peculiar, que lo hace difícil de clasificar dentro de los modelos europeo e americano, si bien es cierto que parte de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimenta de la doctrina de tales países” (BELAUNDE, 1999, p. 121-156). Assim, o sistema “dual”

ou “paralelo” ocorre “quando se dan las dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; esto es, cuando *coexisten* dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos)” (Idem, 1998, p. 27).

O Brasil é um emblemático caso referido na ponderação de que “las formas de justicia constitucional están hoy aún más entremezcladas y son más complejas, de modo que las viejas tipologías necesitan una nueva sistematización, con el fin de crear modelos dotados de prescriptividad” (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Motiva essencialmente tal afirmação o traço comum, em países iberoamericanos, da existência correntemente institucionalizada de tribunais judiciais que, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, exercem funções típicas do Tribunal Constitucional, ainda que não reservem o monopólio da defesa e do cumprimento da Constituição e desempenhem competências paralelas (normalmente recursais), como é o Supremo Tribunal Federal. A particularidade da vida constitucional do Brasil, aliada aos traços de semelhança com outros países latinoamericanos, instiga juristas como Peter Häberle (2009, p. 206) “a desenvolver a idéia [...] de um ‘direito constitucional comum americano’ – analogamente à categoria de um ‘direito constitucional comum europeu’”.

Com efeito, o apego ao movimento de circulação, recepção e hibridação dos modelos de Justiça Constitucional implica a assunção de uma postura: a de não renegar a identidade da Justiça Constitucional brasileira. Essa é derivada, em certa medida, do modelo austríaco-kelseniano, mas dele se difere, como também se difere do modelo americano (*Judicial Review*), dada a não compatibilidade da teoria constitucional local e da realidade político-constitucional do Brasil.

Tal orientação se dirige às reivindicações de criação de um típico Tribunal Constitucional no Brasil, ao estilo daqueles há muito implementados em países europeus;

e assim desfigurar o Supremo Tribunal Federal – instituição modelar construída ao longo de uma história secular – sem uma reflexão profunda de toda a contextualização e evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. Reivindicações essas que voltam desde muito atrás, em balizadas opiniões expressadas por ocasião da Constituinte de 1987, tais como: as manifestações do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no jornal O Estado de S. Paulo: “se o Constituinte for realmente moderno, sem a existência de um Tribunal Constitucional ela não funciona” (OAB, 1987, p. 8); “O Tribunal Constitucional ensinaria os juristas a raciocinar em termos de Direito Constitucional” (Idem); e de juristas de renome na Folha de São Paulo,

“[...] Concluindo arremataríamos que no gozo dos poderes do Estado o retorno do ‘Poder Moderador’ sob novas roupagens seria benfazejo, sobretudo em um país onde os problemas constitucionais são resolvidos ao calor das paixões e ao acicate das imposições de toda ordem. Não seria melhor resolver esses acidentes à luz de uma Justiça que nos moldes alienígenas se comporia de representantes dos três poderes?” (MELLO, 1987)

Não faz sentido afirmar ser o Brasil carente daquilo que já possui. O Supremo Tribunal Federal é parte, como órgão central, de uma tipologia latinoamericana – *quartum genus* – de Justiça Constitucional, e, como tal, sem desconsiderar suas históricas singularidades, pode ter o seu *modus operandi* estudado e estruturado, extraindo orientações a partir da perspectiva teórica material da Constituição.

4. Supremo Tribunal Federal – sui generis Tribunal Constitucional – e o processo constitucional objetivo

O fenômeno da universalização da Justiça Constitucional e a adaptação estrutural dos modelos clássicos às peculiaridades

formais e materiais dos ordenamentos jurídicos conduziram à problematização da significação da Justiça Constitucional, passando tal termo a uma plurivocidade na doutrina mundial. Ora o termo não tem uniformidade de significado referido, ora rivaliza com outros de mesmo significado, mais precisamente com o “jurisdição constitucional” (TAVARES, 2005, p. 142; BELAUNDE, 1998, p. 7; CAPPELLETTI, 1999, p. 23). Não é o caso, no âmbito deste trabalho, de aprofundar tal debate, mas parece inquestionável e intui ser o ponto essencial da impossibilidade de identidade dos termos: a Justiça Constitucional representa um objeto mais amplo do que o referido pela jurisdição constitucional.

Jurisdição constitucional representa “uma das facetas da ‘Justiça Constitucional’” (TAVARES, 2005, p. 147). Ao seu lado, outras existem e dizem respeito ao estudo do próprio órgão – agente de realização da Justiça Constitucional, e com isso de sua organização, funcionamento, elementos do juízo de inconstitucionalidade, natureza e tipologia das decisões e suas atribuições. Ou seja, a Justiça Constitucional abarca um significado mais amplo, porque tal termo está atrelado à fisiologia da estrutura e organização do poder tendente a garantir a supremacia da Constituição (Idem, p. 148). De sorte que não pode estar circunscrita à admissão estática da fisiologia dos clássicos modelos, mas deve ser compreendida dia-cronicamente, considerando os elementos comuns e específicos de cada *genus*. Portanto, a jurisdição constitucional é coisa mais estrita, “é terminologia que inculca a idéia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional” (Ibidem, p. 146), e remonta à ideia clássica de fiscalização abstrata dos atos estatais, especialmente dos atos normativos.

Mesmo com a abstração do problema pertinente ao debate de significação da Justiça constitucional e jurisdição constitucional, ainda não é possível colocar-se à vista do objeto a que se refere o processo

constitucional objetivo. Outro problema ainda há e diz respeito ao órgão, ou órgãos, responsável pela condução da Justiça Constitucional, e da jurisdição constitucional. Trata-se da questão sobre a exigência do monopólio e exclusividade do exercício da Justiça Constitucional e, por conseguinte, da faceta jurisdição constitucional, a um único órgão – o Tribunal Constitucional –, como tal considerado restritivamente autônomo dos demais poderes, inclusive do Judiciário, cuja função seja servir ao controle da constitucionalidade. Ou seja, trata-se do problema em que, se inexistente tal órgão, não se realiza a Justiça Constitucional, ou ainda, só será dado como Tribunal Constitucional capacitado para a Justiça Constitucional exclusivamente se o controle da constitucionalidade for autônomo.

A se seguir por tal caminho, impõe-se uma concepção restrita de Justiça Constitucional, o que conduziria ao absurdo de negar o seu exercício à Suprema Corte, por exemplo, americana, na medida em que não é adotado um critério modal (CAPPELLETTI, 1999, p. 101) para expressar como as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas perante os juízes competentes (para decidi-las e como são, por estes, decididas) que seja autônomo e exclusivo para o controle da constitucionalidade. Como também tal negativa pesaria sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil, porque, apesar de ter o monopólio do critério modal autônomo, não tem, contudo, a exclusividade no controle da constitucionalidade. É inquestionável que ambos os referidos tribunais, como no caso de todos os tribunais supremos, exerçam Justiça Constitucional (TAVARES, 2005, p. 157), a despeito de não serem genuinamente Tribunais Constitucionais, tal como o órgão autônomo ideado por Kelsen para a exclusividade e monopólio no papel de Curador da Constituição.

É corrente desassociar o Supremo Tribunal Federal de um clássico Tribunal Constitucional, no qual concentram-se a

exclusividade e o monopólio do exercício do controle constitucional. Isso porque, por sua estrutura, também funciona como última instância normalmente recursal em processos intersubjetivos. Portanto, 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” (Idem, 1998, p. 129), e por isso é um sistema “dual” ou “paralelo”. Mas adota modais que, paulatinamente, já começam a apresentar sinais de hibridação (Ibidem, 2007, p. 13-31), como pode ser observado, de um lado, com a recente introdução dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante e, de outro, a forte tendência dos teores materiais no desenvolvimento do modal autônomo. Tal tendência instiga a investigação de um duplo fenômeno aparentemente paradoxal: o da “abstratização” do sistema concreto de constitucionalidade e o da “concretização” do sistema abstrato de constitucionalidade.

Não menos correto, no entanto, é reconhecer que, a despeito da ausência de um clássico Tribunal Constitucional no Brasil, as funções específicas desse órgão mesclam-se às funções não típicas (peculiares do sistema americano) no âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal; condição *sui generis* que não inviabiliza os aportes científicos da teorização clássica do Tribunal Constitucional, especialmente no que toca à estrutura e às categorias funcionais fundamentais desse tribunal no âmbito da Justiça Constitucional. Isso indica um sistema constitucional no qual um tribunal integrante da estrutura judiciária realiza, concomitantemente, o papel de Tribunal Constitucional (TAVARES, 2005, p. 145). Tal condição permite enfocar epistemologicamente o Supremo Tribunal Federal como uma espécie de Tribunal Constitucional enquanto no exercício das funções orgânicas desse tribunal.

A par dessas considerações, o processo constitucional objetivo remonta ao univer-

so cognoscitivo da Justiça Constitucional circunscrita no âmbito do Tribunal Constitucional (Idem, p. 151). Extrapola, pois, o objeto por ele referido o *modus operandi* praticado por outros tribunais ou magistrados (*incidenter tantum*), como também a atuação organizada do (equivalente) Tribunal Constitucional enquanto representativo de última instância recursal.

Em síntese, o processo constitucional objetivo é signo linguístico produto da união de tal termo à abstração sistêmica de um procedimento autônomo do desempenho diferencial das funções do Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal), na condução da constitucionalidade. É o modelo processual e autônomo pré-constituído de atuação funcional do Tribunal Constitucional com estruturas exclusivas e operações específicas de produção de decisões para a redução das incertezas em questão de constitucionalidade do Estado (brasileiro).

Encerra uma forma procedimental especial de operar e executar autonomamente a constitucionalidade (função primária do Tribunal Constitucional). E assim o faz consoante um rito (judicial) dotado de estruturas e elementos próprios e invariantes que, em determinados sistemas constitucionais como o brasileiro, serve a determinadas ações (como ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental), integrando uma jurisdição especial (jurisdição constitucional).

É debate antigo, mas importante acentuar a distinção entre procedimento e processo. São expressões que não se confundem. Todo processo requer para seu desenvolvimento um procedimento, mas nem todo procedimento é um processo (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2002, p. 116). “Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso

temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis” (GUERRA FILHO, 2007, p. 11). É dessa forma – pela ordenação de atos encadeados com uma finalidade – que o processo se exterioriza, mas algo mais é necessário para a sua caracterização, “además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos – constituyan o no relación jurídica – que entre sus sujetos (es decir, las partes y el juez) se establecen durante la substanciación del litigio” (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2002, p. 116). O processo constitucional objetivo, enquanto processo, pressupõe a forma procedimental de exteriorizar-se e a essencialidade teleológica, porquanto visa a uma decisão acerca de conflitos constitucionais, cuja condução é encabeçada pelo Tribunal Constitucional no exercício da suprema função de cumprimento e defesa da Constituição.

O movimento de circulação, recepção e hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade influi diretamente na essência desse processo, mas não menos impacto ocasionou a teoria material da constituição. É responsável pela transformação do paradigma originário de estruturação e função do processo constitucional objetivo – aqui sintetizado na diretriz da não-remissão à realidade (TAVARES, 2007, p. 13-31).

Com efeito, parece socialmente mais contributivo, no atual estágio do constitucionalismo brasileiro, perguntar por um modelo procedimental, vale dizer, um processo constitucional objetivo genuinamente brasileiro integrado e integrador da realidade do país. Capaz de, uma vez estruturado, outorgar ao Supremo Tribunal Federal um sistema de referência às condições necessárias para trabalhar o concreto no desempenho de suas funções constitucionais em que, primeiramente, tem-se a concretização da Constituição diante das inconstitucionalidades. Não se trata de perguntar por uma *teoria política*, porque o que se persegue é apenas conhecer o objeto,

responder à pergunta “o que é” e “como é” e não “como seria” ou “deveria ser” o processo constitucional objetivo brasileiro.

5. *Por um modelo (concreto) do processo constitucional objetivo: aberto às linguagens sintático-formal e semântico-pragmática*

O processo constitucional objetivo surgiu com o modelo clássico de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade. Consagrou-se o *modus operandi* da fiscalização da constitucionalidade em que a lei é tomada enquanto tal, como texto normativo em si mesmo, abstraídas as relações jurídicas concretas e controvertidas próprias dos processos comuns (civil, penal, administrativo), cuja finalidade funcional é a de produzir uma decisão de declaração de inconstitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2008, p. 325-335).

Essa concepção abstrata de controle é originariamente estruturada com base nas inspirações de pureza metodológica kelsenianas de “eliminar dalla teoria del diritto e dello Stato tutte le classi di ‘impurezze’ politiche, ideologiche, sociali e, in definitiva, metagiuridiche” (GARCÍA, 1998, p. 37), com as quais aparece “il diritto, in quanto norma positiva, l’único riferimento valido per il giurista” (Idem). O resultado foi um modelo procedimental próprio de um Estado que personifica a ordem jurídica abstrata e atemporal (dever-ser “puro”). Com isso, a procedimentalização do conflito constitucional opera-se a partir da percepção estatal depurada de elementos valorativos e factuais, em que o problema fundamental da validade das normas conflitantes é solucionado no plano abstrato.

Com isso, as regras procedimentais se distanciam daquelas próprias para a solução de conflitos intersubjetivos, porque sua vocação é a de controle abstrato (TAVARES, 2007, p. 13-31) a serviço da conversão do “Stato in una realtà metafísica e la Costituzione in un’entità simbólica” (GARCÍA,

1998, p. 43). Não demorou muito, ganhou *status* de paradigma do processo constitucional objetivo a não remissão fática, vale dizer, a inviabilidade de regresso à realidade normada na verificação e solução do conflito constitucional, que é objetivamente considerado. Com efeito, o conflito constitucional não se constitui sob a influência de qualquer referência ao concreto e à intersubjetividade, tão próprios dos conflitos sociais dirimidos por meio do processo civil, penal e do procedimento administrativo. Apresenta-se como um contraste internormativo logicamente considerado assentado fundamentalmente na ideia de um dever-ser “puro” em contraposição ao “ser”.

Nesse contexto, o conflito constitucional reduz sua verificação e solução pela interpretação classicamente compreendida apenas como a “descoberta do sentido do texto normativo” (TAVARES, 2006, p. 29); sentido pré-existente a espera de ser desvendado no confronto de textos normativos de hierarquia distinta. Sob tal perspectiva, o processo constitucional objetivo instrumentaliza a interpretação como esforço eminentemente cognitivo, na medida em que funcionalmente procedimentaliza o caminho de descoberta do significado da norma constitucional, para então, mediante o confronto sintático com a norma infraconstitucional, cujo significado também lhe é pré-atribuído, solucionar o conflito constitucional.

Em consequência, o processo constitucional objetivo orientado ao controle abstrato de constitucionalidade firmouse sob uma estrutura funcional com o encobrimento cientificista das operações semântico-pragmáticas para, em primeiro plano, operar a linguagem sintática da inconstitucionalidade. O problema da inconstitucionalidade, no modelo clássico de controle concentrado, é operacionalizado essencialmente na dimensão linguística sintático-jurídica, na medida em que é admitido como um problema de expressões

normativas de níveis hierárquicos diversos na cadeia normativa que se encontram em relações sintático-jurídicas de fundamentação-derivação (NEVES, 1988, p. 135). Isolar a inconstitucionalidade dos problemas a ela imanentes de ordem semântico-pragmáticas resulta um processo constitucional objetivo estruturalmente organizado com ênfase nas operações sintático-jurídicas. Com isso, o conflito constitucional é tratado como problema essencialmente lógico-formal; logo, distante da realidade normada e dos fins dos utentes.

O processo constitucional objetivo desde que destinado a prestar “o controle abstrato-concentrado, estaria a excluir ou pelo menos a dispensar, nessa visão restrita, situações concretas” (TAVARES, 2007, p. 13-31). Com isso, por meio dele a inconstitucionalidade é verificada e solucionada numa perspectiva linguística acentuadamente sintática. Tal estrutura procedimental encobre as indispensáveis e complicadas operações semânticas pragmaticamente condicionadas. Porém, essas operações são da essência da interpretação-aplicação da linguagem constitucional (NEVES, 1988, p. 135), por ser dotada de “complexa implicação referencial (denotativa) e rico conteúdo significativo (conotativa)” (Idem, p. 136). Essa constatação denuncia uma deficiência do positivismo jurídico que serviu ao processo constitucional objetivo, da sua origem até as reações científicas ao formalismo e ao normativismo kelseniano. Mas essas reações acabaram por transmutar a morfologia desse processo enquanto sujeito epistêmico, especialmente quando o experimentam no contexto das estruturas jurídico-sociológicas.

O movimento científico em vista de um método hermenêutico de concretização, influenciado pelo modo tópico de resolução de problemas que remonta às pesquisas de Theodor Viehweg (1979), conjugado com o esforço de abertura cognitiva do processo judicial às estruturas sociais, tal como proposto por Niklas Luhmann (1980, p. 18),

tem contribuído para a perda constante do dogma da não remissão à realidade como diretriz operacional do sistema concentrado de constitucionalidade. Em seu lugar, é admitida “a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica” (MENDES, 2005, p. 270). Parte significativa da doutrina constitucional não afinada à visão meramente sintática do Direito, e que admite o influxo de pautas factuais na composição da estrutura normativa, defende a superação do dogma e, com isso, a inclusão do concreto na verificação e solução da inconstitucionalidade normativa (Idem, p. 272).

A recente perspectiva hermenêutica de reação prática ao positivismo dirigida à concretização como um “tipo novo da efetivação do direito” que “abrange simultaneamente os fatores *da* realidade e *da* norma” (MÜLLER, 2008, p. 15), especialmente do direito constitucional, conduz a uma nova percepção analítica da norma como um “modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado” (Idem, p. 15). É uma visão analítico-normativa que tem propósitos de operacionalizar o antagonismo entre direito e realidade e, por isso, dá novos contornos científicos ao conflito (internormativo) constitucional. Tornou-se, com isso, um problema o modelo metodológico do procedimento de verificação e solução do conflito constitucional se estruturado para a descoberta de um significado pré-existente dos enunciados linguísticos. Metodicamente deve ser organizado para o trabalho, além da interpretação como cognição, fundamentalmente de volição e criação, para assim admitir o conflito constitucional como uma relação internormativa vertical máxima a ser construída a partir do esforço de “produção da norma” (GUASTINI, 2005, p. 29) constitucional. Tal construção se desenvolve na dinâmica das operações do processo constitucional objetivo até culminar na norma de decisão acerca

do conflito constitucional. Nessa perspectiva, o processo constitucional objetivo pode ser estudado com vistas à descoberta de suas estruturas e operações de cognição e construção da norma constitucional conflituada, e dela da norma de decisão jurídica do conflito constitucional. Com efeito, o processo constitucional objetivo deve ser analisado concretamente em sua destinação de não mais procedimentalizar o conflito constitucional a partir de uma percepção pré-existente, ou preconcebida da norma constitucional. Esse cenário teórico favorece o estudo das estruturas formais de abertura desse processo para a linguagem em dimensão semântico-pragmática e de influxo da interdisciplinaridade como elemento de aplicação concretizadora do direito constitucional.

5.1. Para superar a anomia: justifica-se o modelo concreto

A abordagem não convencional de compreensão hermenêutica do Direito abre uma nova frente na elucidação do processo constitucional objetivo. Como tal identifica-se todo esforço hermenêutico que, sem negar a relevância da dimensão “sintático-semântica” própria da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos e “semântico-sintática” enfatizada na Teoria Pura do Direito (NEVES, 2001, p. 356-376) no processo interpretativo, enfatiza a relevância da perspectiva “semântico-pragmática”. Não de outra forma afeta a morfologia do processo constitucional objetivo, se ainda assentada no clássico modelo de ordenação de operações enfatizadas nas “conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativos, presumindo a univocidade (semântica) dos mesmos” (Idem), em que são neutralizados os problemas de ordem material, perceptíveis em dimensão semântico-pragmática. Os fatos não são mais trabalhados como objeto em relação ao qual se reportam as disposições normativas em contraste, mas são considerados elementos inseparáveis

do conflito constitucional. “En el campo del Derecho Constitucional comprendido como un derecho político, el juez está precisamente obligado a relacionar la norma con la realidad política” (LEIBHOLZ, 1966, p. 89-100).

Isso implica dizer que a investigação de um modelo concreto do processo constitucional objetivo não propõe trazer para o âmbito de atuação próprio desse instrumento processual o “dualismo irrealista do passado do direito”, vale dizer, “norma/caso” ou “direito/realidade” operados por “subsunção ou silogismo” (MÜLLER, 2009, p. 11). No contexto da procedimentalização, o problema concreto (real ou hipotético) (TAVARES, 2006, p. 30) é investigado como elemento co-constitutivo das normas conflitantes. Aceita tal premissa para a compreensão do Direito (constitucional), por dedução lógica, se, a partir da concretização, é indispensável o concreto como constitutivo da normatividade ou parte integrante da norma de decisão (MÜLLER, 2005, p. 44), de sorte que o “direito” e a “realidade” não mais aparecem como categorias opostas abstratas (Idem, 2009, p. 14). Inevitavelmente tal orientação influi na compreensão do conflito constitucional e, em última instância, do processo destinado a instrumentalizar sua verificação e solução.

A “concretização prática é concebida como *processo real* de decisão” (Ibidem, 2008, p. 15). Como tal, implica uma sequência de ações (*procedere*) ou operações encadeadas ao longo de “um caminhar do texto da norma para a *norma concreta* (a *norma jurídica*)” (GRAU, 2006, p. 79), e da norma jurídica, a descoberta da norma de decisão, “apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto” (Idem). Nessa dinâmica, a norma jurídica resulta no “modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado”, simultaneamente pela força de “fatores da realidade e da norma” (MÜLLER, 2008, p. 15). A realidade (elementos empíricos) e o texto normativo

são os pontos de partida do processo de concretização e culminam em partes integrantes da norma (constitucional), as quais são referidas por conceitos operacionais, como os elaborados por Friedrich Müller (2008, p. 15): o âmbito da norma e o programa da norma. A qualificação dessa dinâmica estruturante da norma constitucional criada no caso designa a normatividade constitucional.

Com efeito, a concretização das normas constitucionais implica, destarte, um procedimento estruturalmente organizado da atuação técnico-jurídica de construção da norma jurídica a partir do e para a solução dos casos constitucionais. Esse aporte realizado pelo novo paradigma interpretativo propõe, ao fim e ao cabo, uma concepção estruturante da norma jurídico-constitucional, que presume a superação do “direito” e “realidade” como “categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida” (MÜLLER, 2009, p. 14). Procura revelar, com o aprofundamento investigativo da jurisprudência constitucional, a estrutura material da normatividade tal e como se apresenta na aplicação prática do direito (Idem, p. 17). A teoria da prática jurídica (positivismo jurisprudencial) investiga as condições essenciais da realização do direito (constitucional) indagando sobre o problema normativo da relação existente entre direito e realidade, para assim identificar a maneira como atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do direito.

Essa conclusão é indicativa de que, se o teor material normativo é indispensavelmente parte integrante da concretização da norma constitucional, é o caso de se perguntar pela estrutura do procedimento institucionalmente produzido pelo Estado constitucional brasileiro para o trabalho técnico-jurídico de deflagração da normatividade constitucional, especialmente

se tal procedimento visa exclusivamente à decisão para a solução não de casos intersubjetivos, tais aqueles peculiares dos processos interpessoais, mas dos casos de conflito constitucional próprio da Justiça Constitucional Concentrada brasileira.

Se a normatividade constitucional, enquanto designação da qualidade dinâmica da norma construída pelo trabalho técnico-jurídico com o esforço linguístico de interação entre “direito” e “realidade” em cada caso a solucionar, expressa um “novo paradigma do direito” (MÜLLER, 2009), não se pode inferir, do contrário não seria a síntese de uma nova compreensão da norma constitucional, tal percepção temporal da normatividade seja apenas deduzida da práxis do *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal em sistema difuso de constitucionalidade, e outra seja apreendida no sistema concentrado. Seja em um, seja em outro, se de fato a teoria da práxis supera a dicotomia “direito” e “realidade”, colocando tais grandezas em condição de complementaridade, com relações recíprocas, das quais constitui a norma jurídica constitucional, o teor material da normatividade é de percepção inafastável; razão por que, em ambos os sistemas, o agente concretizador percorre, a partir do texto da norma e do caso concreto, a construção da norma jurídica geral até a norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto. O *procedere* para um ou para outro implica um trabalho de construção da norma jurídica como integração de dados reais e teores normativos linguísticos.

Tal evidência não implica igualar os sistemas (difuso e concentrado) ou negar as diferenças. Mas não dispensa a afirmativa: a distinção não existe na normatividade constitucional, pois em ambos o Supremo Tribunal Federal atua para a concretização constitucional. A norma construída com o *modus operandi* desse órgão no exercício da função estruturante é tão materialmente considerada e estruturada como é a norma resultante do *modus operandi* desse mesmo

órgão pela função atípica (como no caso do julgamento de um Recurso Extraordinário). Com efeito, a diferença entre os sistemas não está nos elementos estruturais da norma constitucional, mas, sim, na estrutura procedimental e, por conseguinte, nas operações específicas.

É o caso, pois, de se indagar até que ponto o Supremo Tribunal Federal, com o recurso a circunstâncias de ordem econômica, social e política, tem atraído os fatores do âmbito normativo ou talvez apenas do âmbito material, especialmente no desempenho das funções tipicamente de um Tribunal Constitucional. Tal indagação traz a pesquisa para, em termos metódicos concretos, uma reflexão sistematizante do processo constitucional objetivo a serviço do “novo paradigma do direito” (MÜLLER, 2009), engajado com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social.

Por tal caminho investigativo, o processo constitucional objetivo intui-se, estruturalmente, sistemas empíricos de ações sociais porque é aberto seja à interdisciplinaridade, seja ao trabalho da dogmática do direito positivo (brasileiro). Assim desempenha uma função exclusiva controlada por regras jurídicas e por componentes extrajurídicos. Como tal, converte-se no veículo de operacionalização da ação jurídica pela e na linguagem exercitada nos três planos possíveis na medida certa da concretização constitucional. O efeito disso é o abandono do processo sintático-formal (abstrato) autônomo de atuação da Justiça Constitucional. É a abertura para o conhecimento científico do fenômeno da “concretização” do sistema abstrato de constitucionalidade na Justiça Constitucional brasileira. E com tal modo de entender o processo constitucional objetivo, deixa de ser estruturado em termos eminentemente lógico, a partir de uma racionalidade lógico-formal.

Seguir tal caminho implica perseguir a construção de um modelo concreto do processo constitucional objetivo brasileiro objetivamente possível para o procedimen-

to de concretização jurídica da Constituição brasileira. Ou seja, é superar a anomia metodológica do *modus operandi* da verificação e solução do conflito constitucional em busca de uma identidade propriamente brasileira.

Tal identidade pode ser alcançada com a construção de um *modelo dogmático-concreto do processo constitucional objetivo* brasileiro objetivamente possível para o procedimento de concretização jurídica da norma constitucional; modelo esse capaz de explicação e descrição da morfologia de tal processo, porque dedicado ao estudo das formas apresentadas pelo objeto jurídico respectivo de estudo. Para atingir tal objetivo, outros com caráter mais concreto são almejados. Em síntese, três são os desafios intermediários:

a) identificar um *sentido comum* do processo constitucional objetivo a partir do processo de evolução histórica das formas da Justiça Constitucional, condição essencial para a construção de um modelo diferenciado conforme a produção de operações que tal processo produz;

b) estudar o *processo de evolução da morfologia* do processo constitucional objetivo. As estruturas do processo constitucional objetivo serão observadas em sua mudança paulatina operada por interferência dos métodos (positivistas a pospositivistas) de interpretação jurídica, sem orientar-se por resultados. Será observado no processo de mutação de sua morfologia (evolução da morfogênese). Com efeito, a análise estrutural não será, nessa parte, em si (análise interna), mas do processo, assim considerado a sequencialidade das alterações estruturais por interferência (fator externo) das variações metodológicas (métodos) da interpretação jurídica, que traz, em última instância, perspectivas de racionalidades jurídicas diversas. Implica, pois, uma análise da evolução das estruturas (formas) do processo constitucional objetivo, segundo a variação da racionalidade metodológica do direito;

c) estudar o processo constitucional objetivo orientado para o seu fim, sob a forma de *processo dirigido*. O objetivo é analisar a partir de uma reflexividade da práxis desse processo no sistema jurídico brasileiro. Tal análise se ocupará da observação das estruturas do processo constitucional objetivo praticadas já com a influência dos métodos pospositivistas de interpretação jurídica. A preocupação é identificar estruturas, que são comuns e determinantes para se dizer quando se está diante de um processo constitucional objetivo brasileiro.

Conclusão

Às percepções de uma Justiça Constitucional mais engajada com o compromisso de situações decisórias determinadas pelo contexto cultural da sociedade estatal que a institucionaliza e de um Tribunal Constitucional criador de direito no sentido de construtor de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omnes* (REVORIO, 1997, p. 327) a metódica do processo constitucional objetivo que não outorga ao trabalho técnico-jurídico efetivo do jurista estruturas (procedimentais) a serviço da operacionalização da organização dos elementos estruturais da norma (programa da norma e âmbito da norma) não atribui, a tal trabalho, a normatividade materialmente determinada; a concretização – enquanto “processo real de decisão” (MÜLLER, 2008, p. 15) – metodologicamente admitida demanda a conjugação de uma estruturação estendida: sincronicamente sobrelevam não só os elementos da estrutura da norma (objeto cognitivo), como também os elementos da estrutura do procedimento que viabilizam a construção dos elementos da norma. É o caso, pois, de se indagar sobre a relação entre normatividade constitucional, estrutura da norma e estrutura do processo. E assim se preocupava como a estrutura do processo poderia ser formulada em benefício da estrutura materialmente determinada da norma constitucional.

Com efeito, a estruturação do conflito constitucional, enquanto inter-relação de dois modelos ordenadores materialmente caracterizados e estruturados, conduz, necessariamente, significativas modificações morfológicas do processo constitucional objetivo, com o aparecimento de categorias fundamentais (vale dizer, elementos, operações e estrutura) até então não trabalhadas pelo modelo clássico de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, e que lidam com a linguagem das provas, o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (inconstitucionais), o papel do cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Tais categorias necessitam ser investigadas e identificadas, concretamente se a pretensão é a construção de um modelo de processo constitucional objetivo concretizado e concretizador da Constituição brasileira.

Referências

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefesa*: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BELAUNDE, Domingo García. *Derecho Procesal Constitucional*. Peru: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.
- _____. De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional. *Anuário iberoamericano de justicia constitucional*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, p. 121-156, 1999. ISSN 1138-4824.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CUNHA, Celso Ferreira da. *Gramática da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 2000.
- GARCÍA, Pedro de Veja. *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale*. Tradução: Milena d'Ongnia. Lecce: Pensa Editore, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RSC Editora, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*: versão condensada pelo próprio autor. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- LEIBHOLZ, Gerhard. El tribunal constitucional de la republica federal alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política. *Revista de estudios políticos*, Madrid, n. 146, p. 89-100, 1966. ISSN 0048-7694.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. As cortes constitucionais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 out. 1987.
- MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 22 out. 2009.
- 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.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *O novo paradigma do Direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A interpretação jurídica no Estado democrático. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

OAB propõe criação de novo Tribunal. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34553, p. 8, 18 out. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/134770>>. Acesso em: 6 jun. 2010.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuário iberoamericano de justicia constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002. ISSN 1138-4824.

ROSA, F. A. de Miranda. *Sociologia do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. *La giurisdizione costituzionale in América Latina e la sua problemática nel XX Secolo*. Tradução dallo spagnolo: Milena D'Onghia. San Ceario di Lecce: Pensa, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 13-31, out./dez. 2007.

_____. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Realimos y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Itália. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 1, p. 325-335, 2008. ISSN 0718-0195.

“Centauro” ou “da imanência à transcendência”

Considerações sobre o homem e a política em
“O príncipe” de Maquiavel

Beclaute Oliveira Silva

Sumário

Introdução. 1. Visões do mundo e do homem. 2. A visão do mundo e do homem em Maquiavel. 3. Amor ao mundo. 4. Olhar sobre a política. 5. Objeto da política, segundo Maquiavel. 6. Método na política, segundo Maquiavel. 7. Maquiavel x seus opositores (opiniões conflitantes?). 8. Notas conclusivas.

“Eis alguém que ama verdadeiramente o mundo.”
Hannah Arendt (Notas sobre Política e o Estado em Maquiavel).

Introdução

O pensamento político e filosófico ocidental tem-se debruçado sobre o modo como a sociedade deve gerir as relações humanas seja no âmbito da família, seja no âmbito da *polis*. Em ambas as estruturas, encontram-se relações de poder.

O presente estudo, nesse contexto, pretende analisar, a partir do pensamento de Maquiavel, como as relações de poder se dinamizam na sociedade.

A visão impactante que o pensador florentino deu ao mundo novo que se descortinava a partir da Renascença. Para tanto, procurar-se-á fazer um cotejo entre o clássico e a proposta lançada por Maquiavel.

O caminho que se intenciona traçar, para demarcar as mudanças propostas por Maquiavel, passa primeiro pela estipulação das visões do mundo e do homem, ainda

Beclaute Oliveira Silva é Professor da FDA/UFAL. Doutorando em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL).

que sucintas, construídas pelo pensamento ocidental, nas perspectivas semita, greco-romana e cristã.

Ademais, o abandono ao mundo e a sua reconquista são temas que deverão ser apreciados para que se possa compreender a necessidade da nova ciência de que Maquiavel lança as bases, a política, como categoria autônoma, já que antes era capítulo da ética.

Pretende-se, por fim, verificar qual o objeto e qual o método que esse novo saber utilizará para reentronizar o homem no mundo.

1. Visões do mundo e do homem

1.1. O mundo e o homem na visão judaica

A ideia que povoa a mística semítica é aquela de que o mundo é criado por Deus como expressão de sua benevolência e poder. Nele há a pureza. A negação do mundo (imundo) implica impureza.

Esse mundo é dado ao homem como dádiva divina. Pode-se ler isso no livro dos Salmos: “o céu é o céu do Senhor, mas a terra ele a deu aos filhos de Adão” (Sl 115, 16).

A titularidade do mundo dada ao homem por Deus conferiu a ele a autoridade para fazer ingressar a impureza na perfeição, mediante a figura do pecado. A redenção do mundo e da humanidade passa pela introdução de um salvador enviado por Deus.

A espera por uma redenção torna este mundo desprezível. O que importa é a espera pela redenção e pelo novo mundo. A título de ilustração, o excerto do Livro de Isaías: “pois eu vou criar novos céus, e uma nova terra; o passado já não será lembrado, já não volverá ao espírito, mas será experimentada a alegria e a felicidade eterna daquilo que vou criar” (Is 65, 17-18).

Fica evidente que o futuro é o que importa e a história apenas uma lembrança dos erros e da promessa de redenção.

Nessa perspectiva, o mundo carrega sobre si uma maldição. Essa visão de mundo antecede e serve de fundamento para a visão cristã do mundo. Nele a ideia de mundo como maldição toma maior evidência, como se verá.

A visão ocidental greco-romana do mundo toma outra vertente, como se passa a expor, ainda que de forma sucinta.

1.2. O mundo e o homem na visão greco-romana

A deusa-terra, Gaya ou Geia, é a deusa-mãe primordial. Ela que dá origem aos titãs e, estes, aos deuses do Olimpo. A terra assim não é criação dos deuses. Preexiste a eles.

Nessa visão de mundo, os deuses não são postos como modelos das virtudes. Como criaturas, são suscetíveis ao bem e ao mal, assim como os homens.

Com relação à categoria homem, é relevante para o mundo aquele que age para o bem da *polis*. Como vaticina Aristóteles, o homem isolado, só, ou é uma besta ou é um deus. (ARISTÓTELES, 2008, p. 57). O elogio ao homem isolado vai acontecer na Idade Moderna, como salienta Baruch de Espinosa ao tratar da liberdade: “diz-se livre o que existe exclusivamente pela necessidade da sua natureza e por si só é determinado a agir” (ESPINOSA, 1991, p. 76).

Os homens se imortalizam por seus feitos na *polis* e pela *polis*. O homem cresce e se destaca à medida que o seu trabalho é capaz de engrandecer e de eternizar a *polis*. Nas palavras de Aristóteles (2008, p. 53):

“Toda cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem (pois os homens sempre agem visando a algo que consideram ser um bem); por conseguinte, a sociedade política (*polis*), a mais alta de todas as associações, a que abarca todas as outras, tem em vista a maior vantagem possível, o bem mais alto dentre todos”.

Noutros termos, o homem é, na *polis*.

1.3. A visão do mundo e do homem no cristianismo

O cristianismo se coloca como coroação do judaísmo. Nele, o denominado Antigo Testamento se realiza e se plenifica (Hb 10, 1-18).

O mundo, criado e decaído, não mais pode ser objeto de desejo dos homens insertos no cristianismo. Eles passam a ansiar pela pátria celeste que lhes fora prometida. O homem cristão fora extraído do mundo. Nas palavras de Cristo: “eles não são do mundo, como também Eu não sou do mundo” (Jo 17, 16).

O total descaso com o mundo faz com que o cristão seja um pária para o mundo em que está inserto.

Nesse contexto, melhor odiar o mundo e tudo o que o liga a ele, salvando sua alma, a se imiscuir no mundo, que é impuro e desprezado por Cristo, que o venceu (Jo 16, 33). O desprezo pelo mundo fica evidente em Paulo, que afirma: “nós, porém, somos cidadãos dos céus” (Fl 3, 20).

Dada a forma como a ideologia cristã se manifesta, não há espaço para os atos tendentes a manter ou estabelecer o poder político. Este passa a ser transitório e instrumento na mão do divino para realizar a glória que estaria por vir.

2. A visão do mundo e do homem em Maquiavel

O modelo judaico de mundo não servia para Maquiavel, pois a espera de solução messiânica retirava do homem o poder de intervir na história. Sua obra, pelo contrário, toma a atuação humana como propulsora da história, tanto que utilizará essa categoria como método para explicar o novo ramo de conhecimento, livre das amarras éticas tradicionais, hoje denominada política. Não usa a história como a lembrança dos erros pretéritos e da promessa da redenção que vem dos céus, mas a coloca como instrumento de mudança.

Da mesma forma, a solução construída pelo cristianismo não serve, pois pressupõe um homem alheio, indiferente ao mundo. Faz da vida na terra um ritual de passagem, uma maldição, antessala do reino celeste. Apegar-se ao terreno implica danação.

O homem apto a ultimar o mister desejado por Maquiavel tem de ser necessariamente envolvido com o mundo. Só com esse envolvimento seria possível impregnar o mundo com a marca da atuação humana.

A maneira greco-romana de ver o mundo tem um problema. Apesar de pressupor a atuação humana, já que o progresso do homem implica o da *polis*, a relação se põe sob pautas rígidas da ética, que deve ser buscada pelo homem público. A política faz parte da ética, já que esta tem por fim realizar o bem comum e não é possível o bem fora dos padrões éticos, segundo concepção aristotélica. Tanto que, ao lado dos governos politicamente (eticamente) “perfeitos”, existem suas degenerações: democracia x demagogia, por exemplo.

Para Maquiavel, entretanto, o fim da política é a conquista e/ou a manutenção do poder (MAQUIAVEL, 1995, p. 113). Por essa razão, afirma: “não se importe o príncipe, ainda, de incorrer na infâmia daqueles vícios sem os quais dificilmente possa salvar o Estado” (Idem, p. 102).

Nesse contexto um novo homem se faz necessário. Nenhum dos modelos anteriores pode satisfazer as necessidades que a história impõe.

Na realidade, o homem que consegue se impor na história é, na realidade, em regra, uma degeneração e não um ideal de perfeição humana, nos moldes clássicos. O que prevalece na condução da *polis* ou da *res publica*, normalmente, são os “discípulos” do centauro Quíron¹, aptos a usar a

¹ Quíron era um centauro – meio homem e meio cavalo – filho de Cronos com a ninfa Filira. A forma híbrida decorre do fato de Cronos ter coabitado com Filira sob a forma de cavalo. Quíron foi adotado por Apolo, que o educou. Sua cultura e habilidade com

lei (razão) – método dos homens – e a força – método dos animais – para estabelecer ou manter o poder. Ambas são violências: a primeira simbólica, a outra efetiva. A lei deve ser utilizada inicialmente, mas a segunda não deve ser descartada, já que pode ser necessária. Como relata Maquiavel (1995, p. 111, grifo nosso):

“Deveis pois saber que há duas maneiras de combater: uma, com a lei, outra, com a força. A primeira é própria do homem; a segunda, dos animais. Como, porém, a primeira muitas vezes não seja suficiente, convém recorrer à segunda. *É portanto necessário a um príncipe saber bem usar o animal e o homem.* Isso foi ensinado aos príncipes de maneira velada pelos historiadores antigos, os quais contam que Aquiles e muitos outros príncipes da Antiguidade foram entregues à tutela do centauro Quíron para que este os educasse, não significando outra coisa o fato de ter-se como preceptor um ser meio animal, meio homem, senão que *a um príncipe é necessário usar uma e outra natureza, pois uma sem a outra não subsiste*”.

O novo homem de Maquiavel é um Centauro, herdeiro de Quíron!

3. Amor ao mundo

O mundo só pode ser objeto de amor por aquele que não desistiu dele e que nele encontra o local apto para realizar sua eternização. O mundo é perene. O homem, efêmero. Apenas no mundo o homem pode-se realizar, perenizar-se. Como salienta Arendt (2008), ao falar da atitude em face da política, “os antigos poderiam tornar-se imortais somente ao juntar algo ao mundo, que continua após a morte”.

Essa realização, no caso de Maquiavel, dá-se no Estado. É lá que a política se de-

a caça, as armas, as artes e a medicina o notabilizou, tanto que passou a ser preceptor de heróis gregos como: Aquiles, Asclépio, Jasão, Hércules etc.

envolve estabelecendo as condições para a realização e determinação do poder.

O amante do mundo não pode ser um devoto preocupado em salvar sua alma. Estes são, na visão de Arendt (2008), “maus para o mundo”. Tais indivíduos podem até iniciar um movimento político apto a tomar o poder, mas sua indiferença com o mundo os levará, necessariamente, para o abandono das técnicas aptas a manter o poder, como o caso de Savonarola², contemporâneo de Maquiavel.

A unificação da Itália, o grande desejo de Maquiavel, não poderia ser ultimada com alguém mergulhado em ideais cristãos, pois estes têm o mundo como efêmero, algo que não permanece, desprezível, logo não vale a pena investir energia, trabalho.

É interessante notar que Maquiavel não é ateu, já que não nega a divindade. No entanto, sua atitude promove um total rompimento entre a política e a religião, antes reunidas pelos laços da ética clássica. Ele estabelece as bases para uma política laica, arrancando-a do seio da ética e da religião, formulando um novo modelo.

Para isso desenha um novo homem, apto a atuar dentro dessa nova categoria.

Não só. Redime o mundo. Recoloca-o como objeto do desejo desse novo homem, que atua com base nessa nova forma de visualizar a dinâmica do poder. Para além dos gregos, Maquiavel transforma em virtude condutas tidas historicamente como vícios, degeneração. Reabilita o Centauro!

Assim, Maquiavel acaba por ser o grande amante do mundo. Assume como humano aquilo que lhe fora dado: o mundo e a sua humanidade plena (razão e força). Com relação ao mundo, conforme anteriormente citado no canto dos Salmos (Sl 115, 16), não o toma como puro ou impuro, mas como apto a ser conquistado.

² Clérigo inicialmente dominicano, depois monge agostiniano, que instalou a República em Florença, no final do século XV. Em seu governo, Maquiavel iniciou suas atividades na chancelaria de Florença. É o precursor do protestantismo. Foi preso e morto por edito do Papa Alexandre VI, em 1497.

E o homem, ser-no-mundo, pode transcender, ao modo dos heróis treinados pelo mítico Centauro Quiron. Ele transcende quando assume sua condição humana. A transcendência está na plenificação da imanência, não sendo algo que vem de fora, mas que flui do homem que assume sua condição de protagonista na condução de sua história.

Nesse contexto, uma nova forma de explicar o poder e sua forma de manutenção necessita ser construída. Uma nova perspectiva para a política, diante de uma nova ética, a da utilidade. Aqui, tudo o que é útil para a conquista e/ou manutenção do poder é virtuosamente louvável.

Assim, é necessário construir um modelo que explique o homem não apenas sob a perspectiva da razão, mas também pela ótica da força. Este modelo explicativo é a política, a partir dos contornos estabelecidos por Maquiavel.

4. Olhar sobre a política

O pensamento de Maquiavel sobre a política é intrigante e tem causado inúmeras reflexões desde sua formulação inicial. Já se denominou o aludido pensador de bufão, demônio, artiloso, maléfico. Seu nome deu origem a um adjetivo de cunho pejorativo notoriamente conhecido: maquiavélico. Atualmente é considerado por diversos autores como gênio. Opiniões tão díspares o tornam um dos pensadores mais fascinantes da modernidade.

Os seus opositores afirmam que ele teve por fim corromper os preceitos da moral clássica e cristã, como assinala Frederico da Prússia em o *Anti-maquiavel* (FREDERICO DA PRÚSSIA, 2009). Tomando essa premissa, passa-se a analisar o que o seu pensamento tem de inovador.

4.1. Premissas e justificação dos opositores de Maquiavel

A aversão a Maquiavel tem por lastro a construção grega de política, capítulo

da ética, que teve em Aristóteles um dos grandes difusores, como já assinalado. Para essa concepção, o governo da *polis*, objeto da política, deveria ter por pauta o bem (ARISTÓTELES, 2008, p. 53).

Partindo da ótica clássica, a virtude deveria ser o guia para a conduta. Ademais, numa perspectiva cristã, a virtude não pode ser uma categoria subjetiva, guardada no coração do homem como luz interior, mas algo que se possa manifestar exteriormente sob a forma de obras. Tome-se, por exemplo, a fé, uma das virtudes teológicas (I Cor 13, 13), que, ao não se manifestar em obras, é morta (Tg 2, 14). Neste passo, a virtude é para o outro. Manifesta-se concretamente. É na comunidade que a virtude e o seu contrário têm existência. Isso já está presente nos gregos.

Outro ponto que se deve levar em consideração é que o poder, nesta concepção, não é o fim da política, mas um meio. O fim é o bem comum. Noutros termos, o exercício do poder é o meio para realizar o bem comum.

Saliente-se que para Aristóteles o poder (potência) é o ato em estado latente. É o vir-a-ser. O poder ainda não é, pode ser (ARISTÓTELES, 1998, p. 158-159). Se o ato é virtuoso, sua forma latente, em potência, não pode ser um vício. Assim, a governança virtuosa decorre de um poder virtuoso.

Dessa forma, o poder que venha a gerar como ato, conduta avaliada como vício, não pode ser, em substância, bom. O vício, em ato, decorre do vício, em potência. Assim, esse tipo de conduta foge do objeto da política, que visa o bem. Não há bem no vício, nessa concepção.

Todo poder que usado tenha por fim a produção de conduta viciada não gera o bem, mas o degenera, corrompe-o. O poder corrompido é rechaçado pela política clássica, que visa o bem comum.

Nessa linha de argumento, tem-se que a categoria poder acaba não sendo central na análise da política. Possui caráter secundário, já que o bem comum é a sua tônica.

O centro está no bem comum. Ou seja, os fins não justificam os meios.

É sob essas premissas que opositores de Maquiavel, como Frederico da Prússia, veem a política.

4.2. *Perspectiva de Maquiavel acerca da moralidade na política*

A abordagem construída por Maquiavel toma a moral clássica como categoria relevante para a vida humana, entretanto, ele não a coloca como determinante para a política. Isso porque, em Maquiavel, a política não tem como objeto central o bem comum, mas a manutenção do poder da *polis*. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte excerto:

“Sei que todos hão de reconhecer que seria coisa muito de louvar o encontrar num príncipe, das qualidades acima enumeradas, as que são tidas como boas. Como, porém, não é possível possuí-las nem evitá-las inteiramente, dada a natureza da condição humana, que o não consente, é necessário ao príncipe ser tão prudente, que possa fugir aos vícios que lhe fariam perder o governo e acautelar-se, se possível, quanto aos que não oferecem tal perigo. Não conseguindo, entretanto, fazer isso, pode, sem atormentar-se deixar que as coisas sigam o seu curso” (MAQUIAVEL, 1995, p. 102, grifo nosso).

Sob esse aspecto, o governante deve estar acima da moral e ser capaz de utilizar sem parcimônia virtudes e vícios aptos a salvar a governança.

A ocorrência do bem comum é circunstancial, logo não é necessária. Não é sequer meta, finalidade. Se ele vier, excelente!

Nesse novo enfoque se cria nova centralidade: do bem comum para o poder. O que era meio torna-se fim.

A mudança de papéis não foi um simples giro, mas total mudança de perspectiva.

A política neste caso passou a ter objeto próprio. Antes, sob o prisma clássico, a política era capítulo da ética, como já salien-

tado, já que visava o bem, no caso, o bem comum. Era mera especialidade. A partir desse momento, a política passa a ter vida própria, autonomia.

É com Maquiavel que esse saber passa a possuir tanto objeto próprio como método. Como o objeto: o poder de governar a *polis*. Como método: a história.

5. *Objeto da política, segundo Maquiavel*

Com relação ao objeto se evidencia a independência com relação à moral, visto que os atos de governança da *polis* podem não ser condicionados pelas pautas da moral clássica e/ou cristã, cujo fim é o bem.

Entretanto, há virtude nessa nova forma de política. A virtude consiste na qualidade da conduta apta a manter o poder e, via de consequência, o controle da *polis*.

Essa nova virtude possibilita ao governante o uso indiscriminado daquilo que a ética clássica denomina de virtude ou de vício.

Ela, entretanto, tem um limite: a prudência, a virtude do sábio. Esta vem a ser a virtude distintiva do governante, segundo Platão (1997, p. 130). Tal virtude funciona como técnica para se avaliar que decisão tomar, sempre lembrando que todo ato decisório é um ato voltado para o futuro.

Entretanto, a visão de Maquiavel não é nada platônica, pois a capacidade de discernir não toma por pauta a distinção entre o bem e o mal, entre o joio e o trigo, em uma visão cristã (Mt 13, 24-30), mas a distinção entre o útil ou o inútil para a manutenção do poder. Aqui o pragmatismo se manifesta de forma determinante.

Uma conduta útil politicamente pode ser eticamente reprovável (MAQUIAVEL, 1995, p. 102). Como adverte Maquiavel (1995, p. 102), a prática de conduta eticamente boa pode levar o príncipe à ruína, como também a prática de conduta eticamente má pode levá-lo à segurança e bem-estar.

A escolha da medida a ser tomada é aquela apta para conservar o poder, seja,

para os padrões clássicos, eticamente boa ou ruim. Aqui, os fins justificam os meios.

Assim, não cabe à ética clássica fixar a pauta da política, segundo Maquiavel, pois esta não deve mais obediência àquela, já que não funciona como sua condicionante.

6. Método na política, segundo Maquiavel

Como já afirmado, o método da política é a história, seja ela recente ou antiga. Ela vem a ser o instrumento para compreender a arte de governar.

Nesse sentido, a lição expressa de Maquiavel (1995, p. 99):

“Agora, quanto ao exercício do espírito deve o príncipe ler a história, e nela considerar as ações dos grandes homens, ver como se conduziram nas guerras, examinar as causas das suas vitórias e derrotas, a fim de poder evitar estas e alcançar aquelas”.

No decorrer de sua obra, procura demonstrar historicamente o acerto de suas construções.

A história servirá de caminho para se verificar os acertos e os erros nas práticas de governança. É pela análise da história que a ciência política indicará as melhores soluções para os problemas atinentes à manutenção do poder em um determinado Estado.

Nesse diapasão, os acontecimentos históricos serão catalogados não sob o prisma do ético e não-ético, mas sob o prisma do útil ou inútil para o fim a que se destinam, ou seja, a manutenção do poder político.

A análise do passado não pode descuidar do presente e do meio em que o governante está inserido. Por essa razão, cabe ao governante ser prudente ao utilizar a conduta apta a mantê-lo no poder.

7. Maquiavel x seus opositores (opiniões conflitantes?)

Até o momento o objeto da discussão foi expor de forma sucinta as ideias que

balizam a visão de Maquiavel e de seus opositores acerca da política. Mas qual a correta? Essa pergunta terá a seguinte resposta: as duas. Cada uma, em sua perspectiva, respeitado o ponto de partida, está correta. Ambas respondem a visões distintas da política. Como visto, enquanto uma tem o *bem comum* como objeto da política, a outra toma o *poder e a sua manutenção* como o objeto desse saber.

A visão distinta de objeto levará os partidários da política clássica a analisá-la como ciência ideal. Algo que deveria ser, no plano perfeito. Por sua vez, a análise de Maquiavel preocupa-se com o que é, no mundo dos homens.

O problema se dá quando se utiliza uma concepção de política para aferir a perfeição ou não de outra visão de política. Foi o que Frederico da Prússia fez: usou seu padrão greco-romano-cristão de política para julgar uma nova visão do fenômeno. Realmente, sob o padrão clássico, as construções teóricas de Maquiavel são degeneração. Com isso, a assertiva de que Maquiavel tenha corrompido a política seria perfeita se ele tivesse utilizado o padrão clássico para fundar sua teoria. Não o fez!

Qual o erro dos opositores de Maquiavel? Responde-se: o erro está na forma como a crítica foi veiculada. A boa crítica é aquela que, partindo das premissas eleitas pelo sistema a ser criticado, verifica sua consistência e sua coerência. Noutros termos, a boa crítica deve-se dar de forma intrassistêmica. Ambos os personagens estão a falar de política, mas a política referida por Frederico da Prússia não é a mesma categoria tratada por Maquiavel. Semanticamente, são distintas.

Como a política tratada por Maquiavel tem premissas distintas da política defendida por seus críticos, afirmações como a de Frederico da Prússia caem em um vazio semântico. Assim, por não se referir à política clássica, Maquiavel não a destrói ou a corrompe. Na realidade, Maquiavel cria uma nova ciência, desatrelando a política

da ética, como restou demonstrado, além de libertá-la do rígido padrão moral cristão, que nada mais é que uma reescritura da moralidade greco-romana.

A nova ciência delineada a partir da construção de Maquiavel tem que ver com o surgimento do novo mundo e do novo homem, que começa a se delinear no final da Idade Média e tem sua coroação na modernidade.

8. *Notas conclusivas*

A determinação do homem em buscar no mundo sua realização acaba por demarcar uma visão nitidamente humanista desenvolvida por Maquiavel. Ele coloca no homem as chaves para sua própria realização.

A reabilitação do mundo só se torna possível a partir da construção de um novo homem. Este é capaz de, no ambiente político, usar a razão ou a força para conquistar ou para manter o governo. Como salienta Maquiavel (1995, p. 112): “a parábola desse professor semi-humano, semi-animal, adverte que um príncipe deve saber usar as duas naturezas, e que qualquer uma delas, sem a outra, não é duradoura”.

Esse novo homem não é um super-homem, mas um indivíduo apto a realizar suas potencialidades no exercício e conservação do poder.

Nesse contexto, tem-se que apenas mergulhado no mundo é possível ao homem transcender. Transcendência na imanência. Isso se dá porque a perenização do homem não ocorre por interferência divina, no plano astral, como produto do abandono ao mundo, mas como atitude voltada para o mundo, assumindo-o como seu e apto a ser moldado segundo a força e a razão do novo homem, o Centauro.

Para tanto, fez-se mister construir uma nova ciência, cujo objeto é o poder. Ele não corrompeu a política, como afirmam seus opositores. Na realidade, construiu um novo modelo apto a explicar o fenômeno

do poder político com base em um novo método, a história. Essa preocupação não era o centro da análise clássica da política que tinha por objeto o bem comum, sendo um capítulo da ética.

Além disso, as categorias da moral não foram fustigadas. Pelo contrário, foram até enaltecidas (MAQUIAVEL, 1995, p. 102). Entretanto, em uma análise da história humana e não dos deuses (se é que esta existe, uma vez que Deus existe além do tempo), percebeu-se que a prática das virtudes clássicas muitas vezes se mostrou ineficaz para a manutenção do poder.

Nesse diapasão, se a política tem por objeto o poder e a sua manutenção, o uso das virtudes clássicas só será enaltecido quando elas forem capazes de conservar o poder. Quando não, dispensa-se a virtude e utiliza-se o seu contrário. Cabe à política conferir ao governante os meios aptos a conservar o poder.

A virtude que norteia a arte da governança é a prudência, mas não nos moldes clássicos. Ela é quem ditará, mediante análise da história e da realidade social, qual o melhor meio para atingir e para conservar o objetivo da política, o poder. Este meio pode ser virtuoso (nos moldes clássicos) ou não. O importante é que seja útil para o fim a que se destina. Essa é uma vertente pragmática da política, como saber autônomo.

Em nenhum momento Maquiavel atacou os preceitos morais. Não fez elogio ao vício. Não montou um sistema para a moral, mas para a política, como saber autônomo. Apenas verificou e demonstrou que a política, nos moldes que construiu, não está subordinada aos rígidos padrões da moral cristã. A política não cabe nas quadras da moral clássica. É uma ciência para os que amam o mundo.

O ataque à moral cristã, entretanto, foi *indireto*, pois, com as construções de Maquiavel, demonstrou-se que aquela não era capaz de dar resposta às práticas políticas, máxime do poder, que, nas Idades Média

e Moderna, decorria de Deus, pelo menos no Ocidente. Aqui o problema. Se o poder emana do Deus cristão, sua conservação deveria ter por pauta a moralidade cristã. A negativa de Maquiavel quanto ao uso da moralidade clássica na política acaba por colocar em xeque a origem divina do poder, concepção então vigente, já que se fazem necessárias condutas qualificadas como más para manter o poder que veio de Deus cristão, que é bom. Noutros termos, o bem se servindo do mal. É de perceber o quão difícil é aceitar tal constatação, máxime em um mundo que era dominado pelo determinismo religioso.

Por essa razão, a concepção de Maquiavel não atinge a moral diretamente, mas a religião e o modelo de mundo até então vigente.

Repise-se. Malgrado o que ficou assentado no parágrafo anterior, demonstrou-se o equívoco dos opositores de Maquiavel, já que ele não corrompeu a política nem teve em mira destruir os preceitos da moral cristã. Na realidade, construiu um novo modelo de política livre dos ditames da moral greco-romano-cristã. Mais. Maquiavel construiu uma ciência apta a explicar a política para aqueles que são do mundo e desejam moldá-lo. Para aqueles que tomam o mundo como ritual de passagem, essa

política não serve. Por essa razão, a assertiva de Hannah Arendt (2008) ecoa como um elogio a um dos grandes pensadores da modernidade. De fato, Maquiavel verdadeiramente amou o mundo.

Referências

ARENDRT, Hannah. *Notas sobre Política e o Estado em Maquiavel*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 maio 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Pedro Constantin Tolens. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. *Metafísica*. Tradução Francisco Larroyo. 13. ed. México: Porrúa, 1998.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico. 57. ed. São Paulo: Ave Maria, 1987.

ESPINOSA, Baruch de. *Ética*. Tradução Marilena de Souza et al. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. (Coleção Os Pensadores).

FREDERICO DA PRÚSSIA. *O anti-maquiavel*. Disponível em: <<http://maltez.info/biografia/Obras/frederico%20II%201739.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1995.

PLATÃO. *República*. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

Empresários e transição democrática

Os interesses de classe na Constituinte de 1987/1988

Ben-Hur Rava

Sumário

1. Introdução. 2. O papel dos empresários na vida política nacional: a transição do regime militar-autoritário para a Nova República. 3. A participação dos grupos empresariais no processo constituinte. 4. Conclusão.

1. Introdução

Com a redemocratização do país, após duas décadas de regime militar, era preciso eliminar o entulho autoritário das leis produzido no período. Tornava-se urgente a convocação de uma Assembleia Constituinte, e dar ao Congresso Nacional, eleito em 15 de novembro de 1986, poderes para elaborar uma nova Constituição da República.

Em 1º de Fevereiro de 1987, o Congresso Constituinte foi instalado. No dia seguinte, o deputado Ulysses Guimarães, do PMDB de São Paulo, foi eleito seu presidente. Em torno do Congresso, 15 mil populares manifestaram-se em clima de festa e reivindicação. Ainda em fevereiro, foi decidido que os trabalhos constitucionais seriam divididos entre oito comissões temáticas. Uma comissão de sistematização ficaria encarregada de formatar o projeto preparado por cada comissão. O relator dessa comissão era o senador Bernardo Cabral, do PMDB do Amazonas.

A discussão do tempo de mandato presidencial, os direitos trabalhistas, a reforma

Ben-Hur Rava é doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (UFRGS), Mestre em Direito Público (UNISINOS), especialista em Ciência Política (PUCRS), professor do Curso de Direito da UNIVATES e Advogado em Porto Alegre.

agrária em terras produtivas, o sistema de livre iniciativa (economia de mercado), a função social da propriedade, entre outros, foram os temas que provocaram maior polêmica nos trabalhos constituintes. O texto foi votado em dois turnos e, finalmente, aprovado em Plenário em 22 de setembro. Vinte meses depois do início, na tarde de 5 de outubro de 1988, foi promulgada no Plenário do Congresso, em Brasília, a sétima e atual Constituição brasileira.

O processo constituinte encerrou o período de transição do regime militar autoritário para o regime democrático. Nesse processo, foram protagonistas diversos segmentos sociais, com destaque político, social e econômico. Entre eles, citamos a classe empresarial que é analisada neste estudo.

Os grupos empresariais foram, desde muito cedo, os protagonistas, ao lado do Estado, da construção do nosso capitalismo modernizante. Desde a segunda metade do século XIX, os nichos de atividade empresarial ganharam fôlego, mas, com o advento do momento republicano, eles passaram a ter um papel decisivo. Foram os empresários, principalmente urbanos e vinculados ao nascente processo de industrialização brasileira, que, ao se aliarem à classe política, auxiliaram a desenhar o projeto de desenvolvimento nacional. É certo que, em muitos episódios da vida nacional, essa aliança teve um custo político e econômico. Um desses custos foi, em alguns momentos, a sustentação, por parte dos grupos empresariais dos regimes autoritários, como ocorreu em 1937 com Getúlio Vargas e, depois em 1964, com os militares. Todavia, as classes empresariais, imbuídas do autointeresse, lograram dar a volta e acompanhar o processo de transição democrática.

O objetivo deste artigo é realizar uma síntese dessa trajetória e assinalar alguns traços dos pressupostos político-ideológicos do comportamento dos grupos empresariais no processo de transição pós-64 e

que culminou com a defesa intransigente de seus interesses econômicos e de classe na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

2. O papel dos empresários na vida política nacional: a transição do regime militar-autoritário para a Nova República

O processo de redemocratização, a par de ter afirmado a garantia da estabilidade institucional, por meio da competição política aos partidos legalizados e reformados em seus conteúdos programáticos, trouxe junto de si a promessa da estabilidade econômica, capaz de induzir ao crescimento e à distribuição de renda no país. Nesse particular, parece que o sucesso da democracia política dependia, em larga medida, do sucesso da democracia econômica e social (CRUZ, 1997, p. 93).

Nesse sentido a perspectiva de reunir diversos atores em torno de um projeto nacional, em que fossem soldadas as bases da repactuação política, econômica e social, não podia esquecer a importância da classe empresarial, como um dos vetores da elite dirigente e capaz de direcionar o viés econômico, articulando as condições de desenvolvimento nacional. Como burguesia nacional, os interesses empresariais sempre estiveram presentes na construção dos caminhos políticos da modernidade capitalista brasileira. No período republicano, a sua participação remonta à década de 1930 quando, aliada ao ideário varguista, abraçou o projeto de desenvolvimento nacional, impulsionado pelas políticas rentistas e distributivistas do nosso *welfare state* tupiniquim.

Analisando o conturbado processo político brasileiro, sob a perspectiva da participação corporativa, não se pode desprezar que os grupos empresariais, atendendo aos seus interesses de classe, tanto são decisivos no apoio aos episódios autoritários quanto no processo de redemocratização. Foi assim com Vargas, foi assim

com o regime militar-autoritário pós-64. A atuação de influentes líderes empresariais, tanto à frente de suas empresas quanto de organizações classistas, pôde tanto empolgar e legitimar o fechamento do regime político, sustentando-o à medida que seus interesses tinham correspondência com a política econômica, quanto apoiar a queda de governantes, alinhando-os aos reclames democráticos.

As razões desse comportamento estão na singela observação da lógica da ação individual do *homo economicus* e tem, na articulação das preferências individuais, as regras que estão subjacentes, de modo comparativo ao processo de funcionamento do mercado. O autointeresse econômico é decisivo no comportamento dos empresários, talvez mais do que o seu próprio posicionamento político individual. Esse só cede, talvez, quando essa ação individual se transforma em lógica da ação coletiva – a própria atuação corporativa – em que os interesses do grupo são maiores ou mais fortes e pulverizam a ação isolada.

Com o fim do regime militar-autoritário pós-64, a trajetória foi idêntica. A adesão dos grupos e lideranças empresariais ao projeto de abertura, e consequente redemocratização política, começou em meados da década de 1970 quando se acentuou a chamada crise do Estado, identificável, entre outros fatores, pela profunda crise fiscal. O atendimento das demandas sociais via implementação de políticas públicas não conseguia mais levar a efeito um sistema redistributivista. Além disso, o peso da estrutura estatal estava comprometendo todos os resultados econômicos positivos herdados do período do “milagre econômico” (1968/1974). Essa posição começou a ganhar forma, no período de 1974-1976 com a mobilização dos empresários e suas entidades representativas em torno da crítica à “estatização” (CRUZ, 1997, p. 95). Na verdade, ainda que houvesse uma campanha, muitos empresários não aderiram com convicção, chegando alguns a ser fran-

camente contrários a ela. Isso reforça a ideia de que a pregação ideológico-discursiva de maior “liberdade” de mercado tornava-se contraditória ou inefetiva na medida em que não havia as condições materiais para a “liberdade” política no país.

Paulatinamente, o avanço da oposição – o seu sucesso eleitoral em 1976 – e o aumento das crises no governo do regime militar-autoritário acentuaram a contradição entre capital e trabalho, o que tensionou as relações políticas, mais do que as econômicas. Notava-se a busca de uma maior organicidade na classe empresarial como já começara a ocorrer no movimento sindical. Segundo Cruz (1997, p. 98-101), há uma série de fatores, dignos de referência, que induzem a esse comportamento politizado da classe empresarial: a) a diversificação de interlocutores; b) a politização do discurso empresarial; c) a explicitação de conflitos intersetoriais; d) as reações ao movimento grevista; e) as mudanças no relacionamento com os economistas.

A pauta de discussão dos empresários, inicialmente com as lideranças governamentais, sobretudo, os Ministros da Fazenda, da Indústria e Comércio e Secretaria do Planejamento, inicialmente girava em torno da alta taxa de juros que tem repercussão no balanço de pagamentos, restrição da política creditícia, entrada de capital externo, pressão inflacionária e política industrial. Mais tarde, os aspectos da negociação salarial e direito de greve serão incorporados à discussão. Aqui é preciso referir que a discussão entre crescimento via investimento externo aliado às altas taxas de juro, subsidiadas pelos empresários do setor bancário, encontrava forte resistência dos empresários ligados ao setor industrial que esperavam um fortalecimento do mercado interno via crédito facilitado para investimentos de médio e longo prazos. Subjacente a isso talvez esteja a própria clivagem encontrável entre a classe empresarial que é fruto de uma visão que também anima a discussão de política

econômica: a posição dos ortodoxos *versus* a posição dos heterodoxos. Da mesma forma que a divisão pode ser encontrável nas categorias de empresários nacionalistas e empresários cosmopolitas. Essas posições eram disseminadas nos diversos escalões governamentais, nas universidades e nas associações empresariais. Não há espaço aqui para um aprofundamento dessa discussão, mas diga-se que nela se encontrava, de forma patente, a luta pela hegemonia ideológica no interior da elite econômica dirigente¹.

Inegável que essa confluência de fatores só foi possível graças ao processo de distensão do regime militar-autoritário propiciado, lentamente, pelos governos Geisel e Figueiredo (MARTINS, 1988, p. 129). A imprensa, principalmente a especializada em economia, teve papel decisivo nesse debate, na medida em que a censura foi afrouxando as amarras institucionais.

Isso possibilitou também que se fosse criando uma unidade discursiva e coesa (guardadas as dissensões pontuais) entre os líderes empresariais, principalmente no que se referia à livre iniciativa e à democracia (CRUZ, 1997, p. 105). O *Documento dos Oito*, resultado da consolidação da opinião dos principais líderes empresariais do país, promovido pela Gazeta Mercantil em julho de 1978, deixava claras essas posições:

“Na qualidade de dirigentes de empresas e, como tal, conscientes da dimensão social e mesmo política de nossa atividade, pensamos submeter nossas idéias ao exame dos vários setores da sociedade brasileira e, em especial, dos homens públicos e do empresariado. Desejamos exprimir nossa concepção sobre os rumos do desenvolvimento econômico, funda-

do na justiça social e amparado por instituições políticas democráticas, convencidos de que estes são, no essencial, os anseios mais gerais da sociedade brasileira. Se, porventura, as opiniões aqui expressas servirem de alguma forma para delinear os caminhos do futuro, acreditamos ter dado, ainda que modestamente, nossa contribuição de cidadãos atuantes (...)”².

Na década de 1980, como ressalta Cruz (1997, p. 106), “um sopro de renovação atinge as entidades empresariais”. FIERJ, FIESP e CNI absorveram novas lideranças com postura mais voltada ao combate das políticas econômicas ortodoxas. Na FIESP, sob a presidência de Luiz Eulálio Bueno Vidigal, uma série de economistas ligados ao PMDB vão compor o Conselho Superior de Economia. A linha adotada foi a de reforço ao discurso desenvolvimentista em franco combate ao discurso neoliberal, que iria estabelecer as bases da transição democrática.

A transição do regime militar-autoritário para o regime democrático, como se sabe, operou-se na linha dos traços históricos característicos que foram descritos por Barrington Moore Junior (1975, *passim*). No entanto, há que se agregar alguns elementos para a compreensão do fenômeno. Um deles que parece residir na base da obtenção de uma coesão gradual à própria liberalização, tanto entre os defensores do regime (no caso brasileiro, os integrantes da “linha dura” e da “linha branda”) quanto entre os membros da própria oposição (O’DONNELL; SCHMITTER, 1988, p. 36). A seu turno, Martins (1988, p. 119) anota: “E esse é precisamente o dilema da política de ‘liberalização’ (abertura): como ‘liberalizar’

¹ Sobre o assunto, ainda que de forma ilustrativa, consulte-se: Karl Marx (1987); Caio Prado Júnior (1966); Florestan Fernandes (2006) e Raymundo Faoro (1992). Essa disputa, acreditamos, com outros contornos é, ainda, presente nas opções econômicas que têm orientado os dois últimos governos brasileiros, seja no interior, seja no exterior do próprio governo.

² Os oito empresários que assinaram o Documento foram: Antônio Ermírio de Moraes, Cláudio Bardella, Jorge Gerdau, José Mindlin, Laerte Setubal Filho, Paulo Vellinho, Paulo Villares e Severo Fagundes Neto. O material, na íntegra, está disponível na *internet*, no site do *Fórum de Líderes*: http://www.lideres.org.br/telas/documentos/default.asp?id_interno=1.

e, ao mesmo tempo, bloquear uma oposição que propõe políticas distributivas e sociais imediatas incompatíveis com o modelo vigente”.

A transição implicava, em certo grau, continuar recebendo o apoio dos setores empresariais que aderiram ao regime militar-autoritário em troca de “benefícios econômicos como substitutos de liberdades políticas” (O’DONNEL; SCHMITTER, 1988, p. 36). Diante das crises econômicas da década de 1980, em diante, fruto da situação econômica internacional, era preciso mudar a moeda de troca. A liberdade política deveria ser a base para as mudanças na condução econômica, com a substituição de uma opção tecnocrática por uma opção negociada na arena legislativa que, via partidos, oferecesse sustentação aos governos futuramente eleitos.

As eleições de 1982 para Governadores estaduais deram uma vitória a dez partidos de oposição nos Estados mais politizados e desenvolvidos da Federação, que correspondiam a 62% do eleitorado e 75% do PIB. Nas eleições legislativas, a oposição (PMDB, PDT, PT e PTB) obteve vantagem de 48,0% contra 36,6% do PDS (MARTINS, 1988, p. 130). Os elementos do meio empresarial anteviam maior perspectiva política na oposição: os “novos”, talvez por crença modernizadora e opção ideológica, e os “velhos”, pela tradição de refazer as bases de sustentação de um novo regime que sempre depende da aliança da burguesia detentora de capital para o custeio da própria transição. Sem dúvida alguma que a situação política instável e a cumulação de crises econômicas acelerou o processo de transição. Martins (1988, p. 134) afirma:

“Embora a dimensão econômica *não* tenha sido um elemento importante da decisão de ‘liberalizar’ o regime, é provável que dará forma ao resultado final do processo de liberalização. Nesse sentido, pode-se formular a hipótese de que uma crise econômica de grande magnitude pode desempe-

nhar um papel análogo (embora não equivalente) ao que teve em outros países a derrota externa, enquanto catalisador da liquidação do regime autoritário. A razão para isso é que as promessas econômicas do regime, uma vez frustradas, aparecem como uma derrota interna, dada a função legitimadora que desempenhavam. Certamente, no caso brasileiro, a crise econômica (e a desastrosa má administração da economia) contribuiu, mais do que a oposição política organizada, para o equilíbrio instável em que o regime ora se encontra”.

Ocorre que esse processo de transição (pacto) foi a toda prova “negociado” (ou “renegociado”) no sentido em que é encontrado na obra de O’Donnel e Schmitter sobre as transições dos regimes autoritários. Diz O’Donnel e Schmitter (1988, p. 67):

“Um pacto pode ser definido como um acordo explícito mas nem sempre publicamente explicado ou justificado, entre um conjunto de atores, na busca de definir (ou redefinir) regras cujo sentido orienta seu comportamento político com base em garantias mútuas relativas aos ‘interesses vitais’ dos participantes no pacto. Alguns pactos incluem uma data predeterminada de finalização, enquanto outros dependem da contínua renegociação do consentimento das partes. Em qualquer caso, com frequência os pactos são considerados inicialmente soluções temporárias destinadas a evitar resultados preocupantes e, talvez, a sedimentar o caminho para acordos de caráter mais permanente para a resolução de conflitos”.

O’Donnel e Schmitter (Idem, p. 82) chamam atenção para a negociação nestes termos:

“No núcleo de um pacto reside um compromisso negociado, nos termos do qual os atores concordam em deixar de lado, ou em subutilizar,

sua capacidade de infligir danos uns aos outros, mediante a extensão de garantias de que não ameaçarão reciprocamente as autonomias corporativas ou interesses considerados vitais pelas partes”.

Essa transição iria concluir-se e consolidar com o processo constituinte de 1987/1988, onde os grupos políticos, econômicos e sociais buscaram influir decisivamente na construção de canais que garantissem seus compromissos ideológicos e de classe, de acordo com as regras do jogo democrático. Tratava-se de operar a “institucionalização” dos direitos de representação e mecanismos de negociação para aperfeiçoar o papel das associações de classe, como referem O’Donnell e Schmitter (Idem).

Na visão das classes empresariais, a institucionalização passaria por arranjos que permitissem consolidar um novo processo de acumulação capitalista conforme os pródromos de um liberalismo voltado para o mercado e não de uma estrutura capitalista coordenada pelo Estado que demonstrou estar desgastada ou combatida pelo fracasso das políticas *welfaristas* e as precárias condições de financiamento das políticas públicas. Os grupos empresariais estavam imbuídos de que a liberalização política e econômica poderia constituir a base de um novo desenvolvimento a partir do mercado. Reformar o Estado por fora e por dentro era a tarefa institucional. Internamente seria preciso rearticular as bases da estrutura governamental, passando pela redefinição do papel do Estado e sua atuação; externamente, a tarefa seria de construir as bases da interlocução com a sociedade civil organizada com vistas à maior participação que garantisse legitimidade à fase democrática.

Para as classes empresariais e outros setores da burguesia nacional, isso se daria à medida que se pudesse, após a transição negociada, criar um ambiente de liberalização da economia, pela adoção de

alguns princípios de natureza ideológica e pragmática, como se viu na articulação desses grupos na Assembleia Nacional Constituinte.

3. A participação dos grupos empresariais no processo constituinte

A redemocratização brasileira pode ser dita consolidada em dois momentos sucessivos: a eleição de um civil para a Presidência da República, em 1985, e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte para reescrever a nova ordem jurídico-política e institucional.

A grande perspectiva de esperanças depositadas no governo Sarney era sintomática de um momento de transição. Contudo as esperanças eram maiores do que a legitimidade política que embasava o primeiro governo civil depois do longo período em que durou o regime militar autoritário (1964/1985). Essa esperança provinha, de certo modo, da grande mobilização popular que cercara o movimento pela realização de eleições diretas para Presidente da República, conhecido como “Diretas Já”, e que estava condicionada à aprovação do Projeto de Emenda Constitucional (Emenda Dante de Oliveira)³. A alternativa à oposição foi submeter o seu candidato, Tancredo Neves (PMDB), com apoio dos dissidentes do regime, vinculados ao partido que lhe dera sustentação (PDS) ao Colégio Eleitoral⁴. Essa dissidência se cristalizou na Frente Liberal que, unida ao PMDB, formou a Aliança Democrática e acabou por escolher José Sarney como candidato a Vice-Presidente na chapa oposicionista.

³ Apesar de todo apoio popular, a emenda constitucional foi a Plenário no dia 25 de abril de 1984, obtendo o seguinte resultado: 298 deputados votaram a favor, 65 contra, três abstiveram-se e 113 parlamentares simplesmente não compareceram ao Plenário. Seriam necessários mais 22 votos, que somariam dois terços do total, o que inviabilizou a emenda.

⁴ Tancredo Neves, então governador de Minas Gerais, derrotou o candidato do governo Paulo Maluf (PDS) por 480 a 180 votos.

Com a vitória da Aliança Democrática, estava encerrado o regime militar autoritário e seria empossado Tancredo Neves como o primeiro presidente civil após 21 anos. Mas isso nunca aconteceu. Na madrugada do dia da posse, em 15 de março de 1985, Tancredo Neves, acometido de um problema estomacal (que depois foi caracterizado como diverticulite aguda), foi internado no Hospital de Base de Brasília, sendo logo transferido para o Hospital das Clínicas de São Paulo, onde viria, depois de longa agonia, a falecer em 21 de abril daquele ano.

Assim foi empossado, em seu lugar e, depois com sua morte, mantido no cargo de Presidente da República, José Sarney. Os compromissos de Sarney com a Aliança Democrática e a expectativa de todos aqueles que lutaram contra o regime militar autoritário e, ao mesmo tempo, por um Brasil soberano, democrático e com igualdade social, andavam no sentido de se estabelecer uma correlação de forças políticas e sociais que garantisse a transição e o estabelecimento da “Nova República”, com significativos avanços sob o ponto de vista político, mas com estreito alcance sob o ponto de vista social e econômico.

José Sarney lançou mão de três estratégias para adquirir a legitimidade política ao longo do primeiro ano de seu mandato tendo em vista a conjuntura difícil: o apoio dos militares, a convocação da Assembleia Constituinte e o Plano Cruzado (LAVORATTI, 2005). A ascensão dos movimentos sociopolíticos garantiu a legalização dos partidos comunistas clandestinos – não incorporados ao pluripartidarismo do início da década de 1980 –, da UNE e das centrais sindicais CUT e CONCLAT, além da confirmação das eleições diretas para presidente e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte com o propósito de elaborar uma nova Carta Constitucional.

Como dissemos, acima, a esperança no novo governo era maior do que a legitimidade política que o sustentava. Segundo Kinzo (2001, p. 7):

“Como consequência, além de a Nova República como passou a ser chamado o restabelecimento do governo civil ter resultado de um acordo entre setores moderados da oposição e dissidentes do governo, sem o respaldo do voto popular, com a morte de Tancredo um outro complicador iria se antepor à democratização. Significava que a Nova República nascia sob circunstâncias bastante frágeis, especialmente para um presidente que teria de enfrentar uma crise econômica e social que se avolumava. Assim, Sarney tomou posse sem um plano de governo propriamente dito e com um sério déficit em legitimidade: uma figura política marcada por anos de vínculos com os militares, que assumia o poder sem o respaldo das urnas e que não era das fileiras do partido que esperava desta vez governar o PMDB. Estes fatores dificultaram sua administração, que ficou vulnerável a todos os tipos de pressão desde as forças políticas heterogêneas que compunham seu governo (cada uma tentando aumentar sua influência) até os partidos de oposição e os setores organizados da sociedade civil demandando pronta democratização em todos os sentidos do termo”.

É nesse contexto que se instalaria a Assembleia Nacional Constituinte. Na ótica das classes empresariais, um novo padrão de desenvolvimento capitalista, mesmo periférico e associado, consistia em elaborar um “projeto viável”. A viabilidade do projeto estava em remover as barreiras da ação estatal e do fluxo da própria economia, definindo as bases sobre alguns temas de grande destaque: capital estrangeiro, dívida externa, capacidade de gasto do Estado, investimento público, reformas sociais (previdência e tributária) e de infraestrutura básica (privatizações) (CRUZ, 1997, p. 112).

Muito embora seja um lugar comum de que os partidos brasileiros não têm identidade ideológica, operam na base do clientelismo e seu enraizamento social é fraco, as eleições legislativas de 1986 oportunizaram às classes empresariais uma representação partidária com vistas a influir diretamente no processo constituinte.

Analisando o resultado eleitoral de 1986, vemos que se tratava de consolidar o projeto de “coalizão ampla e heterogênea” (LAMOUNIER; MENEGHELLO, 1988, p. 87) que havia operado a transição e levado a Aliança Democrática ao poder. O destaque ficava por conta dos dois partidos de sua base de sustentação: o PMDB e o PFL. Conforme Rodrigues (1987, p. 25): As eleições para a Assembleia Nacional Constituinte resultaram, no que tange ao legislativo federal (Câmara dos Deputados e Senado), num quadro inédito na variada e sofrida história dos sistemas partidários brasileiros. Na Câmara Federal, um só partido, o PMDB, abocanhou 53% dos lugares. O segundo partido, o PFL, ficou com 24% do total de parlamentares. No Senado, dos 72 senadores, 45 estão no PMDB (63% do total) e 15 no PFL (21%). Os dois partidos que formam a ‘situação’ dispõem, assim, de aproximadamente dois terços do Con-

gresso, sobrando o outro terço para ser dividido entre uma fragmentada ‘oposição’, composta por dez partidos, entre os quais, o PDS, o mais forte deles, possui apenas 7% do total de parlamentares (33 deputados e sete senadores).

Do ponto de vista da classe empresarial, a representação era mais fluida, repartindo-se entre os dois grandes partidos e por outros menores, inclusive na oposição. Pode-se dizer, em que pesem as várias classificações (RODRIGUES, 1987, p. 98), tomando em conta o perfil ideológico dos constituintes, que a sua feição era de centro com ligeiro equilíbrio entre o centro-direita e o centro-esquerda. Na tabela abaixo, resultante de pesquisa da Folha de São Paulo, os próprios constituintes se autodefiniram da seguinte forma:

Composição Ideológica dos Constituintes na ANC em 1986 (Autodefinição)

Extrema direita	-
Direita	1%
Centro-Direita	5%
Centro	36%
Centro-esquerda	40%
Esquerda	13%
Extrema esquerda	1%
Não responderam	2%
Outras respostas	2%
Total	100%

Fonte: Leôncio Martins Rodrigues (1987, p. 99).

Esse equilíbrio de forças pelo centro-esquerda e centro-direita caracterizava a heterogeneidade de possibilidades na construção da nova ordem constitucional. Quaisquer dos grupos, não tendo a maioria, principalmente tratando-se de maioria qualificada para as votações que tratavam da inovação constitucional, estavam forçados a valer-se da via negociada para impor suas demandas na arena política.

Composição Partidária da ANC em 1986

Partidos	Número	%
PMDB	302	54,0
PFL	133	23,8
PDS	38	6,7
PDT	26	4,6
PTB	19	3,4
PT	16	2,9
PL	7	1,3
PDC	6	1,1
PCdoB	6	1,1
PCB	3	0,5
PSB	2	0,4
PMB	1	0,2
Total	559	100,0

Fonte: Cálculos baseados em listagens do Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

O grupo de centro-esquerda teve a primazia, com apoio dos grupos de esquerda e extrema-esquerda, embora desprezível, e do movimento popular (sindicatos, Igreja progressista, organizações sociais, estudantes), e conseguiu, num primeiro momento, impor um perfil mais interventivo de Estado, que afirmava os compromissos com a ordem social, como as questões trabalhistas, sindicais e de solidariedade. Na parte econômica, atrelava a atuação do Estado aos monopólios e à propriedade pública dos meios de produção em setores decisivos da economia.

Os grupos empresariais tiveram, quase sempre, a articulação unificada, mas em alguns momentos desviaram-se do programa hegemônico devido à dispersão individual de alguns constituintes. Foi preciso recompor a sua base para frear as propostas mais progressistas. Nesse particular, a sua articulação interna na Assembleia Nacional Constituinte, na fase mais decisiva do processo, deu-se pela criação de um bloco parlamentar, chamado Centro Democrático – logo denominado de Centrão. Ali, alojavam-se deputados e senadores de feição conservadora que investiram forte na sustentação das teses pró-empresariais, impondo-se em votações importantes nas subcomissões e na própria Comissão de Sistematização, como o mandato do Presidente Sarney que foi estendido para cinco anos, a questão da reforma agrária, o papel das Forças Armadas.

Diante da fragilidade partidária (embora existente um grupo de partidos conservadores) e de um sistema político fragmentado (além da atuação nacional, a atuação regional e setorial), a estratégia política empresarial buscou também uma colaboração com segmentos sociais próximos às suas ideias hegemônicas: Forças Armadas, Igreja conservadora, etc. que lhes respaldassem a atuação (DREIFUSS, 1986, p. 286).

A atuação unificada do bloco empresarial, apostando na divisão dos partidos

à esquerda (reformistas do PMDB e PT-PDT-PSB-PV), procurou margem no PDS-PFL-PTB e PMDB conservador. Atomizar as propostas reformistas, dividindo sua coesão entre as esquerdas, e fortalecer o discurso de unidade ideológica liberal, pró-desenvolvimento pareceu ser o carro-chefe da campanha constituinte de 1987/1988. Velhos e novos conservadores (civis, militares e integrantes das classes rurais) puderam agregar certa base social e travar o avanço progressista. Talvez a única estratégia que não tenha logrado êxito foi a tentativa de incorporação de uma base sindical conservadora (União Sindical Independente – USI, que operou desde 1985) como forma de se contrapor à Central Única dos Trabalhadores – CUT (Idem, p. 287).

Na verdade, a discussão e a afirmação dos pontos de vista passavam por uma velha dicotomia no sistema de classes brasileiras proveniente da década de 50: os nacionalistas e os cosmopolitas (internacionalistas). Os primeiros, vinculados a um ideário e projeto de desenvolvimento nacional voltado para a identidade e autonomia nacional, reconhecendo na estrutura do Estado uma diretriz fundamental; e os outros, reconhecendo a lógica capitalista contemporânea, não abrindo mão da inserção internacional e da defesa dos interesses dos grupos multinacionais aliados.

Como dissemos, o problema para as propostas empresariais é que o Centrão não conseguia uma unanimidade em várias questões, deixando-se arrastar por interesses particularizados e trocas clientelistas de ocasião, no balcão das negociações políticas. Isso favorecia o grupo de centro-esquerda que conseguia furar o cerco e impingir-lhe algumas vitórias nas votações. Foi preciso que os empresários se articulassem para garantir a coesão interna e unidade de ação nos movimentos parlamentares do Centrão (DREIFUSS, 1989, p. 230).

Aqui, neste particular aspecto, não se pode deixar de tecer alguma consideração

sobre este fenômeno e a relação de fragilidade dos partidos políticos com representação na Assembleia Nacional Constituinte. Ressalvados os partidos de forte vinculação ideológica e coesão programática, como os de extrema-esquerda e esquerda, os demais se conduzem na esteira da volatilidade e dos interesses difusos (de classe, de grupos, territoriais e geográficos e pessoais). Isso tem sido fruto de um longo processo histórico que se acentua em momentos de autoritarismo. Camargo e Diniz (1989, p. 15) dizem:

“Diante da baixa capacidade de agregação do sistema partidário, observou-se uma dispersão das demandas dos diferentes grupos sociais. (...) As pressões irradiadas da sociedade tenderiam a alcançar o sistema político sob a forma de demandas corporativas na falta de uma instância capaz de integrá-las em plataforma mais abrangente. Esta tendência refletiu-se na dinâmica do processo constituinte”.

Diniz e Boschi (2000, p. 16), ao fazerem uma análise empírica sobre alguns dados da origem dos empresários no legislativo brasileiro, no período da década de 80 e da transição, fazem a seguinte observação sobre as mudanças levadas a efeito:

“o momento imediatamente pós-constituinte um ponto de inflexão, quando se passa de um quadro marcado por alta mobilização social e política, participação crescente, fortalecimento organizacional da sociedade e expectativas de inclusão social pela via de garantias de direitos de cidadania em expansão para um cenário mais restritivo, caracterizado por um certo refluxo dos movimentos sociais e da atuação de setores mais organizados da sociedade, bem como pela reversão de expectativas quanto à capacidade do Estado sustentar e promover o desenvolvimento econômico”.

*Empresários na ANC de 1986
(legislatura 1987-1991)*

Empresários da indústria e finanças	26	5,3%
Empresários de serviços diversos e de setores não especificados	73	15,0%
Produtores rurais sem atividade empresarial	39	8%
Outras atividades	350	71,7%
Total	488	100%

Fonte: Eli Diniz e Renato Boschi (2000)

Por óbvio que a atuação dos grupos empresariais não se deu somente pela presença de deputados oriundos de seus quadros orgânicos. A atuação das entidades de classe foi articulada e de grande visibilidade na condução do *lobby* perante as Comissões e Sub-Comissões da Assembleia Nacional Constituinte.

Aqui há que se salientar o que os autores identificam como comportamento do empresariado no Poder Legislativo, que é um aspecto ainda muito pouco abordado na literatura política nacional (DINIZ; BOSCHI, 2000, p. 49-73).

Essa postura comportamental está na base da própria origem do corporativismo brasileiro, associado ao liberalismo e suas práticas muitas vezes contraditórias. Como sugere Costa (1991, p. 113),

“arranjos corporativos são fórmulas de institucionalização do conflito entre interesses de classes antagônicas, levando-as ao diálogo ou a regras mínimas de convivência sob a arbitragem do Estado. Entre nós, este arranjo produziu o completo distanciamento das classes que supostamente deveria aproximar”.

A esse respeito, Pereira Rodrigues (2000, p. 3) nos dá conta da importância da participação da sociedade civil, caracterizada na ação dos grupos de interesse:

“Atuando de forma organizada, a sociedade civil desempenha um papel importante na preservação da forma

democrática de governo, monitorando possíveis abusos de governantes e participando na formulação de políticas públicas, sobretudo através de grupos de interesse. Tais grupos de interesse basicamente fazem o *lobby*. Mas não se trata daquele *lobby* que pejorativamente, no Brasil, é imediatamente associado ao tráfico de influência, à imagem da corrupção, ao uso da propina e ao abuso do poder econômico. Muito pelo contrário, nenhuma atividade de *lobby* poderia ser mais legítima do que a exercida por grupos organizados da sociedade civil. Trata-se do que os norte-americanos chamam de 'grass-roots lobbying', ou pressão feita de baixo para cima, do cidadão para o governante, em prol de uma causa comum ou bem público."

Essa tendência pode ser verificada no processo constituinte como uma continuação de um processo que se verificara na organização empresarial desde o início da transição, o que levou alguns autores a identificar nos movimentos classistas organizados aquilo que se pode denominar de neocorporativismo (DINIZ; BOSCHI, 1987, p. 11).

A mobilização liberal na Assembleia Nacional Constituinte foi o episódio de coesão que já vinha tomando forma ao longo do governo Sarney, em decorrência de alguns casos de interlocução da classe empresarial com o governo. A discussão em torno dos benefícios e travas que o Plano Cruzado trouxe à economia foi capaz de articular não só a crítica, mas a apresentação de alternativas aos rumos do próprio plano, o que, em ambiente democrático, trazia certa legitimidade. O que não impediu, entretanto, uma franca rejeição, por parte dos empresários, do Plano Cruzado II, que objetivava a correção dos rumos iniciais, mas ainda mantinha forte controle de preços e pressão fiscal. Outro ponto foi a defesa de seus interesses corporativos perante o governo Sarney,

principalmente no que se refere à política industrial e política de comércio exterior. As entidades empresariais desde 1985 vinham-se mobilizando perante os interlocutores ministeriais para aprovarem medidas que beneficiassem o setor da indústria, seja com crédito, seja com incentivos à exportação, como a sugestão de criação do Conselho Nacional de Política Industrial, que acabou não se realizando (Idem, p. 12).

Está claro, no período de transição política, o interesse vivo dos grupos empresariais em politizar a questão econômica. Diniz e Boschi (1978, p. 191) deixam isso claro quando afirmam:

"O substrato do tipo de argumentação do empresário no que se refere ao aspecto estritamente político de suas reivindicações constitui-se também, a nosso ver, o principal aspecto da campanha recente contra a estatização da economia. Em outras palavras, num debate aparentemente marcado por considerações de ordem econômica, transparecem em seus fundamentos, uma demanda de caráter essencialmente político, que vem a ser a possibilidade do empresário exercer algum controle sobre os rumos do processo de intervenção do Estado na economia".

Essa estratégia foi a base da articulação dos empresários e grupos econômicos que ocorrera na década de 1970. O tema que iria ocupar a Assembleia Nacional Constituinte estava centrado num divisor de águas: estatização *versus* economia de mercado. Essa é uma questão central que se desdobra em diversos aspectos econômicos como o desequilíbrio orçamentário e déficit público, a pressão da carga tributária, o desempenho das empresas estatais e a necessidade de quebra dos monopólios e privatização da maioria dos setores, com exceção do setor energético (DINIZ; BOSCHI, 1986, p. 3 et seq.).

A articulação da classe empresarial se fez representar nos segmentos urbano e

rural. Congregados na União Brasileira de Empresários (UB), a ofensiva sobre a Assembleia Nacional Constituinte concentrava esforços em vários temas de particular interesse econômico e que pudessem controlar o avanço das propostas do movimento popular e progressista. O medo desse grupo organizado era a radicalização dos grupos minoritários naquilo que depois identificariam como “áreas-problema”: a ordem social e a ordem econômica (DREI-FUSS, 1989, p. 183). Na mesma esteira de articulação político-ideológica e com ações concertadas, achavam-se outros grupos urbanos, como o Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), Movimento pela Liberdade Empresarial (MLE), Movimento Cívico de Recuperação Nacional (MCRN), Instituto Liberal (IL), além de lideranças empresariais de destaque. Entre os grupos rurais, atenção era dada à Confederação Nacional da Agricultura (CNA), sindicatos rurais e, especificamente na esteira do processo constituinte, a criação da União Democrática Ruralista (UDR), liderada por Ronaldo Caiado⁵.

O Movimento Nacional pela Livre Iniciativa (MNLI) foi outro exemplo disso. Afirmava em campanha publicitária em rádios, televisões, jornais e revistas o compromisso da classe empresarial com as propostas do livre mercado e das liberdades fundamentais. O *slogan* da campanha era: “O sistema de livre iniciativa é a base da democracia”. O compromisso dos empresários assumia a postura de pregação ideológica, apta a aferir a melhor forma de influir, segundo as regras democráticas, no eleitorado, com relação aos deputados que seriam eleitos em outubro de 1986.

Em síntese, as propostas de caráter genérico, como todo movimento político, assentavam-se nas seguintes premissas:

⁵ Com apoio do movimento sindical, considerado não de esquerda, despontavam Luis Antonio Medeiros, do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, e Antônio Rogério Magri, do Sindicato dos Eletricistas de São Paulo.

a) instituir a democracia fiel ao princípio básico da propriedade privada, essencial ao estímulo e à autossustentação do homem livre; b) definir um conjunto de normas que determinem o sistema de governo para dirigir o país e promover o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade; c) atribuir poderes ao governo para o cumprimento de suas funções, mas estabelecer uma nítida limitação desses mesmos poderes para impedir seu uso arbitrário contra os direitos e as liberdades individuais, princípio básico do Estado de Direito; d) estabelecer um regime fundado na liberdade individual que repouse na economia de mercado e no sistema de livre iniciativa; e por fim, e) determinar a verdadeira separação dos Três Poderes dentro do princípio democrático de que nenhum Poder pode exorbitar de suas funções legais sem que seja efetivamente impedido e limitado pelos outros.

Em palestra proferida na Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, em 08 de novembro de 1985, Vidigal (1986a, p. 95), afirmara:

“Qual deve ser, portanto, a proposta do empresariado, no que se refere à ordem econômica, na Constituição a ser elaborada pela Assembléia Constituinte, que seja capaz de resguardar a iniciativa privada – manifestação da liberdade humana e da condição da liberdade política – e impedir a voraz expansão do Estado? Fundamentalmente, a ordem econômica deve ter por finalidade a satisfação das necessidades humanas, visando a assegurar a todos o bem-estar, devendo ser organizada dentro do respeito à liberdade de iniciativa, à propriedade privada dos meios de produção e aos direitos do trabalhador. A economia deve se organizar segundo as leis de mercado, cabendo preferencialmente às empresas provadas, com o estímulo, o apoio e a fiscalização do Estado, explorar as atividades econômicas. Somente para propiciar

4. Conclusão

o desenvolvimento tecnológico de setor não suficientemente desenvolvido, poderá a União, por lei especial, estabelecer reserva de mercado, por prazo determinado. Quanto à atuação do Estado no plano econômico, ele deverá zelar pelo interesse geral na ordem econômica, cuidando para que sua finalidade, seja alcançada, no respeito aos princípios fundamentais, constantes da Constituição. Caberá à União, por meio do entendimento entre trabalho e o capital, planejar o desenvolvimento econômico nacional e regional (...).”

Esse ideário traduzia as grandes linhas do pensamento empresarial que devia estar em consonância com as reformas pontuais levadas a efeito no texto constitucional. O objetivo era, todavia, mais amplo, qual seja, direcionar o papel do empresariado na atuação política e influenciar o nível das decisões políticas por meio de suas lideranças e das entidades representativas. Isso se reforça em outro discurso de Vidigal (1986, p. 84):

“A própria democracia não é tarefa que caiba apenas a políticos. Embora não seja função específica do empresariado, ele depende da criação de ambiente apropriado à prática democrática. E tal ambiente somente pode ser alcançado através da garantia de bem-estar material e segurança aos cidadãos, do fortalecimento das instituições e do direito à cidadania e à justiça social, valores que, no meu entender, só podem ser atingidos através do regime econômico de livre empresa, do qual o empresariado é o principal fiador (...) Não podemos, contudo, abandonar os esforços que temos empreendido até o momento para ampliar nossa ação. E ampliar a ação empresarial representa, na verdade, a defesa de um plano realista de ação política para a reconquista do terreno para o setor privado (...).”

Não deixa de ser interessante notar que a participação dos empresários na vida nacional não se resume somente à sua atuação nos domínios da economia. Como membros de uma elite dirigente e com demarcados interesses de classe, são capazes de uma profunda articulação política que conduza interesses amplos e também interesses pontuais.

A questão a ser elucidada é: em que medida há uma clareza entre os interesses de classe dos empresários, movidos no âmbito da sua participação política e que possam ser articulados/integrados com os demais interesses nacionais, e de outros grupos voltados a um projeto de desenvolvimento nacional?

O que se tem notado, a partir do processo de transição do regime militar-autoritário, é o destaque protagonista dos empresários na vida nacional, deixando o isolacionismo meramente tecno-econômico para uma imersão na cena política. A trajetória da reconstrução democrática trouxe os grupos empresariais para a berlinda da disputa política de duas maneiras bem destacadas: por um lado, articulando preferências aos grupos ideologicamente identificados com seus projetos, passando a desempenhar interesses na competição eleitoral, malgrado a fragilidade partidária e os déficits do sistema eleitoral e, por outro, atuando diretamente na defesa desses mesmos interesses, por meio da organização corporativa e institucional das suas associações de classe.

Tentamos, resumidamente, demonstrar neste trabalho que essas duas funções se iniciam com a Nova República e se consolidam a partir do processo desencadeado com a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Foi lá que a classe empresarial se reencontrou com o regime democrático e, em que pese os argumentos e suas posições, foi numa arena de conflitos mediados pela negociação que se estabeleceu um padrão

institucional regado pela Constituição. A partir desse arcabouço jurídico-político-econômico, permitiu-se ao país reingressar num novo padrão de desenvolvimento econômico que, em meio a muitos sobressaltos de natureza ora estrutural, ora conjuntural, tem procurado avançar. E esses avanços só se consolidaram graças ao diálogo dos grupos sociais politicamente engajados, entre os quais, os empresários são partes integrantes.

Podemos avaliar, quem sabe, se os avanços de 1988 foram suficientes ou se falta construir uma base mais sólida no que tange aos aspectos econômicos de nossa sociedade e de nossas opções de modernização capitalista; essa é outra história. A tarefa que está aberta para uma análise mais acurada em outro trabalho de maior fôlego.

Referências

ARTURI, Carlos Schmidt. *O empresariado industrial e a abertura política no Brasil: 1978-1984*. Dissertação (Mestrado) - UFRGS, Porto Alegre, 1989.

BOSCHI, Renato. *Elites industriais e democracia*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo: a desconstrução da ordem corporativa e o papel do legislativo no cenário pós-reformas*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000.

CAMARGO, Aspásia; DINIZ, Eli. *Continuidade e mudança no Brasil da nova república*. São Paulo: Vértice, IUPERJ, 1989.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Empresário industrial e desenvolvimento econômico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

_____. O papel dos empresários no processo de transição: o caso brasileiro. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 9-27, 1983.

_____. *Política e desenvolvimento em sociedades dependentes: ideologias do empresariado industrial argentino e brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

CODATO, A. N. *Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64*. São Paulo: Hucitec, ANPOCS, 1997.

COSTA, Vanda Maria Ribeiro da. Origens do corporativismo brasileiro. In: BOSCHI, Renato (Org.).

Corporativismo e desigualdade. A construção do espaço público no Brasil. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., IUPERJ, 1991.

_____. Ação patronal e corporativismo. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 10/11, p. 119-126, jun./nov. 1998.

_____. *A armadilha do Leviatã*. A construção do corporativismo no Brasil. Rio de Janeiro: UERJ, 1999.

CRUZ, Sebastião C. Velasco. A transição política no Brasil: perspectivas para a democracia. *Cadernos de conjuntura*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 1-3, mar. 1986.

_____. *Empresariado e Estado na transição brasileira*. Um estudo sobre a economia política do autoritarismo (1974- 1977). Campinas: Unicamp, 1995.

_____. Empresariado e transição política no Brasil: problemas e perspectivas. *Textos para discussão IUPERJ*, Rio de Janeiro, n. 22, 1984.

_____. *Empresários, interesses e mercado: dilemas do desenvolvimento no Brasil*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

_____. Empresários, sindicatos e conflito distributivo no Brasil da nova república. *Cadernos de conjuntura*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 1-71, set. 1988.

_____. O empresariado e o momento político: entre a nostalgia do passado e o temor do futuro. *Cadernos de conjuntura*, Rio de Janeiro, IUPERJ, n. 1, 1985.

_____. *Modernização autoritária: o empresariado e a intervenção do estado na economia*. Brasília: IPEA, CEPAL, 1986a.

_____. *Modernização e consolidação democrática no Brasil: dilemas da nova república*. São Paulo: Vértice, 1989.

_____. O empresariado e a Nova República: algumas considerações. *Cadernos de conjuntura*, Rio de Janeiro, IUPERJ, n. 5, p. 1-23, maio 1986.

_____. *O presente como história: economia e política no Brasil pós-64*. Campinas: Unicamp, IFCH, 1997.

_____. *Política empresarial em tempos de crise*. Apontamentos teóricos e reflexões sobre o Brasil nos anos 90. Campinas: IFCH-UNICAM, 1992.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato. Brasil: um novo empresário? Balanço de tendências recentes. In: DINIZ, Eli (Org.). *Empresários e modernização econômica*. Brasil anos 90. Florianópolis: UFSC, Idacom, 1993.

_____. *Empresariado nacional e Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

- _____. Empresários e Constituinte: continuidades e rupturas no modelo de desenvolvimento capitalista no Brasil. *Cadernos de conjuntura*, Rio de Janeiro, IUPERJ, n. 11, 1987.
- _____. Globalização, herança corporativa e a representação dos interesses empresariais: novas configurações no cenário pós-reformas. In: DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato; SANTOS, Fabiano. *Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo*. A desconstrução da ordem corporativa e papel do Legislativo no cenário pós-reformas. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- _____. O corporativismo na construção do espaço público. In: BOSCHI, R. (Org.). *Corporativismo e desigualdade*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1991.
- DREIFUSS, René Armand. *A internacional capitalista*. Estratégias e táticas do empresariado transnacional (1918-1986). Petrópolis: Vozes, 1986.
- _____. *O jogo da direita: na nova república*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1989.
- _____. 1964: a conquista do Estado. Ação política, poder e golpe de classe. Petrópolis: Vozes, 1981.
- ESTRADA, Francisco F. *El empresariado latinoamericano: algunos aspectos de sus organizaciones y de su pensamiento*. Buenos Aires: Ciedla, 1983.
- FAORO, Raymundo. A questão nacional: a modernização. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 6, n. 14, p. 7-22, jan./abr. 1922.
- FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.
- KINZO, Maria D'Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 3-12, out./dez., 2001.
- LAMOUNIER, Bolívar; MENEGHELLO, Rachel. Partidos políticos e consolidação democrática. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- LAVORATTI, Liliana. José Sarney arrepende-se do Plano Cruzado 2. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 15 mar. 2005.
- MARTINS, Luciano. A liberalização do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNEL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. *Transições do regime autoritário*. Primeiras conclusões. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Vértice, RT, 1988.
- MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 1987.
- MOORE JUNIOR, Barrington. *As origens sociais da ditadura e da democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1975.
- MOTTA, F. *Empresários e hegemonia política*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- O'DONNEL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. *Transições do regime autoritário*. Primeiras conclusões. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Vértice, RT, 1988.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *O colapso de uma aliança de classes*. São Paulo: Brasiliense, 1978.
- PNBE. *PNBE*. A nova consciência do empresariado brasileiro. São Paulo: Pensamento Nacional das Bases Empresariais, s/d.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *A revolução brasileira*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1966.
- REIS, Bruno. P. W. Corporativismo, pluralismo e conflito distributivo no Brasil. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, p. 417-457, 1995.
- RODRIGUES, Leôncio Martins. *Quem é quem na constituinte: uma análise sócio-política dos partidos e deputados*. São Paulo: OESP-Maltese, 1987.
- RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Desenvolvimento nas ações políticas da sociedade civil dentro e fora do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1374/desenvolvimento_acoes_rodrigues.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 out. 2010.
- SOLA, L. *Idéias econômicas, decisões políticas: desenvolvimento, estabilidade e populismo*. São Paulo: Edusp, FAPESP, 1998.
- VIDIGAL, Luiz Eulálio. A participação política do empresariado. Palestra proferida na Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 14 maio 1985. *Indústria e desenvolvimento*, v. 9, n. 20, p. 84-86, 1986.
- _____. O empresário e a constituinte. Palestra proferida na Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 8 nov. 1985. *Indústria e desenvolvimento*, v. 9, n. 20, p. 94-99, 1986a.

Teoria da argumentação jurídica e *love's knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. Teoria da argumentação jurídica. 3. *Love's knowledge*. 4. A falácia da ponderação de valores como mecanismo de resolução válida dos *hard cases*. 5. O papel das emoções nas decisões judiciais. 6. A anencefalia. 7. Análise de decisões sobre a antecipação do parto do feto anencéfalo¹. 8. Conclusões.

1. Introdução

Fortes sentimentos morais influenciam o processo de tomada de decisão pelos magistrados, mas a racionalidade imposta pela ciência do direito e pela teoria da argumentação jurídica fez com que o estudo da influência desses sentimentos fosse ignorada pela ciência do direito. Com isso, para responderem os anseios de uma decisão estritamente objetiva e racional, com frequência os julgadores utilizam-se de artifícios para escapar do dever de fundamentar de forma honesta, isto é, indicando todos os fatores reais que embasaram a decisão – racionais, emocionais, religiosos e outros –, impedindo assim o pleno controle racional do ato jurisdicional.

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz é Doutoranda em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB/DF), Mestra em Direito Público (UFPE), Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal (ESMA/DF) e Juíza de Direito Substituta (TJDFT)

¹ A expressão antecipação do parto será utilizada em detrimento da expressão aborto, por não haver uma tipicidade expressa quanto ao fato e, no presente trabalho, minha ideia não é fornecer uma resposta correta quanto à existência ou não de crime nessa situação.

É o que vem acontecendo no Brasil no caso da interrupção antecipada do parto do feto anencéfalo, tema marcado por um profundo debate na seara com sede na filosofia moral² e influenciado pela firme posição da maior parte das religiões quanto à proibição do aborto e, de outro lado, de grupos feministas que pregam a autonomia da vontade da mulher. Com os pedidos de autorização para interrupção dessas gestações, os juízes se deparam com situações em que o direito não resolve e que é necessário, a fim de legitimar sua escolha, agir como o juiz Hércules (DWORKIN, 1999, p. 405-406), o qual supostamente conhece todas as justificativas políticas do legislador, como aquelas de princípio³.

A complexidade dos fatos apresentados ao judiciário, aliada à evolução muito mais célere da medicina e da sociedade do que do direito, dificulta o processo de tomada de decisões judiciais com base em critérios meramente objetivos, lógicos ou racionais (CANARIS, 1996), critérios que costumam rechaçar qualquer avaliação de sentimentos. Com essa realidade, o positivismo kelseniano ou formalismo puro parecem ter entrado em crise⁴ ante a riqueza dos casos concretos e a necessidade da escolha nos chamados *hard cases* (DWORKIN, 2003, p. 127 e ss.) (casos difíceis) e *tragic choices*⁵ (escolhas trágicas).

² "It is ironic that in the abortion debate, one of the most pressing moral controversies of our time, we condemn apparent moral consistency and conviction and defer to moral incoherence and superficiality" (BORGSMANN, 2009).

³ Segundo Dworkin (2002, p. 129), os argumentos de política demonstram que a decisão protege um objetivo comum da sociedade e os argumentos de princípio justificam uma decisão política, ao mostrar que aquela decisão jurídica respeita ou garante o direito de um indivíduo ou grupo.

⁴ "Pensamos que sim, o Direito passa por um momento de crise paradigmática que aponta para uma superação ou transformação do próprio paradigma. Neste momento de crise no paradigma decisório, as decisões jurídicas perdem previsibilidade, causando uma disfunção que retroalimenta este estado crítico" (FREITAS FILHO, 2003, p. 168).

⁵ "The distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such

A análise crítica de decisões judiciais em ações que versavam sobre a autorização para a interrupção da gestação do feto anencéfalo será a base do presente estudo, para se analisar a influência dos sentimentos no processo de tomada de uma decisão. Esse fator, dado o vácuo legislativo, acaba propiciando decisões em sentidos diametralmente opostos, pois não há uma subsunção direta entre o fato e a norma. E a tão propalada ponderação de valores em nada socorre ao magistrado, pois o valor que vai preponderar não será necessariamente o de uma das partes, mas sim aquele que reside no campo da emoção do magistrado, suas convicções religiosas e morais. Se esses fatores ligados aos sentimentos influenciam a tomada de decisão, deve ser submetido ao controle, retirando-se o véu da racionalidade pura do direito.

É realmente necessário afastar da argumentação jurídica toda e qualquer abordagem sentimental? Há como se pensar em uma *phronesis* desprovida de emoções? Ou as emoções podem tornar o juiz um julgador melhor, desde que exponha seus sentimentos para que suas decisões possam ser racionalmente controláveis⁶? Razão e emoção, afinal, são incompatíveis ou o autocontrole, o controle das emoções e sentimentos é um pré-requisito do bom juiz? É possível aproximar filosoficamente⁷ todos os fatores que

distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distributions, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values which prize life and well-being" (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18).

⁶ Freitas Filho (2007, p. 41-65) leciona: "A publicidade das decisões permite, portanto, o controle social do poder decisório, e o dever que os *decision-makers* têm de atender ao princípio da coerência é estreitamente relacionado com as idéias de transparência e de *accountability* dos atos dos que detêm poder delegado pela sociedade".

⁷ Hare (1993, p. 180-181) fala de importância da filosofia nas discussões bioéticas atuais, chegando a argumentar que, se a filosofia não pode ajudar nas discussões bioéticas atuais, deve haver algum

efetivamente influenciam no processo de tomada de decisões, enriquecendo o debate jurídico-filosófico contemporâneo?

Para desenvolver o tema, é preciso tecer breves comentários sobre a teoria da argumentação jurídica para, em seguida, conhecer a teoria *love's knowledge* e, só então, demonstrarmos que a análise das decisões judiciais em casos difíceis, tomado neste trabalho o caso da antecipação do parto do feto anencéfalo para comprovação da hipótese, não se exaure no estudo da racionalidade, pois os sentimentos do julgador são parte indissociável do processo de tomada da decisão.

2. Teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica é um dos principais corolários da virada linguística, analisada pela filosofia da linguagem e desenvolvida especialmente por Wittgenstein, Austin, Hare, Habermas e outros. O giro linguístico foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX e sua principal característica é a mudança de foco da filosofia para a linguagem. As teorias da argumentação jurídica propriamente ditas são ainda mais recentes, tendo sido desenvolvidas, entre outros, por Chaim Perelman, Toulmin e Wiehweg (BRAATZ, 2007, p. 133-147). Por ela, busca-se uma controlabilidade racional do discurso jurídico, estipulando-se regras e formas a serem seguidas no discurso racional, a fim de possibilitar a correção do mesmo. Busca-se efetivar, por intermédio da boa argumentação, a boa prática jurídica, com maior correção das decisões judiciais, especialmente nos ditos casos difíceis, nos quais há uma maior abertura ou até mesmo uma lacuna legislativa e é necessário que o julgador fundamente sua decisão, como requisito de legitimidade.

Pretendendo-se demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado

problema com a disciplina, talvez, um indício de sua inutilidade.

racionalmente, olvida-se e rechaça-se tudo o que não é racional e, portanto, são considerados irracionais, para a maior parte dos filósofos, os sentimentos, as emoções e as convicções pessoais, que podem estar subjacentes às decisões judiciais. Em outras palavras, partindo do pressuposto do direito como ciência, a teoria da argumentação jurídica postula a racionalidade das decisões judiciais, por intermédio de uma argumentação pertinente, que possibilite o controle dessa racionalidade do discurso. O pressuposto é que as decisões jurídicas sejam corretas no que tange às pressuposições da ordem jurídica vigente, com base em uma justificação racional, que envolve a tomada de decisão com base na lei, nos precedentes e na dogmática (ALEXY, 2001, p. 321).

No entanto, a teoria da argumentação jurídica não resolve satisfatoriamente os casos nos quais a ordem jurídica vigente não é suficiente para o controle ou quando a argumentação jurídica é deturpada em prol de sentimentos escusos, não expostos na sentença, ou seja, casos em que a argumentação jurídica é feita como instrumento de retórica, no sentido pejorativo do termo. A pretensão do direito como sistema íntegro ou da existência de uma única decisão correta, na prática, demonstra-se falaciosa, porque o que se constata é a reiteração de decisões em sentido diametralmente oposto, embora o contexto fático seja idêntico. Essas situações precisam ser analisadas e enfrentadas pela teoria da argumentação jurídica.

A teoria da argumentação jurídica demonstra um primado da racionalidade (STOCKER; HEGEMAN, 2002, p. 134), pelo qual se considera que as emoções não são úteis para o trabalho intelectual e que, por isso, devem ser completamente abandonadas quanto ao seu estudo e análise, mas o ideal do raciocínio não-emocional é utópico, completamente irrealizável. O grande problema, ao qual acredito poder atribuir esse primado da racionalidade, é

que se atribui uma conotação negativa às emoções, como se o sentimento fosse algo necessariamente prejudicial e perturbador do bom julgamento. No entanto, razão e emoção⁸ estão neurologicamente interligados e qualquer estudo sobre o processo de tomada de decisões judiciais deve-se ater a tal constatação.

Não existe compreensão que seja livre de todo preconceito (GADAMER, 1990, p. 709), e, aliás, é exatamente isso que garante às ciências do espírito a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que não lhes retira o caráter científico. Porém, o positivismo lógico afastou as valorações e condenou as emoções ao mundo proibido da subjetividade, pois somente poderia ser considerado verdadeiro o que fosse empiricamente verificado. Para os positivistas lógicos, os juízos de valor não poderiam predicar a verdade, mas somente os enunciados empíricos.

O emotivismo filosófico, por outro lado, reconheceu um caráter preponderante das emoções no discurso prático. Para essa corrente, não existem verdades morais independentes dos sujeitos individuais, pois aquelas derivam dos sentimentos que cada um tem acerca de determinado assunto. Critica-se o emotivismo por seu radicalismo, especialmente ao supor que os juízos morais sempre estão de acordo com sentimentos de aprovação ou reprovação, pois os juízos morais nem sempre exprimem emoções e podem ser baseados em critérios exclusivamente objetivos, como o cumprimento da lei em situações em que há subsunção direta.

Ciente das falhas de ambas as vertentes filosóficas extremadas, não pretendo retomar uma posição emotivista, tampouco

positivista lógica, mas verificar até que ponto os julgadores se deixam influenciar pelas emoções no processo de tomada de decisões em *hard cases*, mascarando tal fato sob o manto de argumentações escusas, que inviabilizam o controle racional do argumento. Uma teoria da argumentação jurídica que pretenda realmente viabilizar a correção e controle das decisões judiciais não pode ser receosa quanto a essa análise.

Os princípios primordiais de um sistema moral não podem fornecer, por si sós, uma resposta única e inequívoca a todos os problemas morais que possam surgir e que devam ser enfrentados pela sociedade (PERELMAN, 1996, p. 296-297). Desta feita, se há mais de uma resposta correta para dilemas morais profundos que se colocam ao crivo do judiciário, a única possibilidade de controle é a plena honestidade do prolator da decisão, o qual deverá, então, explicitar as efetivas razões morais ou sentimentais que o levaram a tomar uma das possíveis decisões diante do caso concreto. No caso da antecipação do parto do anencéfalo, a autorização ou a não autorização são duas possíveis respostas, ambas baseadas em princípios morais defensáveis. Portanto, somente a honestidade quanto aos fundamentos que ensejaram a tomada de decisão possibilita o pleno controle do ato judicial.

A maior racionalidade, maior objetividade, mais certeza e menos imprecisão do direito, evitando-se a subjetividade, é buscada pela teoria da argumentação jurídica e essa busca evitou, de todo modo, afastar a emoção do processo de tomada de decisões, como visto alhures. Mas seria essa racionalidade incompatível com os sentimentos? Emoção e razão são realmente inimigos? Há como aproximar a teoria da argumentação jurídica e o *love's knowledge* para aperfeiçoar a controlabilidade do discurso racional? Para tanto, é preciso conhecer melhor *love's knowledge*, tese defendida por Martha Nussbaum.

⁸“Se Platão, Schachtel e Krystal chegam a se aproximar da verdade, o ideal da razão não emocional ou do raciocínio não-emocional é completamente irrealizável. Realmente, é tão irrealizável que deve ser sumariamente rejeitado. O que deveria ser examinado, em vez disso, é por que e como pôde ser proposto como um ideal” (STOCKER; HEGEMAN, 2002, p. 133).

Love's knowledge pode ser considerado como uma teoria, não recente, mas com delineações diferentes, que pretende comprovar que há conhecimento racional nos sentimentos e que, portanto, não se deve deixar os sentimentos à deriva no processo cognitivo.

3. Love's knowledge

Para demonstrar o conhecimento que existe no amor, Martha Nussbaum (1990, p. 261) narra uma situação em que Marcel estava convencido de que não amava mais Albertine, até que lhe chega a notícia de que Albertine tinha morrido e, então, com o sofrimento pela morte, ele descobre que, sem dúvida, ainda a amava. A razão tinha então cegado Marcel para algo que o seu coração sabia, mas esse sentimento foi sufocado até o momento em que a dor lhe trouxe o conhecimento do amor. Seguindo nessa linha, a autora conclui que as emoções têm um conteúdo cognitivo e que o conhecimento contido nas emoções deve ser sistematizado na atividade de reflexão, buscando-se um equilíbrio perceptivo.

Pelo *love's knowledge*, constata-se que a emoção não se opõe à argumentação racional e é exatamente por isso que Nussbaum propõe que a narrativa e a imaginação literária são ingredientes essenciais à argumentação racional. Criar-se-ia, de tal modo, uma postura ética interessada com o bem-estar das pessoas cujos problemas venham a ser colocados ao crivo do judiciário, retomando-se os postulados aristotélicos de bem comum⁹. Logo, o bom julgador deve entabular uma relação emocional e prática com os problemas de seus jurisdicionados, para melhor se aproximar da busca pela justiça. O juiz que não abre mão da emoção ao julgar julgaria não para uma massa anônima e indiferenciada, mas

⁹ Nussbaum (1990, p. 282) admite expressamente a influência do pensamento aristotélico em seu trabalho: "Here, as often, I find myself saying Aristotelian things".

para o ser humano individual e singular (NUSSBAUM, 1995, p. 114). Propõe-se, portanto, uma abertura da ciência jurídica, paradoxalmente necessária para preencher a frincha subsistente entre a teoria e prática dos direitos humanos e fundamentais.

O *love's knowledge* pretende então trazer o estudo das emoções ao centro da análise filosófica, sem o medo da complexidade que essa análise possa significar. As emoções humanas necessitam de reflexão como aliadas da teoria da argumentação jurídica, isto é, é preciso descobrir as verdades do coração (Idem, 1990, p. 283) que influenciaram ou até mesmo determinaram a tomada de uma decisão. Tal teoria fornece uma descrição do modo em que o conhecimento transmitido em impressões emocionais deve ser sistematizado e encarado diretamente pela atividade de reflexão, o que pode ser perfeitamente aplicado ao caso da antecipação do parto do feto anencéfalo.

Dado que a atividade racional não precisa e não consegue abandonar a análise das emoções e sentimentos daquele que profere a decisão, especialmente nos casos difíceis ou trágicos. Nessa esteira, uma boa teoria da argumentação jurídica deve incluir na sua sistematização a análise das convicções pessoais do julgador, para então poder aumentar o espectro de correção das decisões, dado que a emoção e a razão, habitantes do mesmo cérebro humano, são indissociáveis. A emoção, na realidade, exerce uma forte influência sobre a razão e vice-versa, como no exemplo de Nussbaum, pois é cientificamente comprovado que os sistemas cerebrais necessários aos sentimentos se encontram enredados nos sistemas necessários à razão, não sendo completo, pois, um estudo isolado de qualquer um desses sistemas¹⁰.

¹⁰ "Conhecer a relevância das emoções nos processos de raciocínio não significa que a razão seja menos importante do que as emoções, que deva ser relegada para segundo plano ou deva ser menos cultivada. Pelo contrário, ao verificarmos a função alargada das emoções, é possível realçar seus efeitos positivos e reduzir seu potencial negativo" (DAMASIO, 1996, p. 276-277).

Na tradição filosófica, a definição de emoção inclui crenças tanto quanto sentimentos. Os estoicos concluíram que as emoções são irracionais no sentido normativo e, por isso, deveriam ser fortemente evitadas quando se procura deliberar racionalmente sobre algo. Com Platão, Aristóteles, Spinoza e Adam Smith, a distinção entre emoção e intuição foi feita de forma mais clara. Raiva, amor, medo, esperança são exemplos de emoções, enquanto que sede e fome, por exemplo, são intuições, estas sim realmente desprovidas de racionalidade. Por outro lado, há uma dimensão cognitiva nas emoções, pela qual elas permitem ao agente perceber certo tipo de valor, que de outra maneira não seria alcançado.

Ao falar de sentidos e entendimento, São Tomás (apud FRAILE, 2005, p. 435) afirma que o conhecimento completo, integral, acerca de determinado objeto, não é somente o conhecimento intelectual, mas ao mesmo tempo o sensitivo e intelectual. Ambos funcionam em íntima compenetração, embora cada um tenha seu campo de atuação, seu alcance, sua finalidade e seu caráter próprio e distintivo. Sentimento e intelecto se distinguem em vários aspectos, especialmente porque os sentimentos atuam especialmente sobre o concreto e particular, enquanto que a inteligência atua sobre o abstrato e universal. Assim, o entendimento e os sentimentos conhecem a mesma coisa, o mesmo todo, mas de maneiras diversas.

As emoções estão intimamente ligadas a um objeto perceptivo; sente-se raiva de algo ou de alguém, medo de algo ou de alguém; por isso, elas possuem um conteúdo valorativo, diversamente do que acontece com as intuições. Os maiores pensadores gregos, como Chrysippus, foram além dos tradicionais, chegando então à conclusão de que as emoções são simplesmente idênticas a um certo tipo de crença ou julgamento (NUSSBAUM, 1995, p. 62). As emoções, para eles, refletiriam algo preconcebido no agente, seja uma crença, por exemplo, de

base religiosa, seja um julgamento moral. Emoções, portanto, são intimamente relacionadas à religião e à moral.

As emoções podem ser simples, ligadas a alguma sensação física, como é o caso da dor, ou podem ser complexas, quando pressupõem um processamento cognitivo prévio. Especialmente quando complexas, as emoções podem conduzir a uma valoração ou reavaliação da situação que as causou inicialmente (RIVADENEIRA, 2008, p. 68), em um processo cognitivo ou de equilíbrio reflexivo. Assim, as emoções complexas permitem e fazem parte da racionalidade, permeiam e influenciam juízos de valor de forma válida, habitando uma seara cognitiva indissociável entre razão e emoção.

Um determinado sentimento, como a raiva, por exemplo, envolve um julgamento moral, um apelo a padrões morais e não a simples avaliações pessoais do agente. Alguns autores, aliás, chegam a propor que o ser humano somente consegue fazer valorações porque possui emoções relevantes, e emoções devem ser explicadas em termos emocionais e que as reações emocionais são produzidas mais rapidamente do que os julgamentos puramente racionais (GIBBARD, 1992, p. 129). As primeiras imagens, os primeiros juízos provêm da percepção sensível e, em consequência, o conhecimento sensível é a base necessária e a fonte primária do conhecimento intelectual ou racional. Dessa maneira, um sentimento requer uma valoração cognitiva, mas em uma velocidade mais acelerada do que a racionalidade pura. De todo modo, é certo que as emoções fazem parte do processo de conhecimento humano.

São Tomás (apud FRAILE, 2005, p. 448) desenvolveu a noção de entendimento possível, que decorre da junção dos sentimentos e da razão, tendo essência abstrata e universal. O entendimento possível tem uma atividade própria e importantíssima, que se desenvolve em duas fases fundamentais: apreensão e juízo. Para ele, o

modo de se realizar o processo intelectual é obscuro, tratando-se de uma ação vital do conjunto humano, cuja razão última deve ser buscada na união substancial entre alma e corpo, na qual se compenetraram intimamente matéria e espírito. É uma ação que se realiza entre as fronteiras do corpo e da alma. Há, pois, uma íntima compenetração entre o conhecimento sensitivo e intelectual. Somente com essa interpenetração é possível ter o conhecimento integral do objeto.

O estudo e a análise das emoções, portanto, não pode ser esquecido por uma teoria da argumentação jurídica que pretenda buscar o controle das decisões judiciais e sua correção, porque as emoções são efetivamente usadas para a tomada de decisão. As emoções, em consequência, são constitutivamente relevantes para a avaliação de decisões judiciais e, por isso, uma conjugação das teorias da argumentação jurídica e *love's knowledge* é necessária, para que se atribua uma maior atenção e maior exame das emoções subjacentes aos argumentos supostamente objetivos. Logo, para uma visão ética completa dos *hard cases*, a análise das emoções é necessária, embora não seja suficiente.

4. A falácia da ponderação de valores como mecanismo de resolução válida dos *hard cases*

Analisando algumas decisões judiciais sobre a possibilidade do aborto do feto anencéfalo, verifica-se que grande parte das decisões identifica um conflito de direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida do feto e à autonomia e liberdade de escolha da mulher. E após essa identificação, os julgadores reiteradamente decidem com base na técnica da ponderação de valores. A ponderação de valores tornou-se uma constante no mundo todo, tendo o princípio da proporcionalidade, que a fundamenta, sido erigido a princípio constitucional em vários países. No entanto, a ponderação

nada mais é do que uma metáfora poderosa para justificar o processo de tomada de decisões (TSAKYRAKIS, 2008). Passa-se a impressão errônea de que foi feito um cálculo preciso entre os dois direitos que estão em colisão e que, ao colocá-los na balança da justiça, um deles teve o maior peso do que o outro. E, assim, a decisão já está fundamentada.

É de se ver, entretantes, que, sempre que um conflito há de ser julgado pelo judiciário, haverá uma colisão entre dois direitos opostos – no mínimo um de cada parte litigante. Na clássica distinção entre regras e princípios, a solução é fácil quando a colisão se dá entre regras, pois elas obedecem ao tudo ou nada. Em um processo de subsunção direta, uma das regras vai prevalecer em detrimento da outra, que é, em consequência, afastada. Contudo, quando o conflito ocorre entre princípios, não há solução ou subsunção direta, é preciso um trabalho maior do intérprete, pois a subsunção já não é mais direta – e é então que o princípio da proporcionalidade aparece como uma varinha de condão, apto a resolver todos os conflitos.

O princípio da proporcionalidade vem ganhando espaço especialmente no julgamento dos *hard cases*, pretendendo ser uma ferramenta jurídica fundamental para a decisão de complexas questões, instrumentalizando a acomodação dos diversos princípios e regras de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição. Por intermédio desse princípio, o julgador, analisando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida, sopesaria os dois princípios ou direitos fundamentais em colisão, dando mais peso àquele que deveria prevalecer no caso concreto.

O uso dos princípios se justificaria para explicar os casos difíceis, fugindo-se assim à discricionariedade judicial em sentido forte, na medida em que os princípios garantiriam uma integridade ao sistema jurídico, já que o juiz não é legitimado a

ser um legislador positivo. Com base nos princípios, quando não houver norma com subsunção direta a aplicar, o juiz justificaria sua decisão, de forma a garantir a coerência do todo e a controlabilidade de sua decisão, conforme preceituado pela teoria da argumentação jurídica.

Criou-se, portanto, a distinção das normas em regras e princípios na busca de critérios objetivos a determinarem as decisões judiciais. Todavia, a falta de uma hierarquia entre os princípios leva à possibilidade de duas decisões distintas, ainda que ambas obedeçam criteriosamente à técnica da ponderação, demonstrando, portanto, que a ponderação de valores feita pelo juiz não responde, como se pretendia, a qualquer critério objetivo, já que, caso houvesse um, a decisão a ser tomada em dois casos idênticos seria necessariamente a mesma, a fim de realmente ficar garantida a integridade do sistema jurídico e a pretensão de universalidade.

Essa metáfora poderosa da ponderação sugere que os decisores conseguiram chegar a um método certo do processo de tomada de decisões. Por ele, os julgadores, imparciais e racionais, colocariam em um lado da balança considerações a favor de uma das teses submetidas ao crivo do judiciário e no outro lado as considerações contrárias; pesaria essas duas teses e então chegaria à decisão de qual delas é mais pesada e, portanto, deveria prevalecer no caso concreto. Essa metáfora¹¹, é evidente, é vaga o suficiente para açambarcar uma grande variedade de possibilidades de julgamento.

Na realidade, o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, longe

de resolver os casos caóticos, mascaram o principal problema: como o juiz chegou à conclusão de que um direito fundamental era mais importante, no caso concreto, do que o outro? Quais valores subjacentes motivaram o julgador a se posicionar por um ou por outro princípio? Aqui reside, a meu ver, o vácuo da teoria da argumentação jurídica. É aqui que a coerência das decisões judiciais abre espaço à discricionariedade em sentido forte, sem permitam ao avaliador critérios e parâmetros que lhe permitam efetivamente controlar a decisão dada, pois a metáfora nada diz sobre os vários interesses realmente em jogo, porque não há uma única resposta correta.

A ideia de colocar valores em uma ordem de prioridades é presente em todas as ações humanas, sem que para isso seja necessário recorrer à proporcionalidade, talvez porque ela seja ínsita ao senso comum de justiça. Tsakyrakis (2008) exemplifica: eu não vou ao cinema quando tenho aula e nenhuma ponderação é necessária para tanto, porque qualquer um sabe que a aula é mais importante do que o cinema. As pessoas, portanto, elaboram argumentos morais utilizando a simples regra dos prós e contras, sem ser necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação de valores. Sem o subterfúgio do princípio da ponderação de valores com base na proporcionalidade, o julgador ficaria obrigado a fundamentar mais a sua decisão, talvez deixando claro quais são suas convicções pessoais, morais, éticas e religiosas e, por corolário, viabilizando uma correção efetiva de sua decisão.

O problema da retórica da ponderação é que a teoria esconde as considerações morais que são o cerne do debate acerca dos direitos humanos e priva a sociedade de um discurso moral, envolvendo convicções, sentimentos, crenças etc, que seria indispensável. A ponderação, antes de ser uma técnica de solução de conflitos legítima, é uma técnica que permite aos juízes mascarar suas razões com uma linguagem

¹¹ "The concept of 'balancing' is itself both a metaphor and an abstraction. The metaphor is ambiguous. It describes both a process of measuring competing interests to determine which is 'weightier' and a particular substantive outcome characterized as a 'balance' of competing interests. The abstract concept of balancing, furthermore, tells us nothing about which interests, rights, or principles get weighted or how weights are assigned" (KAHN, 1987).

neutra, mas que, ao mesmo tempo, é vazia e abstrata, não servindo aos efetivos fins de solução de conflitos sociais. Mas a melhor solução não seria a oposta, ou seja, de abrir o debate moral?

Por outro lado, prescritividade, que pugna pela universalidade do princípio moral, defendida, entre outros, por Hare (1993, p. 177) não “determina que exceções podemos fazer; apenas diz que têm de ser feitas em termos universais” e também não resolve qualquer problema, pois qualquer decisão pode ser tomada, desde que ela tenha aptidão para se tornar universal. Ora, mas e como se chegou a essa decisão e não a outra? A ética, pensada apenas em termos racionais, não resolve, até porque o homem não é um ser apenas racional, é também emocional.

No exemplo da antecipação do parto do feto anencéfalo, o juiz poderia, validamente, usando a fórmula da ponderação de valores, chegar às seguintes conclusões:

1. *Indeferimento da antecipação do parto do feto anencéfalo*, considerando que, entre os direitos em colisão – dignidade da gestante e autonomia de sua vontade e direito à vida do feto anencéfalo – deve prevalecer o direito à vida do feto anencéfalo, por ter maior peso. Em seguida, o juiz fundamentaria sua decisão nos subprincípios da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para dizer, por exemplo, que a antecipação do parto não é medida necessária, porque não restou cabalmente comprovado que a mãe corre risco de vida; que não é medida adequada, porque a mãe pode levar a gestação à termo e que a antecipação do parto não é razoável, já que a gravidez decorreu de ato voluntário da mulher.

2. *Deferimento da antecipação do parto do feto anencéfalo*, considerando que, entre os direitos em colisão – dignidade da gestante e direito à vida do feto –,

deve prevalecer o direito da gestante de optar pela antecipação do parto, considerando, por exemplo, que o feto não tem interesse a ser tutelado ou que não possui viabilidade, pois morrerá logo após o parto. Em seguida, o juiz fundamentaria sua decisão nos subprincípios da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para dizer, por exemplo, que a antecipação do parto é medida necessária, pois a gestação sempre envolve risco de vida, o qual seria desnecessário porque o feto não teria sobrevivido; que a antecipação do parto é medida adequada, porque não há qualquer outra forma de salvar a vida do feto, pois a anencefalia é letal em cem por cento dos casos e que a antecipação do parto é razoável, já que a manutenção da gestação significaria apenas um prolongamento do sofrimento materno diante da à morte certa do feto.

O princípio da proporcionalidade se revela como um falso instrumento para incrementar a fundamentação das decisões judiciais, por ensejar uma fundamentação vazia, como as duas vistas acima, e que pode justificar validamente decisões diametralmente opostas com a utilização dos mesmos subprincípios. Isso incrementa a incoerência e inconsistência das decisões judiciais. Penso, portanto, que, sem o recurso retórico do princípio da proporcionalidade e da ponderação entre os valores submetidos à apreciação do juiz, o dever de fundamentação poderia ser mais árduo e, portanto, o julgador mais transparente quanto aos motivos reais que o levaram a tomar uma decisão de determinada maneira e não de outra, precisando, explicitar suas convicções morais e religiosas e seus sentimentos sobre o tema, viabilizando, em consequência, o controle pleno de sua decisão, já que o princípio da proporcionalidade não é garantidor de uma racionalidade plena.

5. O papel da emoção nas decisões judiciais

Despidos do princípio da proporcionalidade e da técnica de ponderação de valores, que repousa nos pilares da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, os julgadores se deparariam com a necessidade de explicitar os valores morais que o direcionaram à tomada de uma decisão e não de outra. Esses valores morais, como veremos ao analisarmos alguns casos sobre o aborto do feto anencéfalo, repousam sobre sentimentos, convicções religiosas e outros fatores não puramente objetivos.

Vários argumentos existem contra o estudo e a análise filosófica das emoções, sendo que os principais argumentos repousam em sua natureza supostamente irracional. Bons julgamentos, portanto, são aqueles que, desprovidos de conteúdos emotivos, atentam-se somente a fatores racionais. O ponto que se faz necessário analisar é se realmente é possível que um ser humano faça julgamentos puramente racionais, sem deixar suas emoções influenciarem de qualquer maneira na decisão ou se a emoção estará sempre presente e a pretensa racionalidade apenas nos cega para a análise dos sentimentos.

Em casos mais simples, cuja resposta nos é dada pela subsunção direta, a emoção não tem um papel decisivo. Pelo contrário, muitas vezes um juiz precisa tomar decisões contrariamente aos seus sentimentos, dada a clareza da lei. Posso, por exemplo, por minhas convicções religiosas, ser contrária ao aborto do feto decorrente de estupro, pois não seria certo eliminar uma vida humana inocente por causa do pecado de outro ser humano. Todavia, uma vez que um caso desses me é dado a julgamento, preciso aplicar a regra do Código Penal e autorizar o aborto, ainda que sofra com a decisão. Não há discricionariedade. Por outro lado, nos casos de incompletude, há uma ausência de vinculação legal a padrões

previamente determinados e, portanto, uma discricionariedade em sentido forte.

Para evitar essa análise das razões subjacentes, há autores que diferenciam razão explicativa (crenças religiosas, razões políticas e ideológicas) e razão justificativa, sendo que somente esta última deveria ser motivada¹². Discordo. Toda razão deve ser explicitada, seja ela explicativa, seja justificativa, especialmente quando não há uma solução apontada na lei ou quando se desvirtua um entendimento consolidado com base em motivos subjacentes.

Alguns preferem ainda distinguir justificativa interna e externa (ATIENZA, 2003, p. 40). Na justificativa interna, deve-se utilizar uma lógica dedutiva, ou seja, de silogismo decisional – uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão, mas, na justificativa externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito, justificando cada uma das premissas, individualmente (Idem). Essa exposição completa dos fundamentos tem a pretensão de viabilizar a correção da decisão judicial. Alguns acreditam que, na teoria sobre uma abordagem psicológica ao discurso moral¹³, o erro é não entender o caráter do discurso moral como uma atividade governada por regras, como se efetivamente toda a atividade judicial fosse governada por regras que sempre trouxessem uma resposta correta (ALEXY, 2001, p. 53). Mas esses autores não explicam de forma satisfatória, completa, os casos em que o governo das regras é insuficiente, seja por lacuna, seja por possibilidade de dupla interpretação e esquecem-se de propor uma solução para quando as regras não

¹² Afirmando os autores (GRAZIERO; SERBENA, 2010), textualmente, que “em geral, os órgãos jurisdicionais não têm que explicar os motivos pelos quais decidiram dessa ou daquela forma, devendo apenas justificar suas decisões.” Em nota de rodapé, os autores distinguem justificativas de razões explicativas.

¹³ Segundo o autor (ALEXY, 2001, p. 531), Stevenson propõe uma teoria da argumentação moral partindo do pressuposto de que as relações entre as razões e a afirmação normativa não são relações lógicas, mas apenas psicológicas.

puderem validamente governar o discurso moral.

Para outros teóricos da argumentação jurídica, o intérprete tem que fazer escolhas nos casos difíceis, devendo preferir a que lhe pareça mais justa e aceitável. Falam, pois, que, quando há um juízo genuinamente valorativo, não há outro remédio senão fazer uma escolha, ou seja, um juízo que exprime uma preferência do julgador (ATIENZA, 2003, p. 74). Nesse ponto, concordo com a visão desses autores, desde que se considere que essa escolha vai refletir as opiniões pessoais do juiz sobre a justiça, a moral, a ética e a equidade e a teoria da argumentação jurídica deve-se preocupar também em identificar esses elementos valorativos, para que o *judicial review* seja feito também sobre tais elementos.

Há ainda quem defenda que a interpretação das cláusulas abstratas deve ser feita com base em princípios morais, porque tais cláusulas estipulam princípios morais que devem ser limitados por um sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado (DWORKIN, 2009). Não discordo desse pensamento, pois afirmar o contrário seria admitir a arbitrariedade, mas é necessário considerar que há juízos de valor influenciados por sentimentos que integram o raciocínio judicial e que esses juízos devem ser submetidos ao amplo controle, rompendo-se com a secular tradição de fingirmos que o direito é exclusivamente racional e que a emoção e as convicções pessoais do julgador tirariam do direito o caráter de ciência. O juiz Hércules, portanto, tem sentimentos e, quando esses sentimentos forem o propulsor de determinada decisão, é preciso explicitá-los.

Não pretendo ser arquimediana (Idem, 1996, p. 87-139) ao ponto de acreditar que as decisões judiciais são fruto de meros movimentos em um jogo de linguagem, ou que decorrem apenas e exclusivamente de fatores emocionais, mas sim que é cético aquele que acredita que existe uma

racionalidade pura, desprovida de valores que representam reflexos de crenças, convicções e emoções. Não acredito em uma indeterminação global da moral ou da ética, mas tampouco acredito em uma determinação exata, com resultados quase matemáticos, como sugere o princípio da proporcionalidade, pois a razão é indissociável da emoção.

A impossibilidade de separação entre razão e emoção é neurologicamente comprovada, inclusive havendo relatos históricos de paciente que teve uma doença neurológica que afetou a parte do cérebro responsável pelo domínio da emoção e que, apesar de continuar com a área do cérebro responsável pela razão intacta, ficou sequelado em relação à capacidade de tomada de decisões. Isso ocorre porque, na realidade, a razão humana não depende de um único centro cerebral, mas sim de vários sistemas cerebrais, os quais funcionam de forma articulada, não havendo, cientificamente falando, como se separar de forma absoluta os domínios da razão e da emoção (DAMÁSIO, 1996, p. 13).

Se a razão depende da área cerebral que é responsável pela emoção, é preciso tirar o véu da racionalidade das decisões judiciais, partindo-se então da premissa de que as emoções estão presentes e que, dessa forma, fazendo elas parte do processo racional, devem-se submeter à argumentação jurídica e ao controle. Precisamos aprofundar o estudo, portanto, não somente no *love's knowledge* – conhecimento do amor, mas no conhecimento sobre o amor ou, melhor ainda, sobre todas as emoções.

E isso, com efeito, não pode ser considerado uma novidade na ciência do direito. Na realidade, há muito a emoção é levada em consideração pelos juízes criminais, à guisa de exemplo. Desta feita, quando se analisa a existência ou não da excludente da antijuridicidade da legítima defesa, é preciso que o juiz perquiria se a agressão foi injusta, ou seja, se extrapolou os limites do razoável, considerando-se o conhecido

homem médio de prudência e discernimento, conceitos estes que somente podem ser alcançados mediante uma valoração que leva em conta as emoções.

Considerando então o conteúdo das teorias da argumentação jurídica e do *love's knowledge* e da necessidade de intercalar esses dois estudos, passo a analisar o caso da anencefalia e, em seguida, algumas decisões judiciais sobre o tema que comprovam a hipótese ora apresentada. Para tanto, é preciso antes analisar, dada a interdisciplinariedade do tema, a anencefalia como fenômeno médico-biológico.

6. A anencefalia

A anencefalia é uma alteração na formação do cérebro do feto resultante da falha, nas primeiras etapas do desenvolvimento embrionário, do mecanismo de fechamento do tubo neural (HERRERO, 2005). Em termos médicos, a anencefalia comporta um defeito do tubo neural caracterizado pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio e da pele. Pode ser dividida em holocrania e merocrania. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania e a parcial, a merocrania. Trata-se de uma má-formação letal (MORON, 2003, p. 173).

A enfermidade é caracterizada pela falta de ossos cranianos, hemisférios e córtex cerebral e é letal em cem por cento dos casos. A maior parte dos fetos anencéfalos morre ainda no ventre materno, alguns vivem poucas horas após o parto, no máximo alguns dias. A morte, portanto, não é um evento, é uma certeza inafastável. Os casos em que os bebês vivem meses não são de anencefalia, mas de outras anomalias com definição científica diversa. Visualmente, o bebê nasce sem o cérebro, com os olhos saltados para fora, motivo pelo qual alguns afirmam que o bebê anencéfalo assemelha-se a uma rã.

A má-formação faz com que o sistema nervoso do bebê não se forme e, em conse-

quência, inviabiliza-se a vida extrauterina. O Brasil é o quarto país em índice de anencefalia, segundo fontes da Organização Mundial de Saúde (CARVALHO, 2006, p. 69), dado que pode ser influenciado pelo fato de não haver, na legislação brasileira, um dispositivo claro autorizando o aborto em tais circunstâncias, como ocorre em outros ordenamentos. O diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi um avanço da Medicina iniciado na década de 50 nos países desenvolvidos. No entanto, em nosso país, somente em 1979 (MEZIARA, 2008) as técnicas de diagnósticos pré-natais se iniciaram, passando-se a ser possível, só então, o diagnóstico seguro da anencefalia, de forma que o debate sobre a tipicidade da antecipação do parto do feto anencéfalo, no Brasil, não é antiga.

No Brasil, o aborto é, em regra, crime. O Código Penal excepciona apenas duas hipóteses: gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário) e risco de vida à gestante (aborto necessário), desde que não haja outro meio de salvá-la. O caso da anencefalia não está expressamente previsto na legislação respectiva, quer como crime, quer como permissivo legal, até porque, quando da elaboração do diploma normativo, a medicina não dispunha dos meios diagnósticos que hoje existem para a comprovação, com absoluta segurança, da gestação de feto anencéfalo. Crescem, diuturnamente, as demandas judiciais versando sobre autorização para antecipação do parto do feto anencéfalo e as decisões têm sido contraditórias, não só no Brasil.

Certos autores defendem o aborto e classificam as teses contrárias a tal prática em *derivativas*, que seriam aquelas que pressupõem direitos e interesses que os fetos teriam desde a concepção, e *independentes*, que seriam as teses para as quais a vida humana tem um valor intrínseco, independentemente de qualquer interesse ou direito particular. Em seguida, o autor procura destruir as duas teses, afirmando que a segunda delas tem uma natureza

quase religiosa e a primeira parte de uma premissa errada, pois não se trata de saber quando começa a vida humana, mas sim de saber se o feto tem interesse próprio. Afirma o autor (DWORKIN, 2009, p. 13, 19, 21, 22) que o feto não tem interesse próprio, pois essa noção é ínsita à consciência e, portanto, à viabilidade, as quais somente ocorrem por volta da vigésima sexta semana de gravidez.

Esse argumento pode ser considerado um avanço no debate sobre o aborto do feto anencéfalo, que não tem e não virá jamais a ter consciência e, portanto, não há interesse a tutelar. Todavia, apesar de todo o seu esforço, o argumento foge da discussão sobre o direito à vida¹⁴, ainda que seja uma vida sem consciência¹⁵. Não é somente a vida viável que se busca proteger. Com efeito, o direito tem protegido a vida de animais, de plantas e pode legitimamente proteger uma vida, ainda que desprovida de interesse por não poder ser considerada humana.

Esse interesse a tutelar o direito à vida não precisa ser necessariamente do feto, pode ser do Estado, da coletividade, pois o direito avançou a tal ponto que o titular do direito não é necessariamente o detentor do interesse. Essa discussão é negligenciada ao se afirmar que as questões centrais sobre o aborto são: “quando uma criatura humana adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana

¹⁴ Biologicamente, o anencéfalo é um ser vivo até que seja declarado morto, é considerado pessoa ainda que viva pouquíssimos minutos após nascer, tanto que é necessário, após seu nascimento, seu registro de nascimento e óbito, apesar de haver uma corrente, tanto médica quanto jurídica que afirma que, como o conceito de morte em termos médicos é o de morte cerebral e o feto não tem cérebro, ele não chegaria a alcançar vida humana. Nesse sentido, Reagan (1995, p. 398-400).

¹⁵ Há autores ainda que defendem que, embora tenha vida, o anencéfalo não pode ser considerado um ser humano porque não tem memórias do tipo B, como, por exemplo, pensamentos, opiniões, atitudes ou qualquer outro tipo de atributo relacionado à vida mental, embora não se possa considerar que o anencéfalo esteja morto. Assim, não seriam pessoas. Nesse sentido, Serafini (1993, p. 187).

começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais conseqüências?” (Idem, p. 29). É possível deslocar o debate para esse ponto de vista, mas também é possível se argumentar que independentemente do interesse e das conseqüências, a vida deve ser tutelada, por exemplo, porque é um patrimônio comum da humanidade. E então, novamente, encontramos-nos diante de um dilema sem solução.

7. Análise de decisões sobre a antecipação do parto do feto anencéfalo

Para a comprovação de que as decisões acerca da autorização da antecipação do parto do feto anencéfalo envolvem não apenas aspectos racionais do discurso jurídico, mas são marcadas fortemente também por fatores emocionais do julgador, especialmente fatores relacionados às convicções pessoais e religiosas, analisar-se-ão algumas decisões judiciais que tiveram grande repercussão na doutrina.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou a interrupção da gestação da requerente Maria Aparecida da Silva, em virtude de diagnóstico de anencefalia fetal. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, defendendo a necessidade da interrupção da gestação. As alegações versavam, em suma, sobre a impossibilidade de sobrevivência extrauterina e sobre a potencial lesão à saúde física e mental da gestante. O Tribunal reformou a decisão considerando especialmente a necessidade de observância da dignidade da gestante, a qual teria direito líquido e certo ao aborto. Colhe-se do voto vencedor, do revisor Desembargador Lucas Pereira:

“... o Direito não se resume nem se esgota na letra da lei, tampouco deve se estagnar no tempo, inerte e alheio às evoluções sociais. Nesse sentido, reputo razoável o entendimento de que, caso existissem tamanhas possibilidades por ocasião da elaboração do Código Penal, tal diploma

também isentasse de pena o chamado ‘aborto eugênico’ (ou eugenésico), como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente. Assim, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto no caso dos autos, como meio necessário à preservação da saúde, não só física como psíquica, da gestante. Com a devida vênia dos que endossam entendimento contrário, considero que a requerente possui direito líquido, certo e até natural, ao aborto em decorrência de má-formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida ‘extra-uterina’. Por tais razões, entendo que o indeferimento da pretensão formulada equivaleria a impor à requerente, de forma desnecessária e cruel, um árduo sofrimento. (...) o fato de não haver previsão legal para a concessão do aborto em casos de anencefalia não impede que o Judiciário autorize a interrupção da gravidez, porque aí deve ser levada em consideração, também, a dignidade humana...” (MINAS GERAIS..., 2005).

Três equívocos podem ser apontados na decisão acima colacionada. Em primeiro lugar, não é dado ao juiz prever que, caso houvesse recursos médicos necessários na época da elaboração do Código Penal, o legislador teria optado por não incriminar a antecipação do feto anencéfalo. Falta legitimidade ao julgador para tanto. Ora, se concordássemos com Jürgen Habermas quanto ao fato de que, quando o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deveria decidir conforme o seu próprio arbítrio, tomando as decisões conforme suas preferências pessoais e padrões mo-

rais, deveríamos também concordar com sua conclusão, no sentido de que essas decisões não mais estariam cobertas pela autoridade do direito (HABERMAS, 1997, p. 251-252) e não é essa conclusão a que se pretende chegar.

Além disso, não há qualquer direito líquido, certo e natural à antecipação do parto. O conceito de direito líquido e certo é de cunho processual, relaciona-se à possibilidade de comprovação de forma incontestável, em regra de forma documental, dos fatos no processo (BARBI, 2009, p. 85), o que não ocorre com a antecipação do parto do feto anencéfalo, pois não há como se comprovar documentalmente o direito ao aborto, mas somente a anencefalia. Por outro lado, nada mais equivocado do que falar em um direito natural à antecipação do parto, pois direito natural, segundo o clássico conceito de jusnaturalismo, seria aquele existente antes até mesmo da criação do Estado (FREITAS FILHO, 2003, p. 83), o que guarda profunda incoerência com a frase anterior do mesmo decisor, no sentido de que, se houvesse o atual avanço da medicina quando da elaboração do Código Penal, certamente o legislador não teria proibido a antecipação do parto do feto anencéfalo.

E, por fim, a utilização da dignidade da pessoa humana, no caso concreto, é completamente descabida. Para o relator, a ofensa à dignidade da gestante decorreria do sofrimento árduo, desnecessário e cruel de estar grávida de um feto anencéfalo. Para Kant, a dignidade humana é uma noção estritamente vinculada à de autonomia, a qual é uma característica intrínseca ao agente racional. Em suas palavras, “a autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade da natureza humana ou de qualquer natureza racional” e “o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades” (KANT, 2003, p. 70). Logo, não seria a gestação uma afronta à dignidade da pessoa humana, em face do sofrimento de carregar no ventre um feto

anencéfalo, pois a gestação, ao menos em princípio assim se pode supor, decorreu de um ato voluntário da mulher, de forma que não se pode afirmar que a mulher, nesse caso, estaria sendo tratada como meio e não como fim; pelo contrário, a gestação é o fim de sua própria vontade.

Ao revés, o dilema moral subjacente não foi enfrentado pelo julgador. Entre os casos evidentes e os *hard cases*, há um espaço no qual devem ser explorados profundamente os argumentos que efetivamente motivam as decisões e esses argumentos somente podem ser explorados com a fundamentação precisa e honesta. Segundo Neil MacCormick (2006, p. 259), até mesmo o temperamento de juízes diferentes deve ser analisado para se explorar os motivos para a imprecisão.

Uma segunda decisão a se analisar é a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual a antecipação do parto, autorizada pelo tribunal *a quo*, foi desautorizada. No caso, o remédio constitucional foi impetrado pelo pai LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ, em favor de NASCITURO, que se encontra no útero da mãe, G.O.C., contra decisão que havia deferido a antecipação do parto. A Defensoria Pública, patrocinando os interesses da gestante, havia ingressado com ação para interromper a gravidez do feto anencéfalo. O juiz de primeira instância indeferiu o pedido, em decisão simplória, argumentando que o Código Penal não previa a situação em comento como hipótese permissiva da realização do aborto legal. Em seguida, em segunda instância, o Tribunal do Estado autorizou a antecipação do parto e houve então a interposição do *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça. A relatora, Min. Laurita Vaz, decidiu nos seguintes termos:

“O tema em debate é bastante controverso, porque envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Advirta-se, desde logo, que, independente de convicções subjetivas pessoais, o

que cabe a este Superior Tribunal de Justiça é o exame da matéria posta em discussão tão-somente sob o enfoque jurídico. Isso porque o certo ou o errado, o moral ou imoral, o humano ou desumano, enfim, o justo ou o injusto, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, são aferíveis a partir do que suas Leis estabelecem.

...

Contudo, é fato inarredável que a situação posta nos autos não está expressa na Lei Penal deste País como hipótese em que o aborto é autorizado. É certo que o trabalho do jurista, mormente o do Magistrado, não deve ficar engessado nas letras frias da Lei. Espera-se mesmo que o Juiz não seja um mero expectador das mudanças da vida cotidiana, mas, sim, um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive. Não se pode olvidar, entretanto, que há de se erigir limites. E estes não de ser encontrados na própria Lei, sob pena de se abrir espaço à odiosa arbitrariedade.

A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

Com efeito, o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca

exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou incorreção das normas que devem vigor no País para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento” (SUPERIOR..., 2004).

Considerável avanço argumentativo pode ser destacado em relação à decisão antes analisada, ao menos no que tange ao reconhecimento de que o tema envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Mas, em seguida, o primeiro equívoco é cometido, ao se afirmar que a discussão deveria ser feita apenas no enfoque jurídico, partindo-se do pressuposto, como se óbvio fosse, de que o direito é avesso à moral. A fundamentação racional não precisa estar desconectada da análise dos sentimentos que permeiam os *hard cases*¹⁶.

Em seguida, a Ministra afirma que a ética deve ser aferida somente da lei, sob pena de arbitrariedade, embora, paradoxalmente, afirme que o juiz não deve ficar engessado “nas letras frias da lei”. Afirma, ainda, que os defensores da interrupção da gestação do feto anencéfalo podem, no máximo, lamentar a omissão legislativa pois, tratando-se de tutela do direito à vida, não se pode admitir uma analogia *in malam partem*. Ora, *in malam partem* para quem? Para o feto ou para a gestante? A interpretação do art. 128 do Código Penal proibitiva quanto ao aborto é *in malam partem* para a gestante, enquanto que a interpretação permissiva do aborto é *in malam partem* para o feto.

¹⁶ A autora (NUSSBAUM, 1995, p. 118), analisando as decisões de dois juízes, conclui que os sentimentos de simpatia e indignação que são expressos são valiosos exatamente porque estão conectados com a boa argumentação jurídica: “In the Carr and Hudson opinions, the sentiments of sympathy and indignation that are expressed are valuable precisely because they are connected to good legal reasoning of a traditional sort and to a solid grasp of the facts”.

O princípio utilizado como fundamento nada resolve.

De outro lado, a afirmação de que a discussão sobre a correção ou incorreção das normas que devem vigor no país deve ser deixada para o foro adequado, qual seja, o parlamento, fulmina o consagrado *checks and balances*, o controle de constitucionalidade e contradiz a tendência mundial do ativismo judicial. A liberdade só pode ser exercida com a diluição de poderes que decorre exatamente do sistema de *checks and balances* (FRIEDMAN, 1962, p. 787). Por outro lado, a diferença entre jurisdição e legislação é especialmente de grau, pois ambas visam a criação do direito¹⁷.

Verifica-se, portanto, que a utilização de princípios e premissas falsas impedem um controle racional do argumento jurídico. Os verdadeiros valores que levaram à tomada da decisão trágica – sentimentos morais, convicções religiosas, ética etc, não são externados e, por isso, não têm como ser controlados. Por que no primeiro caso se entendeu que a liberdade de escolha da gestante deveria prevalecer e, no segundo, que a vida intrauterina deveria sobrepor-se? Nunca se saberá, porque o discurso não foi efetivamente racional, no sentido da ausência completa de fatores emocionais, não houve honestidade e transparência suficiente para embasar um controle pleno da decisão tomada.

¹⁷ “Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência e quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente mais freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz” (CAPPELLETTI, 1999, p. 26-27).

A terceira decisão foi prolatada, em maioria de votos, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em um mandado de segurança impetrado pela gestante LUCIMAR DA SILVA e seu companheiro IDALINO ALVES DE MATOS contra ato do juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri daquela comarca, que julgara extinto o pedido de autorização de interrupção da gravidez, em razão de o feto ser portador de anencefalia, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que, para a realização de aborto, nos termos do artigo 128, inciso I, do Código Penal, ou para a antecipação de parto, o médico prescinde de autorização judicial.

Os impetrantes argumentaram que a gestante alcançara a vigésima quarta semana da gravidez e que médicos especialistas do Departamento de Obstetrícia da Escola Paulista de Medicina, da Universidade Federal de São Paulo, constataram que o feto apresentava quadro de anencefalia com ausência da formação da calota craniana, cuja anomalia revela situação de incompatibilidade absoluta com a vida extrauterina. Alegaram ter direito líquido e certo à interrupção da gravidez, entre outros motivos, porque a saúde física e psicológica da impetrante deveria ser preservada, superando eventual crime de aborto, considerando que a morte do feto é fato insuperável. Colhe-se do inteiro teor do voto do Relator, Des. Roberto Martins de Souza:

“Por isso, muito se argumenta sobre eventual direito que a gestante teria em postular a interrupção da gravidez quando ocorresse a comprovação de que o feto estivesse acometido de anencefalia.

Mas a solução, segundo meu modo de ver, não poderia ser resolvida apenas com base no alvedrio da gestante, porquanto existem outros pontos a considerar.

De início, verifica-se que a Carta Magna assegura, entre outros, o direito à vida e desde a concepção, o nascituro

é pessoa de direitos e não de mera expectativa, devendo ser protegido pelo Estado. Não se justifica o sacrifício de uma vida sob o fundamento de que é materialmente imperfeito. Será que estaríamos retrocedendo para pretender, como a história atesta, alcançar a uma raça pura?

...

A deficiência da constituição do feto não pode determinar por si só a interrupção da gravidez na forma pretendida e, se os médicos não entenderam que o pedido da impetrante não poderia ser atendido sem que a pretensão chegasse à barra do Tribunal, então o estado de saúde da parturiente não deve ser tão grave ou que essa gestação acarrete seqüelas de natureza psíquica à impetrante.

Não se ignoram os problemas pelos quais passam os impetrantes, na expectativa do parto, além do sofrimento da mãe, porém, tais vicissitudes precisam ser suportadas porque vinculadas à condição humana” (SÃO PAULO..., 2006).

Os principais sentimentos do relator, que deveriam ser analisados profundamente no estudo da argumentação jurídica, são o medo de uma possível eugenia, quando ele questiona se estaríamos retrocedendo para alcançar uma raça pura, e seu explícito posicionamento no sentido de que o sofrimento a ser suportado pela mãe é vinculado à condição humana. O maior mérito do desembargador relator foi o de considerar e externar em sua decisão que, além dos aspectos jurídicos relevantes, devem ser sopesadas questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã e que ainda não se alcançou uma conclusão sobre o tema que atenda os interesses da sociedade da melhor forma possível. Deixou subentendido, portanto, que ele próprio sopesou tais questões morais e dogmas religiosos para decidir.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, houve uma decisão na qual o relator expressamente revelou sua convicção cristã e seus sentimentos pessoais quanto à vida humana. Embora essa decisão tenha sido muito criticada¹⁸, viabilizou não somente o controle da racionalidade por intermédio dos recursos cabíveis, mas a própria crítica doutrinária e quiçá social, ou seja, a racionalidade pública e aberta sobre o discurso proferido. No caso, a ação, objetivando a autorização da antecipação do parto, havia sido proposta pelo Ministério Público em prol de Rosely Bittar, então grávida de quatorze semanas de feto portador de anencefalia. Os argumentos centrais foram a ausência total ou parcial do encéfalo que inviabilizaria a vida e o teor da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual o ser proveniente dessa gestação não tem como escapar de uma fatal parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas após o parto. Alegou-se, ainda, atentado à dignidade da gestante. A autorização judicial foi negada em primeira instância. Eis o trecho mais relevante, do voto do Desembargador Nilo Lacerda, relator:

“A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos: e esta convicção tem inquestionável base científica. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos, criaturas do Criador.

...

¹⁸ As autoras (DINIZ; VÉLEZ, 2008) são firmes na crítica às decisões que invocam fatores religiosos, afirmando: “Isso significa que um juiz da Suprema Corte não pode ocupar o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no País: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar”.

Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor” (MINAS GERAIS..., 2006).

O principal equívoco da decisão refere-se ao fato de ter o desembargador ignorado completamente as alegações relativas ao direito da mãe. Verifica-se, no inteiro teor da decisão, que o julgador fez um amplo exercício retórico, mas somente no sentido pejorativo do termo, utilizando apenas as teses religiosas e emocionais relativas ao direito à vida para falar reiteradamente sobre a proteção dos interesses e direitos do feto, omitindo-se completamente quanto à possibilidade de risco à vida e saúde da gestante, ao peso que ela enfrentara ao gestar um feto inviável, aos danos psicológicos que poderiam advir etc.

Não obstante, a decisão permitiu uma fácil impugnação não somente pela omissão quanto aos direitos da mãe, mas também quanto à base científica mencionada pelo desembargador, quanto à laicidade do Estado, quanto à condição de ser humano de uma pessoa sem cérebro. Em outras palavras: o recurso às convicções pessoais ampliou a possibilidade de debate jurídico sobre o tema, demonstrou honestidade do julgador, porque qualquer pessoa que se proponha a analisar a decisão sabe exatamente quais os reais fatores que o levaram a tomar a decisão no sentido do impedimento da antecipação do parto.

Talvez pela tradição jurídica de que os juízes não devem expor as emoções e convicções pessoais, ao fazê-lo, o relator acabou por ignorar o discurso racional em sua plenitude. Como visto alhures, o discurso racional, para ser válido, pressupõe um equilíbrio reflexivo, no qual é possível a utilização das emoções e convicções, mas sem se olvidar de analisar racionalmente todas as teses colocadas à apreciação do poder judiciário pelas partes litigantes.

Sem sair da religião, é válido lembrar o argumento do utilitarista Stuart Mill (1968, p. 16), para quem, na regra de ouro de Jesus de Nazaré, há o espírito completo da ética da utilidade, ou seja: fazer aos outros como quiser que façam com você e amar o próximo como a si mesmo seriam o núcleo ideal da moralidade utilitária. Ocorre que, no caso do feto anencéfalo, o próximo é tanto a gestante quanto o feto e não há padrão de moralidade que ofereça uma única resposta correta ao magistrado. Portanto, qualquer decisão tomada pode ser tida como correta, à luz do vácuo legislativo, mas deve ser controlável, o que só é possível com a completa exposição dos fundamentos que levaram o juiz a decidir.

8. Conclusão

O aborto do feto anencéfalo, assim como outros temas tormentosos como a eutanásia e a clonagem de seres humanos, reflete uma discussão profunda, cujo caráter moral não pode ser alcançado por um consenso, talvez porque esses temas envolvam uma questão metafísica (RIBEIRO, 2008) – início e fim da vida humana –, cujos conceitos, embora possam ser científicos, também possuem forte conteúdo religioso e cultural. Dessa forma, é ingênuo, na melhor das hipóteses, pensar em analisar racionalmente as decisões judiciais a respeito do aborto do feto anencéfalo sem um criterioso estudo das emoções subjacentes que levaram à tomada da decisão.

No entanto, o que se verifica é que relutamos em admitir que há sensibilidades morais do julgador que devem ser desenvolvidas, formadas, estudadas e passíveis de controle racional, posto que influenciam o processo de tomada de decisão. Ignora-se o estudo das emoções, como se elas não fossem levadas em consideração pelo julgador mas, na prática, o que se vê é exatamente o oposto. É preciso, portanto, parar de negligenciar, de forma hipócrita e cínica,

o “desenvolvimento das capacidades adjetivas subjacentes” (KUMLICKA, 2006 p. 344) ao senso de justiça que é necessário à atividade judicante. E esse processo deve ser duplo: realizado tanto pelos julgadores, que não devem temer em colocar no papel os fundamentos emotivos de suas decisões, como pelos aplicadores do direito, que devem analisar a influência das convicções do julgador no processo de tomada de decisão.

A maior parte dos textos que abordam a teoria da argumentação jurídica esquecem-se que mencionada teoria não ajuda a descobrir a resposta correta quando não há dispositivo legal a ser aplicado. Nesses casos, o juízes ainda precisam recorrer a questões de moralidade para decidirem os casos que lhe são postos. Uma teoria completa da argumentação jurídica deve ser capaz de explicar a validade dessa consideração também. A intenção não é defender a redução de todos os princípios morais à simpatia, como defendia Adam Smith (2002, p. 8) em sua Teoria dos Sentimentos Morais, mas sim defender-se que a análise das emoções não pode ser descartada, já que não há uma única decisão correta, mas apenas uma busca por uma decisão justa e, para a tomada de uma decisão justa, os sentimentos podem ser utilizados de forma válida.

Pensar que os temas árdusos ou *hard cases* simplesmente não possuem resposta certa, ou seja, que há uma indeterminação generalizada em termos das questões jurídicas que envolvem filosofia moral é um passo para o arbítrio, e não é isso que se pretende. Dizer que não há uma única resposta correta, que é o que defendo, não é o mesmo que dizer que *não* há resposta correta. A busca pela correção é intrínseca à atividade discursiva e, em consequência, à atividade de julgar. Mas essa correção somente pode ser medida se houver honestidade quanto aos fundamentos que conduziram à tomada de decisão em um ou noutro sentido.

Minha intenção não é, como os emotivistas (STOCKER, 2002, p. 55), demonstrar que as emoções são constituídas por um conteúdo cognitivo, mas sim que a razão é composta por uma parte emotiva e que, portanto, o estudo racional do direito e a avaliação racional das decisões judiciais não podem olvidar ou negligenciar essa análise, sob pena de não haver uma plena correção do processo de tomada de decisões. Sendo razão e emoção indissociáveis, não se pode pensar em uma teoria da argumentação jurídica completa sem que haja a análise objetiva desses dois fatores. Essa análise deve ser feita por intermédio da biografia do julgador, chegando-se a um perfil do mesmo que possa, às vezes, até mesmo determinar que decisão será tomada, antes de ser prolatada a decisão.

É preciso apagar todo o antagonismo, ainda existente e propalado por muitos, entre o conhecimento sensitivo e o intelectual ou racional. São eles dois modos complementares para se chegar ao conhecimento total sobre determinado objeto e, do outro lado do processo de tomada de decisões judiciais, para se chegar ao pleno controle das decisões, por intermédio dos ensinamentos da teoria da argumentação jurídica. E tal deve ocorrer porque o próprio conhecimento humano – sensitivo e intelectual – versa de fato sobre realidades do mundo sensível.

A análise feita, no presente trabalho, sobre algumas decisões acerca de pedidos de autorização judicial para antecipação do parto do feto anencéfalo permitiu verificar que, na prática, os juízes têm decidido esses casos tormentosos com base em ampla carga sentimental, envolvendo convicções pessoais, religiosas etc. Não se pode fugir dessa realidade – a influência dos sentimentos na tomada das decisões judiciais. O que se pode e deve ser feito é analisar, sem hipocrisia, com honestidade, esses fatores subjacentes que levaram à tomada de decisão e, da parte dos juízes, exigir-se a exposição fundamentada, como preceitua

a Carta Magna, de todos os reais fatores que influenciaram o julgador a decidir de determinada maneira.

Os bons juízes precisam ter conhecimento técnico legal, conhecimento de história e precedentes e ter uma cautela especial com a imparcialidade. Mas, para ser integralmente racional, os juízes também devem ter capacidades como imaginação, fantasia e simpatia. Devem cuidar não somente de suas capacidades técnicas, mas também de suas capacidades de humanidade. Sem essa capacidade, suas imparcialidades serão obtusas e suas justiças, cegas (NUSSBAUM, 1995, p. 121). O concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira de juiz recentemente incluiu disciplinas chamadas de formação humanística: direitos humanos, filosofia e psicologia jurídica. Já foi um grande passo. É preciso, ainda, insistir na formação afetiva do juiz durante toda a sua carreira e não somente para o ingresso.

Na célebre história bíblica na qual duas mulheres tiveram filhos juntas e um dos filhos morreu, mas ambas alegavam ser mães do bebê vivo, Salomão mandou chamar os guardas e lhes ordenou: “Corte o bebê ao meio e dê um pedaço para cada uma”. Falado isso, uma das mães começou a chorar e disse: “Não, eu prefiro ver meu filho nos braços de outra do que morto nos meus”. Feito isso, Salomão reconheceu a maternidade dessa mulher, mandando que lhe entregassem o filho. Quem garante, todavia, ter Salomão tomado a decisão correta? Quem pode afirmar que efetivamente a mãe fosse a mulher mais justa? É possível que a verdadeira mãe fosse a outra, mas não tivesse tido a bondade da primeira. Somente um exame de DNA, que não existia na época, garantiria a decisão correta. No entanto, Salomão, decidindo com seu coração, prolatou sua sentença de forma justa com os meios possíveis à época. O sentimento, portanto, é um meio válido e útil no processo de tomada de decisões judiciais e, como tal, deve ser objeto do estudo jurídico.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.
- BORGMANN, Caitlin E. The meaning of 'life': belief and reason in the abortion debate. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 18, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1261343>>. Acesso em: 30 jul. 2010.
- BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica – CCJ/FURB*, v. 11, n. 21, p. 133-147, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>>. Acesso em: 13 jul. 2010.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CARVALHO, Teresa Robichez de. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=126556>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. London: Oxford University Press, 1965.
- DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina G. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 2, n. 16, p. 647-652, maio/ago. 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, New Jersey, v. 25, n. 2, p. 87-139, spring 1996. Disponível em: <<http://lucian.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2010.
- FRAILE, Guillermo. *Historia de la Filosofía*. Filosofía judía y musulmana. Alta escolástica: desarrollo y decadencia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2005.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- _____. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, p. 41-65, jul./set. 2007.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1990.
- GIBBARD, Allan. *Wise choices, apt feelings*. A theory of normative judgment. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARE, R. *Essays on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- HERRERO, Silvina. *Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto*. 2005. 28f. Tesinas (Máster em abogacía)-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Belgrano, 2005. Disponível em: <www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herreropdf>. Acesso em: 3 jul. 2010.
- HOLMES, Arthur F. *Ethics: approaching moral decisions*. 2. ed. Illinois: IVP Academic, 2007.
- KAHN, Paul W. The court, the community and the judicial balance: the jurisprudence of justice powell. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, n. 1, fall 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/796427>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia: análise crítica nos âmbitos médico e legal*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ginecologia e Obstetrícia)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism, liberty, representative government*. Londres: A. D. Lindsay. J. M. Dent and Sons, 1968.
- MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1.0024.06.199818-3/001(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, 2006.
- MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1.0191.05.007719-4/001(1), Rel. Des. Lucas Pereira, 2005.
- MORON, A. *Medicina fetal na prática obstétrica*. São Paulo: Santos Editora, 2003.
- Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- NUSSBAUM, Martha. C. *Love's knowledge: essays on philosophy and literature*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- _____. *Poetic justice. The literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press Books, 1995.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 1996.
- REAGAN, James E. Ethics consultation: anencephaly and organ donation. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 23, n. 4, p. 398-400, dec. 1995. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&hid=11&sid=5a4f5fbb-4b34-4aaf-9e98-c82088bad4ba%40sessionmgr13>>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- RIBEIRO, Flavia Regina Guedes. *Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido: o caso da anencefalia*. 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp056056.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2010.
- RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley e justicia y paz*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.
- SÃO PAULO, TJ. MS 905.037.3/0-00, Rel. Roberto Martins de Souza, 2006.
- SERBENA, Cesar Antonio; GRAZIERO, José Renato. *Lógica deontica paraconsistente e hard cases*. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2010.
- SERAFINI, Anthony. Is coma morally equivalent to anencephalia? *Ethics & Behavior*, v. 3, n. 2, p. 187-198, 1993.
- SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. Tradução de Cecília Prada. São Paulo: Palas Athena, 2002.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 32159 / RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 2004.
- TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: an assault on human rights?* In: THE JEAN MONNET PROGRAM. Disponível em: <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/080901.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

O atual Código Civil, sua intertextualidade e intersistematicidade como diretrizes metodológicas e sua proteção a grupos culturais

Manoel Hermes de Lima

Sumário

1. Introdução. 2. O reflexo da história da cultura no atual Código Civil. 3. O Código Civil e seu alinhamento com a Constituição Federal como forma de abranger grupos culturais. 4. Os direitos fundamentais nas relações privatistas. 5. O Código Civil na proteção da pessoa humana e a preservação da dignidade humana. 6. A validade e a aplicabilidade dos direitos civis. 7. O poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas. 8. Conclusão.

1. Introdução

A realidade do Código Civil de 2002 está estampada na recodificação do estatuto do cidadão brasileiro - Código Civil. A realidade é, ao mesmo tempo, o estar aí na linguagem de Gadamer (2004, p. 2004) e, também, como *deve ser* na compreensão dos defensores da teoria realista racional e da teoria construtivista. A realidade do Código reflete manifestação da sociedade brasileira, que, diante dos subsistemas surgidos na legislação civil, clamava por outro estatuto maior que aglomerasse as disposições civis, ainda não codificadas em estatutos independentes, bem como servisse de aparato aos subsistemas surgidos com denominação de códigos. Assim, nasce o Código Civil de 2002. Todavia, para que isso acontecesse, houve um processo de construção de novas regras e reconstrução de outras já existentes no Código anterior,

Manoel Hermes de Lima é Juiz do Trabalho - TRT 19ª Região e Professor de Metodologia do Ensino Científico do Curso de Especialização da EMATRA 19. Mestre em Direito Público pela UFPE, com Especialização em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela UNICAMP-Campinas-SP, em Sindicalismo e Arbitragem pela OIT, Turim-Itália, em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-Espanha; Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

que foram objeto de discussões de juristas renomados, imbuídos na elaboração de Anteprojetos. Fala-se, aqui, em Anteprojetos porque houve não só uma tentativa para elaboração do regente Código Civil. Inicialmente, para substituir o Código de Clovis Bevilacqua, o Governo brasileiro convidou o Professor Orlando Gomes, depois convidou o Professor Miguel Reale. Era necessária a renovação do Código Civil de 1916, em vista de já se encontrar ultrapassado pelo decurso do tempo. A própria Constituição Federal de 1988 encarregou-se de constitucionalizar várias regras de direito civil, cujo objetivo era dar eficácia aos direitos novos, para satisfazer os anseios da nação surgidos durante o interregno de 1916 a 1988, no período da descodificação. Dessa forma, enquanto não era elaborado outro Código Civil, a Constituição Federal, fugindo de sua finalidade precípua, serviu de esteio na regulamentação e ordenação dos direitos civis das pessoas físicas e jurídicas e de *grupos de pessoas* no seio da sociedade brasileira. Entre estes direitos destacam-se os de família, os de propriedade e outros.

Para a primeira tentativa de elaboração do Código Civil, em 1961, foi convidado o Professor Orlando Gomes, jurista baiano, cujo convite partiu do Ministro da Justiça Oscar Pedrosa Horta. O contrato entre o Governo Federal e o Professor Orlando Gomes foi firmado em 31.03.1963, no Governo de João Goulart, tendo como ministro da Justiça João Mangabeira, também baiano. O anteprojeto do Prof. Orlando Gomes não foi acolhido. Em 1969, o Professor e filósofo Miguel Reale assumiu, em pleno governo militar, a incumbência de elaboração de outro Anteprojeto de Código Civil.

Os trabalhos foram elaborados por uma comissão de juristas escolhidos por Miguel Reale, que apresentaram várias inovações, que estão bem expostas nas obras dos professores José Carlos Moreira Alves. A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro traz ao conhecimento da sociedade

os elementos históricos que serviram de paradigmas na elaboração do projeto.

Gama (2006), no livro *Direito Civil, Parte Geral*, e Costa e Branco, (2002), em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, delineiam os métodos utilizados por Miguel Reale, principalmente os da intertextualidade e intersistematicidade. As questões abordadas pelos juristas acima que mais chamam a atenção são: o resgate da unidade no atual Código Civil, despontando neste a discussão sobre a tentativa de deixar o Direito das Obrigações fora do novo Diploma do cidadão; o perigo e a lesão e, ainda, os institutos da prescrição, decadência, direito empresarial e outros. O atual Código não deixou de observar a tábua de valores – exatamente a pessoa humana e a dignidade da pessoa humana, sobressaindo ainda a eticidade emanada do culturalismo de Miguel Reale, aliada à socialidade.

2. *O reflexo da história e da cultura no atual Código Civil*

O Direito Civil está umbilicalmente ligado à história do homem, cujos primeiros progressos se deram em reunir, em uma habitação comum, maridos e suas respectivas mulheres, os pais e os filhos. Tem início o hábito de viver juntos, nascendo nos seres humanos o conhecimento do amor conjugal e do amor paterno. Cada família torna-se uma pequena sociedade unida (ROUSSEAU, 2008, p. 84). Aí começa não ainda um grupo cultural, mas familiar. A tendência, com o decorrer dos anos, era a constituição de grupos. Então, ao adquirirem uma base fixa, os homens, de errantes dos bosques, reúnem-se em diversos grupos e formam, enfim, em cada região, uma nação particular unida por costumes e características, não por regulamentos e leis, mas pelo mesmo tipo de vida e de alimentos, bem como pela influência comum do clima. As ideias e os sentimentos se sucedem, as ligações se estendem e

os laços se estreitam. Reúnem-se diante das cabanas e, em torno de uma grande árvore, festejam com cantos e danças. Esses foram os primeiros passos para formação de grupos culturais.

Costa e Branco (2002, p. 23), ao referirem-se à história da cultura, prelecionam exercer a história um papel de relevo na condução do processo cultural. A cultura, segundo os autores, é produto da ação do homem, porquanto atua sobre elementos da natureza e sobre os elementos exteriores a ela. Experimentar para conhecer é um elemento inato no ser humano. É possível dizer ser um impulso natural. A curiosidade leva o homem a experimentar para, em seguida, conhecer o objeto. Da experiência efetivada pelo sujeito sobre um objeto resulta a cultura; mais à frente, o conhecimento sobre o objeto. Para conhecer, precisa experimentar e, para isso acontecer, requer *atos de vontade que, com o decurso do tempo, transformam-se em fatos históricos* (COSTA; BRANCO, 2002, p. 23).

O ser humano é a própria história, o personagem vivo centrado no desenrolar dos fatos sucedidos no tempo, vivenciados e transportados por meio de relatos para o presente. A história retrata fatos de um passado longínquo, ou de um passado recentíssimo. Um acontecimento presente será transformado em fato histórico com o decorrer do tempo. Para saber a razão de um fato histórico no mundo contemporâneo, há de se estabelecer comparações com uma situação pretérita, ou seja, há de se recorrer à história para se perquirir a causa do fato ou fenômeno atual, valendo-se de dados escritos em documentos vivos e/ou revividos em narrações vazias. Dizem-se vazias porque retratam fatos verdadeiros ou falsos. Ao fazer-se referência a um dado histórico, o retratante vale-se de experiências, de registros na história da natureza, extraídos de seus processos de transformações aí contidos. A história, o dado histórico, tem residência na mente

humana, cujo pensamento constitui seu verdadeiro objeto. E, dessa forma, constrói-se a cultura.

O ser humano como fazedor da história é, e sempre será, seu sujeito universal, em vista de todo acontecimento ser dirigido a ele, ou voltado para si. É a meta objetivada em qualquer evento programado por ele próprio. O materialismo dialético procurou tratar dos problemas humanos ao mencionar como causa primeira dos fenômenos sociais o método de produção e troca. A sustentação desses fenômenos na teoria da mais-valia tem como afirmativa ser toda a história do passado a de lutas de classes, as quais conduziram os homens a conflitos e motins políticos.

A ação humana tem papel preponderante na história dos fatos. Daí a necessidade de serem revistos, analisados, discutidos diante dos eventos contemporâneos. Isso não quer dizer estar se repetindo a história. A época, os fatos, as circunstâncias, os fatores sociais e econômicos, os atores sociais são outros. A finalidade, sim, é a mesma: o ser humano como parte da sociedade. Este persegue transformações, mudanças nas instituições e nas estruturas sociais tidas como ultrapassadas, obsoletas; daí, muitas vezes, o inconformismo no ente humano. Todo e qualquer acontecimento fica gravado na história da humanidade, na mente humana e desloca-se de uma época para outra. O elemento humano, sem dúvida, está sempre inserido nesse contexto, torna-se o ator principal, em face de ser dotado, por natureza, de pretensões com o objetivo de satisfazer suas necessidades e, por isso, a todo instante, difunde ideias e pratica ações novas, às vezes benéficas à sociedade, outras vezes, prejudiciais. Para se ajudarem, as pessoas resolvem atualizar suas leis civis, em vista de ser a Constituição civil que trata dos referidos direitos, embasados, atualmente, na Carta Política. Por isso, o recente Código Civil brasileiro surge alinhado com a Constituição Federal de 1988.

3. O Código Civil e seu alinhamento com a Constituição Federal como forma de abranger grupos culturais

Um sistema jurídico, para ter coerência em toda sua estrutura conjuntural, sistêmica propende para a existência de harmonia no seu ordenamento jurídico. O ordenamento, para funcionar de forma coordenada e dotada de sentido jurídico normativo, encontra como imposição alinhar-se à Constituição Federal, cuja finalidade é salvaguardar os interesses não de um indivíduo em sua singularidade, mas os de todos os cidadãos incluídos nesse rol os grupos culturais. Assim acontece aos demais ramos do Direito existentes num território onde predomina o processo legislativo como método de elaboração de leis. É o procedimento adotado no Brasil. A Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, em torno do qual estão os demais componentes (unidades) constitutivos dos diversos ramos do direito, ligados a ela, na condição de normas inferiores, em respeito a sua hierarquia. A Lei Maior interessa-se pela proteção da coletividade, e nessa direção seguem as demais unidades do sistema jurídico. Se dessa forma a regra não for observada, a norma inferior é tida como incompatível com a Carta Magna e, por via de consequência, descartada do ordenamento jurídico, em face de ser reconhecida como inconstitucional.

Essa exigência estende-se a todas as unidades (direitos) contempladas no ordenamento jurídico brasileiro. O Direito Civil compõe esse ordenamento e, como tal, não escapa dessa exigência. O Direito Civil é uma *constituição*, mas a constituição do cidadão e, por assim ser denominada, não deixa de estar subordinado à Lei Maior do Estado. O Direito Civil, mais do que qualquer outro, em vista de dirigir internamente a vida dos cidadãos, está jungido a se afinar com a Constituição Federal, ou seja, tutelar, sobretudo, os direitos e interesses de grupos culturais. No Direito Civil, este

procedimento se dá por várias razões em face de ter o Código seguido uma *diretriz sistemática*, expressão distintiva da ideia de sistema, construída desde o Jusracionalismo, como abstrato modelo Geométrico (Idem, p. 10). A diretriz soa com a noção de unidade. A sistematização tem, aqui, o objetivo de construção de uma *ordem prática social*, arredando-se do sentido de intervenção de tipo *regulativo* (Ibidem, p. 111).

O Código Civil atual manteve, em seu bojo, a Parte Geral, visando a sua interligação com todas as outras partes componentes. Isso representa e identifica o termo sistema com um método de organização das matérias integrantes do Direito Privado (COSTA; BRANCO, 2002, p. 96).

Ter o sistema como encadeamento lógico-dedutivo, entende-se como recepcionada uma estrutura lógico-formal, contendo materialmente princípios de valor e cláusulas gerais, permissivas de ligação intersistemática, principalmente, com a Constituição Federal, delineando o sistema ou axiológica como uma ordem teleológica (CANARIS, 2006, p. 225-245). Também ainda dentro dessa intersistemática, o Direito Civil abre-se para interagir com outras ciências como a Sociologia e a Psicologia. A relação do Direito Civil com esta última ciência sobressai, como explica Gama (2006, p. 14), na expressão: *direitos de personalidade*. O jurista citado descreve a personalidade como um dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, e nesse diapasão ensina: *a personalidade civil, por conseguinte, não se esgota apenas na visão clássica de aptidão para titularização de situações jurídicas (ativas e/ou passivas), mas se estende para ser reconhecida como valor desprovido de qualquer patrimonialidade*.

O Código Civil é, deveras, despatrimonializante, porquanto põe no mais elevado pedestal a pessoa humana. O novo diploma civil estabelece distinção entre o *ser* e o *ter*. A recente legislação civil reconhece a necessidade de construir uma filosofia civilística voltada para a pessoa humana enquanto

sujeito de direito, dotada de vontade por ser esta um elemento essencial e fundante no Direito Privado. A valorização da pessoa, como fundamento maior nas relações de natureza civil, demonstra a racionalidade do atual Código na preservação da dignidade humana. Grupos sociais são formados por pessoas humanas, o que significa que, no grupo, cada pessoa tem sua individualidade, sua particularidade, levando o Direito Civil a apoiar-se no princípio da eticidade e, assim, tutelar os direitos desses indivíduos. Nesse desiderato, o Direito Civil considera cada pessoa como parte do todo e este como o todo de cada parte. O grupo cultural, por ser formado de pessoas, mantém em si os valores de civilidade. Além do princípio da eticidade, norteador do Código de 2002, também exerce essa função o princípio da socialidade, que, segundo Gama (Idem, p. 16), atende às exigências da realidade pós-moderna, em vista de estar diretamente ligado às relações sociais e econômicas. Os termos socialidade, relações sociais e econômicas têm como sujeito grupos de pessoas, que, por seu turno, constituem grupos culturais. A efetividade dos direitos civis de grupos culturais está centrada no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, por conta de traçar diretrizes no sentido da construção de uma sociedade mais *livre, justa e solidária*. Esses três elementos têm sentido ambíguo, daí se aplicar ao termo *sociedade mais livre* o significado de admissibilidade de poder um particular reunir-se em um grupo para dele fazer parte, integrando nele sua individualidade; quando se refere ao termo *sociedade mais justa*, significa a possibilidade de adequação de grupos culturais no âmbito de proteção das regras de Direito Civil como se fosse um único particular; e, por fim, *uma sociedade mais solidária*, significa que a sociedade, como um todo, está no dever de respeitar o grupo cultural social na sua especificidade, considerando os elementos formadores do grupo (pessoas), que são, ao lado do grupo, também titulares de direitos civis, em face

de gozarem *do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana relativamente ao outro* (GAMA, 2006, p. 15).

A personalidade humana é objeto de tutela do Direito porquanto é mais valiosa do que qualquer outro objeto, inclusive a propriedade – bem patrimonial. O direito, na tutela da personalidade humana, tem função social e, dessa forma, insere-se na sociedade, tornando-se com esta compatível e coerente; mas também tem o condão de atuar constitutivamente na sociedade, particularmente como fator de integração desta, visando a resolução dos conflitos sociais, como elemento conformador ou inovador transistemático da própria sociedade.

O Código Civil de 2002 não se absteve de tutelar a personalidade, própria da pessoa humana, assim definida por Gama (2006, p. 25): *antes de tudo individualidade, união inconfundível, mas também é partícipe como ser gregário – da sociedade*. Nesse segmento, não há como negar estar contida na personalidade da pessoa humana a sua dignidade. Toda pessoa humana é dotada de dignidade. Para ter dignidade, impõe-se ter personalidade, em vista de somente ser adquirida com o nascimento com vida, dado que, no conceito jurídico-normativo, é aí quando efetivamente o nascido é considerado pessoa humana. A lei civil, mesmo antes do nascimento, põe a salvo o direito do nascituro. Neste ponto se confirma ainda não existir pessoa humana, pois, se assim considerasse, o Código não poria à frente, como tutela, bens patrimoniais.

Gama (Idem, p. 23), em seu escólio, traz ao conhecimento do estudante e pesquisador haver para a personalidade três teorias: a primeira é a denominada teoria natalista, a qual fixa o início da personalidade a partir do nascimento com vida; a segunda teoria tem como defensor Clóvis Beviláqua, denominada teoria da personalidade condicional, na qual se reconhece a personalidade a partir da concepção, mas condiciona seu reconhecimento se houver

nascimento com vida; a terceira reconhece uma personalidade absoluta, em vista de não estabelecer qualquer condição desde a concepção ao nascimento. Das teorias focadas, a primeira é a mais aceitável pelo Código Civil de 2002.

Quando se fala em direitos de personalidade, vem a lume a ideia de direitos humanos e de liberdades. Direitos humanos abrangem a noção de direitos fundamentais – direitos reconhecidos e deferidos universalmente à pessoa humana desde 1789, em seguida em 1945 e depois em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa universalização se espalhou pelas diversas nações do planeta, inserindo-se nas Cartas constitucionais de boa parte dos países, na condição de direitos fundamentais. A personalidade no direito brasileiro anterior e no atual percorreu caminhos comuns. Ambos surgiram no Brasil por meio de construções doutrinárias, mas, para tanto, houve a inserção em leis especiais e na Constituição da República (GAMA, 2006, p. 31). O Código Civil brasileiro, na Parte Geral, indica as características atribuídas ao direito de personalidade: 1 – a intransmissibilidade; 2 – a irrenunciabilidade; 3 – a impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, como bem elucida Gama, acrescentando reconhecer a doutrina a sua imprescritibilidade e a sua natureza de direito absoluto, dado o fato de ser oponível *erga omnes*. Nesse seguimento, torna gerador de uma obrigação a todas as pessoas de se absterem a não causar lesão, bem como não representar ameaça de lesão a quaisquer dos direitos da personalidade (Idem, p. 32).

Os direitos de personalidade, apesar de serem irrenunciáveis e de voluntariamente serem insuscetíveis de limitação voluntária, sujeitam-se a limitação decorrente da lei, denominado, aqui, *limitação legal*. Essa limitação está condicionada ao comportamento, à atuação negativa da pessoa na sociedade, com a prática de atos contrários à lei, à ordem econômica e social. Para es-

sas situações, o jurista citado acima retrata com fidedignidade sua forma de e quando acontecer:

O primeiro desses limites apontado diz respeito ao abuso de direito. Embora seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito, conforme previsão contida no art. 187 do Código Civil de 2002. Na própria dicção do art. 5^o, inciso II, da Constituição Federal de 1988, observa-se que a liberdade pode sofrer restrições tais como outros bens jurídicos, daí a função do princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao direito da liberdade” (Ibidem, p. 40).

Assim, a pessoa não está autorizada a agir fora dos limites traçados na lei, sobretudo se a infringência se der contra as regras constitucionais e de direito civil. Embora seja autorizada a pessoa exercer sua autonomia privada, deve, entretanto, observar os limites existentes, explícitos na lei, como regras de não fazer quando o fazer for prejudicial ao fim sócio-econômico do direito geral de personalidade. Nas situações de ocorrências da limitação de personalidade, não se tem como impedir a implicação nas liberdades com reflexo nos direitos e garantias no âmbito das relações entre particulares. A pessoa humana, nas suas relações sociais, comerciais e negociais, vale-se da autonomia da vontade. Isso quer dizer ter o indivíduo ou pessoa a faculdade de fazer valer seus direitos fundamentais.

4. Os direitos fundamentais nas relações privatistas

O Código Civil de 2002 não fugiu da adoção da estrutura bipartida, isto é, a divisão do Código em Parte Geral e Parte Especial. Essa é uma marca de influência alemã. O atual Código, objetivando operar

por meio de um sistema móvel, visando facilitar a solução de certa questão já ocorrida em outro sistema de Direito Civil, acena para a construção teórica feita pela doutrina alemã, como enfatiza Gama (2006, p. 16). Nesse sentido é o entendimento de Costa e Branco (2002, p. 95), ao afirmarem ter o Código adotado o que se convencionou chamar de plano germânico, seguindo-se à Parte Geral a Parte Especial, composta por cinco livros. Em face dessa inspiração no sistema brasileiro e no direito alemão, é de convir ser necessário fazer-se um estudo mostrando as influências dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.

Sarlet (2006), em *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*, agregou ao referido livro um texto de Canaris, em cuja obra o autor alemão inicia suas palavras comunicando a existência, atualmente, por amplo consenso de implementação pela União Europeia, de uma forte harmonização para chegar a uma unificação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, com alcance, também, no Direito Privado. Acresce, estão se incrementando trabalhos preparatórios nesse sentido, com promessa de esboço de projeto de um Código europeu dos contratos. Esse trabalho vem sendo conduzido pela Academia dos direitos privatísticos europeus, que já publicou, em 1995, um projeto de contratos de Direito Europeu. Ele explica que, além dos conteúdos das ordenações discutidas para harmonização, estão também os modos de precisar, aos quais os doutrinadores europeus denominam *Dogmática*. Ele a intitula *disciplina*, o que encaminha o leitor e intérprete à ideia de ter a Dogmática sentido de ciência. Os juristas americanos, defensores do Pragmatismo, do porte de (POSNER, 2004), não veem dessa forma. Para estes, a dogmática é uma técnica de compreensão e aplicação das normas jurídicas.

Canaris (2006, p. 226) prossegue em seu discurso, acentuando estar a dogmática, segundo opinião tradicional, referida a um determinado ordenamento jurídico

nacional, cujo objeto é a sua sistematização conceitual. Elucida a necessidade da noção de harmonização transnacional do Direito como carecedor de uma dogmática bem elaborada para não ocasionar uma confusão conceitual e gerar contradições teleológicas. As harmonizações, defendidas pelo jurista alemão citado, dizem respeito a sua ocorrência nos Estados componentes do bloco europeu. A harmonização, portanto, tem o escopo de perseguir a sistematização conceitual na União Europeia, em face de utilizar-se da dogmática de forma planejada e elaborada, com o fim de fornecer modelos de pensamento e padrões de soluções. O encontro dessa unidade de modelos de pensamento é vital para o surgimento da forma ideal.

A União Europeia, para reger os Estados componentes do bloco, não criou uma Constituição no sentido estrito, mas elaborou um Tratado – Tratado de Lisboa, com reconhecimento de uma federação, na qual todos os Estados-Membros gozam de independência e soberania. O Tratado, na persecução de seus objetivos e finalidades, promove a *unificação do Direito Privado*, entendendo o jurista alemão ser adequado para um tal *modus operandi*, cabendo observar o modo pelo qual essa influência deve ser pensada em termos jurídicos. Rejeitam-se, então, determinados conteúdos de Direito Privado, resultantes da influência dos direitos fundamentais (CANARIS, 2006, p. 226).

A hierarquia das normas e a supremacia dos direitos fundamentais em relação ao Direito Privado são, também, assuntos contemplados no texto do jurista alemão. Nele, explicita preordenar em todo ordenamento jurídico moderno, de modo cogente, na questão da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado (Idem, p. 227). A lógica jurídica conduz o leitor e intérprete nessa direção; de serem os direitos fundamentais partes da Constituição de cada país e terem um valor mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, o qual sofre influência da-

quelas. É bom deixar claro não só estarem os direitos fundamentais acima do Direito Privado, mas acima de todas as demais normas, até mesmo das normas simplesmente constitucionais. Estas podem ser flexibilizadas, renunciadas; aquelas, não. As normas fundamentais são *rígidas*, são cláusulas *petreas*.

Torna-se evidente não ser a Constituição, em princípio, o lugar correto e habitual para efetivar a regulamentação das relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas Canaris (Ibidem), o que é próprio do Direito Privado, em vista de o referido direito disponibilizar soluções bem diferenciadas para os conflitos entre particulares. A Constituição só entraria na solução de conflitos entre particulares caso surgisse alguma controvérsia não contemplada pelo Direito Privado, envolvendo questão concernente a direitos fundamentais.

Na Alemanha, na relação entre direito fundamental e Direito Privado, é facultado a cada pessoa valer-se da via do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), para o Tribunal Constitucional Federal, se, eventualmente, houver violação em um dos seus direitos fundamentais pelo poder público. Há consenso de também os tribunais cíveis serem considerados *poder público* nesse sentido, daí a possibilidade de recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra qualquer sentença de tribunal cível de última instância, até mesmo do Supremo Tribunal Federal (CANARIS, 2006, p. 228).

No Brasil, há possibilidade de recurso de decisão de Tribunais de Justiça para o Tribunal Superior de Justiça e deste para o Supremo Tribunal Federal nas decisões de última instância, sempre que houver violação de direitos fundamentais. No Brasil não existe Tribunal Constitucional Federal. O Supremo Tribunal Federal é, por força de reconhecimento da Constituição Federal, competente para conhecer das causas em última instância, envolvendo matéria constitucional.

Para efetivamente desenvolver a dogmática, ou seja, fazer o aprofundamento teórico e sistemático Canaris (2006, p. 236-237), opina com o seguinte pensamento: a compreensão da relação entre direito fundamental e Direito Privado seria extraordinariamente facilitada se distinguíssemos entre três perguntas. Em primeiro lugar, quem é o destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jurisprivatistas? Em segundo lugar, de quem é o comportamento objeto do exame realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim, em que função os direitos fundamentais se aplicam – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado (*Abwehrrechte*), ou como mandamentos (deveres) de proteção?

Canaris (Idem) responde à primeira pergunta, considerando-a constitutiva de fundamental na controvérsia cultivada há décadas na Alemanha, sob as deixas da eficácia externa imediata e da eficácia externa mediata. O termo eficácia externa, literalmente significa a eficácia em relação a terceiros, designando a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os sujeitos de Direito Privado. Opõe-se ao efeito próprio das relações entre os cidadãos e o Estado. A expressão *imediate* se aplica aos próprios sujeitos do Direito Privado, bem como ao Estado na condição de destinatários dos direitos fundamentais, tanto dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, quanto dos direitos fundamentais na condição de normas objetivas. A aplicação imediata produz como consequência eficácia externa imediata e implica a supremacia dos direitos fundamentais da condução, sem mais nem menos, de proibições de intervenções no âmbito das relações privatistas a direito de defesa em face de outros sujeitos jurisprivatistas.

Enfatizando a distinção dos destinatários dos direitos fundamentais na Alemanha, Canaris (Ibidem, p. 238), entende ser

somente destinatário dos direitos acima o Estado, mas produzem efeito sobre as relações entre sujeitos jurisprivatistas apenas mediatamente. Ainda no seu raciocínio, o autor citado afirma que os direitos fundamentais devem ser considerados na concretização das cláusulas gerais civilistas. Ele também clarifica seu ponto de vista de não estar ainda esclarecido como o efeito mediato pode ser explicado de forma dogmática precisa. Na distinção segundo o objeto do exame, com base nos direitos fundamentais, leis privatistas na Alemanha são consideradas da mesma maneira como ocorre com a legislação no âmbito do Direito Público. Consigna haver possibilidade de tanto uma como outra norma serem suscetíveis de violar o cidadão nos seus direitos fundamentais.

Segundo a função dos direitos fundamentais, são aplicados no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares e servem, em primeiro lugar, para a defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos, constituindo proibições de intervenção e direito de defesa em relação ao Estado.

Tudo tem um passado, uma origem, uma história. Diferente não é com relação aos direitos fundamentais concernentes às relações entre particulares. Andrade (2006, p. 273-299) retrata a história dos referidos direitos, explicando haver antes o individualismo exercitado isoladamente num espaço social e político, época em que a sociedade e o Estado formavam dois mundos diferentes, egoísticos, não dando margem ao reconhecimento e concessão de direitos fundamentais aos indivíduos. Apesar disso, já se prenunciava sua imperatividade, estando em causa a exigência de uma teoria prática, em vista da finalidade dos direitos fundamentais, os quais consistiam na proteção da sociedade contra os arbítrios e ingerência do Estado. A especificidade dos direitos fundamentais, nas relações entre o indivíduo e o Estado, conduz a um fim: salvaguardar a liberdade individual. A

liberdade propalada e almejada não veio à sociedade “de mão beijada”. Sua mudança se operou no meio de lutas de classes na sociedade, surgindo, daí, no contexto de uma realidade político-social, a denominada sociedade técnica de massas, mas ainda sem as garantias na sua totalidade. O autor enfatiza esse clima da seguinte forma: a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não se podem realizar espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar.

Essa visão de Estado interventor nas relações econômicas e sociais, na proteção das pessoas, não implica isentar os indivíduos, em suas relações, de se respeitarem reciprocamente, pois, juridicamente, no âmbito do direito privado, entende-se como inserido no conceito de direitos fundamentais e nas relações privatísticas. E assim é, porque, mesmo nas relações entre particulares, impõe-se a observação de dois grandes princípios constitucionais. O primeiro desses princípios é o da dignidade da pessoa humana. A partir do instante em que indivíduos, nas suas relações de direito privado, não respeitam no outro indivíduo sua dignidade humana, não há contrato, não há negócio jurídico, mas uma relação de imposição e submissão, caracterizando uma relação típica de *senhor e escravo*. O outro princípio é o da igualdade. Numa relação entre particulares, a igualdade é corolário de liberdade e ambos os princípios estão interligados ao da dignidade da

pessoa humana, e levam ao entendimento de serem as relações, entre particulares, integrantes do contexto de direitos fundamentais.

Os direitos, liberdades e garantias, nas relações privadas, fazem alusão a direitos fundamentais como direitos subjetivos, com deveres típicos correspondentes. Frisase, nesse patamar, a existência da isonomia privada, advertindo-se para a validade *erga omnes* dos direitos fundamentais, incluindo, nesse rol, os direitos ligados à dignidade humana. A razão dessa sustentação prende-se à proibição, por qualquer pessoa, privada ou pública, de violar os direitos fundamentais. Ao próprio Estado cabe a proteção desses direitos instituídos como bens jurídicos.

Foram muitas as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos no Estado absolutista, para romper com a supremacia estatal na defesa de direitos subjetivos, no sentido de ser alcançado pelos indivíduos um espaço de liberdade, com limites estabelecidos ao Estado. Opostamente à relação entre indivíduos e Estado (relação de desigualdade), a relação entre indivíduos, titulares de direitos fundamentais, era de igualdade perante a lei. Nessa descrição, nota-se uma igualdade esgotada em uma dimensão formal, constitutiva de avanço em relação ao período da divisão estamental da Idade Média e do início da Modernidade. Os direitos fundamentais alcançados pelos indivíduos foram considerados liberdades públicas, porquanto eram exercidos perante o Estado. Eram, assim, liberdades negativas, as quais impunham deveres de omissão por parte do Estado.

Estabelecidas as livres relações jurídicas interprivadas, reputou-se a concretização dos direitos fundamentais já alcançados. As liberdades privadas pressupunham o respeito pelo Estado. Fachin e Ruzyk (2006, p. 89-106) denunciam o pensamento de John Locke como o mais relevante entre o público e o privado. Locke traz ao mundo jurídico a noção de propriedade, daí ser

seu pensamento o precursor do patrimonialismo, característico do Direito Civil de matriz liberal.

A partir de Locke, a propriedade sobre bens incorpora-se à personalidade do sujeito e toda construção feita pelo homem, obviamente, só se dá mediante o uso da força do trabalho, a qual se torna propriedade sua. Assim, o homem pode vender seu trabalho a quem desejar adquiri-lo. Na concepção lockeana, quem é proprietário de bens é proprietário de sua força de trabalho, ou simplesmente de seu trabalho, podendo ser físico ou intelectual.

Referente à relação jurídica, abstração e neutralidade excludente, o exercício dos direitos subjetivos foi sendo forjado pelo positivismo jurídico, travando entre os titulares do direito o cumprimento recíproco de um dever de ação ou de abstenção (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 96).

5. O Código Civil na proteção da pessoa humana e a preservação da dignidade humana

Quando o Estado intervém para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, seu objetivo maior é, antes de tudo, fazer respeitar a dignidade da pessoa humana. Nesse seguimento, essa questão significativa no contexto do Código Civil exige, na sua conjuntura, uma análise crítica na Parte Geral do Código de 2002, com a proposta de discussão do modo como se pode chegar ao alcance da repercussão na abstração em que o Direito Civil tradicional mergulhou. É preciso também visualizar como essa abstração constitui empecilho à concretização dos direitos fundamentais, na dimensão das relações interprivatistas. É comum ver, em vários escritos, *princípio da tutela da dignidade da pessoa humana*. Abre-se, aqui, um parêntese para assinalar que o princípio da dignidade é um princípio mais do que autoaplicável, por si só suficiente, que já contém seu aparato defensável como princípio que é. Embora abstrato e indetermi-

nado, é o princípio maior, universalmente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Preenche, no seu conteúdo universal, sua aplicabilidade imediata, sem qualquer discussão. Esse princípio incorporou-se nas Constituições de diversos países democráticos, inclusive na brasileira de 1988, transformando-se em *princípio dos princípios*. Uma vez violado esse magno princípio, sua autoaplicabilidade se autoinstrumentaliza e se autoconcretiza pela via do consenso normativo-jurídico, tanto externo como interno. Internamente, os direitos fundamentais, as leis constitucionais e demais leis federais, estaduais, municipais e normas diversas, de forma generalizada, todas estão vinculadas e obrigadas a observarem esse princípio. Existe, sim, a *tutela da pessoa humana* pelos direitos fundamentais e demais leis contidas no ordenamento jurídico. Se o princípio da dignidade humana estiver sujeito à tutela, ele passa à condição de igualdade ou inferioridade das regras e normas acima citadas. É preciso não confundir pessoa humana com dignidade da pessoa humana. São termos diferentes na ordem lógica normativa e semântica. Pessoa humana é termo gnosiológico e dignidade da pessoa humana é termo semitranscendental, indefinível, abstraído da pessoa humana, mas absorvente da pessoa como elemento concreto.

Moraes (2006, p. 107-149) anda bem ao delinear a distinção dos seres humanos, renunciando *serem eles detentores de uma substância única, uma qualidade própria, comum unicamente aos humanos: uma dignidade inerente à espécie humana*. Em função dessa qualidade própria, comum unicamente aos humanos, é que se tem, aqui, a dignidade humana nesse escrito, o dito *semitranscendental*. O termo transcendental começou ser usado no fim do século XIII, como as propriedades que todas as coisas têm em comum, que por isso excedem ou transcendem as diversidades de gêneros em que as coisas se distribuem. Kant ([199-], p.

92-93), entretanto, lança um novo conceito quando diz: *Não chamo de transcendental o conhecimento que cuida dos objetos, mas o que cuida do nosso modo de conhecer os objetos e que seja possível a priori*.

O modo de conhecer os objetos é o que clarifica, no pensamento humano, a ideia da existência de dano causador de mácula ou prejuízo à pessoa humana, refletindo na dignidade da pessoa humana. Vale dizer, semitranscendental é o conhecimento da possibilidade do conhecimento ou do uso dele *a priori*. Assim, transcendente antecede à experiência. Dignidade humana antecede a dano à imagem, a dano moral etc. Surgida a ameaça ou efetivada a ofensa à pessoa humana, tem-se como afetada a dignidade da pessoa humana.

É por essa razão que Moraes (2006, p. 107-149), na indicação da raiz etimológica da palavra *dignidade*, do latim *dignus*, ensina que tem como aquele que merece estima e honra; aquele que é importante. Fundamenta sua assertiva em Kant e explica haver no mundo duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Wüden*). O preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares; de outro lado, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral.

A dignidade está dentro de cada pessoa humana. Já vem com a pessoa ao nascer com vida, daí toda a proteção destinada à criança (pessoa). Pode-se afirmar já haver pressuposição de dignidade humana mesmo antes de a pessoa nascer com vida. A preservação dos direitos do nascituro é uma prova disso. Tais assertivas levam o intérprete à noção de serem as pessoas, antes de tudo, *proprietárias de dignidade*, a qual se posterga até mesmo depois de sua morte. Verifica-se isto na questão da divulgação do nome e da imagem do falecido, que, para serem exibidos, precisa de autorização de seus descendentes ou sucessores. A pessoa humana consagra-se na sua dignidade; daí a rejeição de se usar a pessoa humana como meio para alcançar um fim.

Moraes (2006, p. 116) expõe a construção do termo dignidade, afirmando ser um conceito filosófico, político, negando ao ordenamento jurídico a possibilidade de determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. O mesmo se dá com as Constituições de Estados que a contemplam. A autora adiciona ao seu ponto de vista haver, no processo de incorporação à Constituição, o reconhecimento à pessoa humana de sua condição de sujeito de direitos. O princípio constitucional visa garantir o respeito e proteção da pessoa humana, assegurando-lhe um tratamento humano, não degradante, em completa observância à dignidade da pessoa humana. A proteção é de ser dada à pessoa, porque, isto ocorrendo, configura respeitada a dignidade humana. O processo, aí, segue a via indireta. A pessoa humana é concreta, enquanto a dignidade é abstrata. Ela, dignidade, agrega outras vertentes abstratas como a honra, a fama, a imagem etc.

A dignidade humana é o mais elevado valor ético jurídico da pessoa humana. Moraes (Idem, p. 118) trata o princípio da dignidade humana como o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil. Complementa, entendendo como significativo a dignidade alcançar todos os setores da ordem jurídica. A autora constata nisso a dificuldade de a hermenêutica chegar aos contornos e aos limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Preocupa-se com o espraiamento da noção, condutora de levar ao risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. A ampliação das diversas conotações da dignidade humana constrói-se uma generalização absoluta, indicada como *ratio* jurídica, o que torna impossível qualquer aplicação do referido princípio

Ora, nenhuma norma ou lei jurídica é editada sem trazer como objeto a pessoa hu-

mana. Todas elas, sem exceção, são assim. Essa preocupação normativa de voltar-se sempre para pessoa humana significa estar sempre a sinalizar para a generalização do princípio da dignidade humana, para a observação do mesmo, levado a extremo sim, e inserido em toda *ratio* jurídica, e por isso não causa qualquer impossibilidade de aplicação. A hermenêutica jurídica se encarregará de verificar o momento e as condições adequadas para sua aplicação. O princípio da dignidade carece de interpretação, por ser bastante em si mesmo. O que demanda interpretação é a ofensa à pessoa humana, que será dimensionada, analisada, e, conhecido o tipo, interpretado, aplica-se então o princípio que já se encontra pronto e acabado, ou seja, completo.

É verdade manifestar-se o fundamento jurídico da dignidade humana no princípio da igualdade. Este é aliado àquele e corolário do princípio da liberdade (MORAES, 2006, p. 120). É de salientar que este é dependente do princípio maior, pois só há liberdade se houver dignidade humana. Também é verdade manifestar-se a igualdade nas diferenças. Conhece-se a igualdade formal, a qual é só no papel, apenas aparente, sem concretude. De outra parte, há a igualdade substancial, cuja finalidade é tratar as pessoas desiguais em conformidade com a sua desigualdade. O princípio da igualdade, no escólio da jurista em comento, é o que mais se presta a ensinar casos difíceis. A autora segue a corrente de Dworkin, em vista de aí ser necessário o uso de aplicação dos princípios constitucionais a todas as relações jurídicas.

A violação do direito de igualdade, ensejadora de danos morais, traduz-se na prática de tratamento discriminatório, com procedimentos de diferenciações sem justificativas, baseados em diversas formas repudiadas pela sociedade. Ao princípio da igualdade deve ser integrado o *princípio da diversidade*, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura (Idem, p. 125). Denota-se ser a identidade de cultura de origem um

valor que deve ser reconhecido, e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade. Ainda nessa discussão, a autora distingue igualdade como estado de fato e igualdade como regra ou princípio. A diferença é o contrário da igualdade como estado de fato: se duas coisas são diferentes é porque não são iguais. Todavia, a igualdade como princípio, seu oposto não é a diferença, mas a desigualdade.

Durante longo tempo no Direito Civil, a liberdade e autonomia privada eram consideradas conceitos sinônimos. As duas figuras confundiam-se, quando se tratava de igualdade formal, em situações patrimoniais. O Código Civil funcionava às vezes como Constituição, marcando as regras do jogo, pelas quais concedia plena liberdade ao autêntico representante do valor fundamental da época liberal (Ibidem, p. 135).

6. *A validade e a aplicabilidade dos direitos civis*

Parafraseando Andrade, nessa linha de raciocínio, é possível por-se o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Em certo sentido e simetricamente em comparação com a situação anterior, deva-se dizer que esse problema tem de ser posto. Pois bem, os direitos fundamentais, constituídos de *cláusulas pétreas*, como princípios e valores constitucionais, não estão suscetíveis de renúncia nas relações entre particulares, nem mesmo nas relações entre particulares e Estado. Os direitos fundamentais são uma criação, não do Estado, mas de um poder que não pertence ao Estado – o poder constituinte –, construtor dos referidos direitos como verdadeiros direitos públicos para regerem tanto o Estado em suas relações e os particulares entre si e entre particulares e Estado. Os direitos fundamentais, uma vez constituídos, são entregues ao Estado para bem gerenciar, velar pelo seu efetivo respeito e aplicação, sob pena de serem

consertados pelo Poder Judiciário, para restabelecer o *status quo ante*.

Na questão de sua aplicabilidade, há duas correntes. Uma defensora de aplicabilidade imediata e outra que destaca a relevância indireta ou aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados (ANDRADE, 2006, p. 277). Os defensores da segunda corrente sustentam a aplicabilidade mediata tão logo ocorra regulação legislativa do direito privado. Em se tratando de direitos fundamentais, não tem lugar a discussão de aplicabilidade imediata ou mediata. Direitos fundamentais, não importam seu destino de aplicação, constituem uma só categoria – a de direitos fundamentais –, e sua aplicação será, sempre, imediata. A aplicabilidade mediata é restrita às leis inferiores e não aos direitos fundamentais. Não existem direitos fundamentais programáticos. Todos são de plena e imediata aplicabilidade. Sua postergação de aplicação não ocorre, daí ser despicienda a discussão de aplicabilidade mediata, mesmo se tratando de relações de direito privado, salvo se a norma for ordinária, de caráter programático.

7. *O poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas*

A discussão da questão indicando a situação ocorrente de poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas sobre outros indivíduos é complexa. Vislumbra-se nisto relações de poder, que, todavia, não são obrigatoriamente jurídicas, em vista de não se tratar de relações entre iguais, e, por isso, há necessidade de ser destinada a proteção de liberdade dos homens comuns situados em posição de vulnerabilidade. Andrade (2006, p. 287) focaliza três diferentes relações de poder privado: 1 – as semelhantes às relações especiais de poder típicas do direito administrativo; 2 – as de grupos ou de organizações sobre seus membros; 3 – as relações

de poder dentro da família, entre menores e pais (ou tutores).

O critério da desigualdade ou de poder social, tratado como critério classificatório, subministra em abstrato as entidades e o Estado e demais pessoas coletivas públicas a atuarem na condição de sujeitos passivos dos direitos fundamentais, visto como um critério teleológico, o qual permite, por analogia, com a finalidade de graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. Esse argumento refere-se à falta ou insuficiência da lei, ou contra ela, se inconstitucional, invocar os direitos fundamentais, buscando assegurar a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias. Nesse caso argui a invalidade dos atos e negócios jurídicos que ofendam os princípios ou reclama a indenização dos danos causados (ANDRADE, 2006, p. 288). Nesse desiderato, vale-se da diretriz sistemática, asseguradora da unidade lógica e conceitual, com o objetivo de garantir um mínimo de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada (COSTA; BRANCO, 2002, p. 117).

Quando se apela para o uso da analogia, com o objetivo de graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas, põe-se o critério da desigualdade ou do poder social como um critério teleológico, daí entender ser o atual Código Civil dotado de um sistema aberto. Resta ratificado esse entendimento com a adição do argumento de se exigir, por um lado, os direitos fundamentais e, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos atos e negócios jurídicos que afetam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização pelos danos causados (ANDRADE, 2006, p. 288). Está aí o reconhecimento de um conceito aberto, e desse entendimento e posicionamento deduz-se serem admissíveis duas formas

de interpretação jurídicas: a da lei e a do direito. Uma interpretação positivista e uma interpretação antipositivista, fincada na aplicação dos princípios. A aplicação da analogia implica colmatação de lacunas da lei, mediante seu preenchimento sem intervenção legislativa, buscando a completude dentro do mesmo sistema jurídico. Não havendo caso análogo, recorre-se à criação de uma norma *ad hoc*. Essa norma é criação do juiz, não tem caráter vinculativo nem para o julgador nem para futuros julgadores, mas pode servir de paradigma ou precedente para outros casos semelhantes.

A interpretação por meio do uso de princípios é defendida por Dworkin (1999, p. 254-255), na sua obra *Império do Direito*. A ideia básica consiste em resolver o caso mediante a aplicação de um conjunto de princípios, em vista de ser a melhor estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

8. Conclusão

Um dos Códigos Civis mais influentes nas diversas sociedades mundiais foi o francês de 1804, que se apresentava como completo, perfeito e acabado, não admitindo interpretações contrárias aos seus dogmas. Apesar do comando exegético, não se pode negar sua prestabilidade à humanidade e, sobretudo, aos franceses. Na época, não se falava em outro Código senão o francês. No Brasil, até antes do Código Civil de 1916, as leis vigentes eram regidas pelas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas. O Código Civil de 1916 representou um avanço significativo, na época, porquanto nele estava inserida a racionalização dos interesses reinantes na sociedade, principalmente, na satisfação dos interesses das elites dominantes. Mas esse Código Civil era fechado, não deixava espaço para criação de novos direitos por meio de construção doutrinária. O pós-modernismo, diante desses impasses, se impunha. Havia necessidade de o Código

Civil passar por transformações. A cobrança pela modernidade do direito fez crescer o movimento de mudança. Nesse propósito, reluziu o horizonte, brotando o pluralismo das fontes e dos sujeitos, a comunicação com o reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e o *retour des sentiments* com a efetividade dos direitos humanos de decisivo papel no âmbito das relações intersubjetivas. A pós-modernidade impôs à nova ordem privatista abandonar a ótica do processo individualista, patrimonialista, tradicional e conservador-elitista, tendo o Direito Civil do século XXI passado a ser constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, pondo no pedestal a pessoa humana. O atual Direito Civil, ao mudar de roupagem axiológica da pessoa humana, sublimando sua dignidade, evidencia a interação com a Constituição Federal de 1988, na preocupação com o coletivo e menos com o individual. No contexto de coletivo, insere-se o *grupo cultural*, formado por uma coletividade de pessoas previamente dotadas de identidade, objetivando realizar uma atividade em grupo (coletivamente), na esperança de alcançar um resultado benéfico ao grupo. As pretensões coletivas a um grupo de pessoas encontram amparo na democracia deliberativa, revestida de seus elementos caracterizadores, tais como a fundamentalização-inclusão e a fundamentalização-releitura. A primeira consiste em garantir ao grupo cultural seus direitos fundamentais básicos e de políticas públicas, além de obrigações prestacionais positivas e negativas. Pela fundamentalização-releitura, o grupo cultural espera do Estado um procedimento, tal como a distributividade de justiça de forma efetiva. Os grupos culturais formados por uma coletividade de pessoas trazem, distinto do grupo, a individualidade de cada membro, o qual, ao lado do grupo, mantém sua posição de sujeito de direito e detentor do seu poder de vontade. O presente Direito Civil está revestido de

constitucionalidade, abrange valores existenciais, como os direitos da personalidade e, até mesmo, da funcionalização social dos institutos e instituições.

Reina no Código Civil de 2002 o princípio da operabilidade, ou seja, o estabelecimento de normas jurídicas facilitadoras de sua interpretação e aplicação, como no caso de se discutir ter ou não o grupo cultural personalidade jurídica ou identidade, ou se afirmar ser essa personalidade própria de cada membro do grupo, por serem pessoas humanas e não pessoas fictícias. Tudo isso não passa de discurso vazio, porquanto, contemporaneamente, o atual Direito Civil é direito constitucionalizado, contemplativo do grupo cultural, e disso, portanto, se deduz que o grupo cultural também tem condições de ser sujeito de direito, em vista de se cultivar uma aproximação da norma jurídica civil com a realidade política, social, econômica, cultural e familiar.

O Direito Civil contemporâneo é considerado um direito democrático, pois é aberto a todos os cidadãos recorrentes de sua aplicabilidade nas relações entre particulares, e entre Estado e particulares. O Direito Civil utiliza-se de regras jurídicas internas de outros ramos do direito, bem como se vale de comparações com sistemas diversos, significando prevalecer o processo conhecido como *intertextualidade e intra-sistematicidade*. Isso vem a ser, em outras palavras, a adoção, no Código Civil de 2002, da sua interação com vários ramos do direito interno e com outras ciências e, ainda, a interação com outros sistemas jurídicos, com a finalidade de encontrar uma melhor adequação de interpretação e aplicação das normas jurídicas no âmbito da relação privatista. A intrassistematização do Direito Civil brasileiro prende-se à questão axiológica da pessoa humana, da dignidade humana, em face de o direito privatista também estar diretamente relacionado aos direitos humanos. Seu objeto é a pessoa e o direito dos indivíduos ou grupo de pessoas (para o Direito Internacional, com base na

Declaração Universal dos Direitos Humanos) e (para o Direito interno) o cidadão ou grupo de cidadãos, com base nos direitos fundamentais e civis ordenados internamente pelo Estado. Muito desses direitos são inspirados em convenções, tratados, protocolos e resoluções internacionais, conforme previsão no parágrafo 2º, do art. 5º da Constituição Federal.

Tanto o Direito Internacional quanto o direito interno têm em mira a proteção da pessoa humana, percepção advinda depois da Segunda Grande Guerra Mundial – intitulado de *momento de valoração da pessoa humana*.

Referências

- ANDRADE, Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privados*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Tradução de Peter Naurmann. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Atlas. 2006.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Mereje. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [199-].
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- POSNER, Richard. *Legal pragmatism*. Reino Unido, Inglaterra: Blackwell Publishing, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS: L & PM Pocket, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Análise crítica do marco regulatório da experimentação animal na biomedicina brasileira

Ana Tereza Pinto Filipecki et al.

Sumário

1. Introdução. 2. O arcabouço jurídico-institucional de uso de animal em experimentação científica. 3. Anatomia da Lei nº 11.794/08 e do Decreto nº 6.899/09. 4. O Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA). 4.1. A Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA). 4.2. Condições para o uso dos animais de pesquisa. 4.3. Sanções e inspeções. 4.4. Os desafios do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal. 5. Considerações finais.

“Na pressa de chegar ao Primeiro Mundo, é preciso ter cuidado para não legislarmos tabalhoadamente e enveredarmos por caminhos que possam nos condenar definitivamente ao Terceiro”.

(BATISTA, Paulo Nogueira. Patentes: como chegar ao Primeiro Mundo. *Folha de S. Paulo*, 17 abr. 1993. p. 3.)

1. Introdução

Ana Tereza Pinto Filipecki é Pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz e doutoranda em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Carlos José Saldanha Machado é Pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, Professor na Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da FIOCRUZ e Bolsista do CNPq/MCT.

Silvio Valle é Pesquisador e Coordenador do Curso de Biossegurança da Fundação Oswaldo Cruz e Consultor em Biossegurança.

Márcia de Oliveira Teixeira é Pesquisadora e Professora na Pós-Graduação da Fundação Oswaldo Cruz.

Desde a segunda metade do século XX, o uso didático-científico de animais nas sociedades ocidentais está sujeito a uma miríade de leis, regulamentos, políticas e normas (GARNER, 1998; MONAMY, 2000). O regime regulatório varia entre os países (GARTHOFF, 2005; KONG; QIN, 2010; KUROSAWA, 2007; PEREIRA et al., 2004; KULPA-EDDY et al., 2007) e, conforme salientado pela Diretiva Europeia (FSE EMRC 2008), as divergências nas regulamentações e autorizações relativas à proteção e ao uso dos animais geram problemas de na-

tureza científica e econômica. Em função da globalização dos sistemas de produção de conhecimentos científico-tecnológicos, tem sido amplamente enfatizada (DEMERS et al., 2006; GAUTHIER; GRIFFIN, 2005; OHNO, 2002; ZUTPHEN; VALK, 2001) a necessidade de harmonização dos procedimentos entre os países porque assimetrias nos padrões de criação, manejo e utilização de animais geram variabilidade nos resultados de pesquisas alcançados, deixando de ser resultados intercambiáveis entre os pesquisadores (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2004; VANDERBERG; STONE, 2002).

No Brasil, ao longo dos últimos oito anos, esforços foram empreendidos para a implementação de uma agenda de pesquisa e desenvolvimento sobre as doenças negligenciadas, aquelas doenças tropicais infecciosas que afetam milhares de pessoas no país e ao redor do mundo, principalmente as pessoas pobres, a exemplo da leishmaniose, da malária, da dengue, da hanseníase e da doença de Chagas. Os Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia têm agido conjuntamente, por meio das suas agências de financiamento, em prol do desenvolvimento de novas drogas, vacinas e *kits* diagnósticos para essas doenças. Uma das estratégias adotadas tem sido a indução de programas e projetos científicos em parcerias e organizados em redes de instituições acadêmicas nacionais e internacionais (PETHERICK, 2010; NWAKA; HUDSON, 2006; TEIXEIRA; MACHADO, 2007), ao mesmo tempo em que são instituídas novas regras sobre o uso de animais na pesquisa biomédica (Lei nº 11.794/08, Decreto nº 6.899/09) que garantam não somente o bem-estar animal, mas, também, a qualidade da pesquisa.

O presente trabalho tem por objetivo descrever e analisar a nova legislação brasileira sobre o uso científico de animais e os esforços atuais do Ministério da Ciência e Tecnologia para instituir o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal

(CONCEA), um ente multidisciplinar criado para coordenar as ações e os processos envolvidos na criação e uso de animais de pesquisa. Levaremos em consideração em nossas análises o amplo arcabouço legal que deve ser observado quando os animais são utilizados para fins experimentais ou outros fins científicos. A nossa leitura da Lei nº 11.794/08 e do Decreto nº 6.899/09 baseia-se na observação da adoção, ou não, de dois princípios praticados internacionalmente em pesquisas com animais e que alimentam o debate jurídico e regulamentar nas sociedades contemporâneas (BALLS, 2009; HOJGAARD; MAKAROW, 2009; GRIFFIN; DANSEREAU; GAUTHIER, 2007; PERRY, 2007): a proteção e o bem-estar animal e os três *erres*, enunciado pelo zoólogo William Russell e o microbiologista Rex Burch (1959), que consiste em Reduzir o uso de animais ao mínimo, Refinar as técnicas de criação e de experimentação e Repor ou substituir os animais por alternativas tecnológicas ou por animais menos sensíveis. Queremos verificar se a dimensão ética do uso de animais em procedimentos científicos está suficientemente refletida na lei brasileira. Ou seja, a legislação sobre o uso científico de animais na biomedicina¹ reforça a adoção desses dois princípios? Trata-se, portanto, de empreender uma síntese necessária para que o legislador nacional perceba a complexidade, os desafios e os limites do trabalho de harmonização dos dispositivos jurídicos que estão diante do CONCEA. O argumento a ser aqui desenvolvido é de que a governança da experimentação animal no Brasil está nas

¹ Conceituamos biomedicina como sendo configurações heterogêneas de pesquisas culturalmente situadas na interface entre biologia, medicina, políticas públicas, regulações e atividades industriais da saúde voltadas para o estudo das doenças humanas, seus fatores ambientais e ecoepidemiológicos com o intuito de encontrar a causa, a prevenção, o diagnóstico e o tratamento (Cf. MACHADO et al., 2010). Para uma discussão sociológica sobre a emergência do neologismo "biomedicina" a partir da Segunda Guerra Mundial, ver Keating e Cambrosio (2003).

mãos do CONCEA, mas essa ação concertada dependerá da capacidade desse novo órgão colegiado do Ministério da Ciência e Tecnologia em articular as competências entrelaçadas de cada um dos Ministérios envolvidos no cumprimento das disposições relativas ao bem-estar e à saúde dos animais humanos e não-humanos.

O artigo está dividido em cinco partes. Após essa introdução, faremos uma síntese do quadro legal brasileiro sobre a experimentação animal que contempla tanto animais selvagens quanto animais criados em biotérios para analisar, em seguida, a nova legislação que estabelece procedimentos para o uso científico de animais (Lei nº 11.794/08 e Decreto nº 6.899/09). Por último, descreveremos a evolução do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA) discutindo as questões deixadas em aberto pela nova legislação e que precisam de orientações urgentes pelo CONCEA, tal como a revisão da redação dos artigos que apresentam inconsistências e ambiguidades, e que geraram problemas operacionais para as agências de controle, instituições de pesquisa e pesquisadores. Concluiremos nossas análises tecendo algumas considerações de ordem geral e específicas com vistas ao aprimoramento do processo de implementação da política nacional de uso de animais em experimentação e alertando o leitor para a necessidade de ter claro e resolvido o tipo de Sociedade e de Estado que se quer.

Antes de começarmos a descrição e análise do tema em questão, convém fazer duas observações metodológicas. A leitura a ser feita dos textos legais procurará identificar as lacunas, as imprecisões, as ausências e suas implicações para a governança da pesquisa científica que faz uso de animais em experimentação. No setor público, a governança reporta-se às normas, processos e condutas pelas quais se articulam interesses, se gerenciam recursos e se exerce o poder na sociedade, ou seja, significa a capacidade do Estado de servir aos

cidadãos (FARAZMAND; PINKOWSKI, 2006). Na referência aos dois dispositivos jurídicos centrais das nossas análises, não citaremos em sua íntegra os textos correspondentes a cada um dos elementos que os constituem (artigos, parágrafos, incisos, alíneas), exceto quando tivermos a intenção de mostrar explicitamente a fragilidade na consistência dos termos e das expressões utilizadas dentro e entre os textos da Lei e do Decreto.

2. O arcabouço jurídico-institucional de uso de animal em experimentação científica

A Constituição Federal de 1988 (CF 88, artigo 225) dedica um capítulo ao meio ambiente, atribuindo ao Poder Judiciário a proteção da fauna (Capítulo VI, do Meio Ambiente, § 1º, VII). O Poder Público (a União, os estados e os municípios) e a coletividade são responsáveis pela proteção da fauna e da flora contra práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

A Lei nº 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, estabelece pena de detenção, de três meses a um ano, e multa para quem “praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos, nativos ou exóticos” (artigo 32), e “incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos” (§ 1º).

Até a promulgação da Lei nº 11.794, em 8 de outubro de 2008, para normalizar “a prática didático-científica da vivisseção de animais”, só havia a Lei nº 6.638, aprovada em 8 de maio de 1979, mas não regulamentada. A falta de “atualizada” legislação sobre experimentação animal e os conflitos entre cientistas e grupos ambientalistas foram os motivos apresentados pelo deputado Sérgio Arouca ao propor na Câmara dos Deputados, em 1995, um projeto de lei

(PL nº 1.153/95). Durante os 13 anos em que o PL nº 1.153 tramitou no Congresso Nacional, dois projetos de lei e três emendas foram adicionados ao PL original e analisados pela Câmara dos Deputados. Ao longo desse processo, em meados da década de 2000, a oposição à experimentação animal aumentou. Simultaneamente, nesse período, as sociedades científicas preocupadas com as leis municipais rigorosas que ameaçam a utilização de animais na pesquisa (ENSERINK, 2008) intensificaram as pressões para que o PL fosse votado e aprovado. Mas, o texto final do que veio a ser a Lei nº 11.794/08 não mantém qualquer semelhança com o PL original, a não ser o seu sumário². No entanto, tornou-se conhecida no Brasil como Lei Arouca.

Os pesquisadores consideraram a sanção da Lei Arouca um avanço inestimável (MARQUES; MORALES; PETROIANU, 2009), mas, como mencionamos em outro trabalho (MACHADO; FILIPECKI; TEIXEIRA, 2009), deixou em aberto questões desafiadoras a serem aqui discutidas. Além disso, a Lei nº 11.794/08 necessita ser integrada, mediante compatibilização, ao amplo quadro jurídico relacionado à utilização de animais selvagens e animais de laboratório que forma um sistema de regulação importante para a investigação biomédica (Quadro 1).

O quadro sintetizado a seguir aponta para a existência de uma teia de dispositivos jurídicos a ser percorrida por um itinerário que varia em função do animal de pesquisa utilizado e seu processo de aquisição. Algumas situações descritas a seguir ilustram as bifurcações e exigências administrativas a serem cumpridas pelos pesquisadores e instituições de pesquisa. Por exemplo, as experiências que fazem uso

² Para uma análise detalhada das mudanças sofridas no texto do Projeto de Lei ao longo do processo legislativo de tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, até chegar a redação do texto final da Lei sancionada pelo Presidente da República, ver Machado et al. (2010).

de animais silvestres criados em cativeiro, ou livres, precisam de uma licença ou autorização do Ministério do Meio Ambiente (MMA), por meio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA). A agência é responsável pelo acompanhamento e execução das atividades relacionadas à fauna e à flora brasileira. O IBAMA também é a agência de regulação do que determina a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora (CITES). O pedido de licença para fins científicos é feito *on line*, com a “Autorização e Sistema de Informação sobre Biodiversidade (SISBIO)”, e o projeto de pesquisa é avaliado pelo Comitê de Assessoramento Técnico do Sistema de Autorização e Informação (CAT-Sisbio). Quando o projeto “visar a utilização de espécimes vivos de vertebrados silvestres em experimentos científicos” (Instrução Normativa IBAMA nº 154/2007, artigo 16), um dos documentos exigidos pelo IBAMA ao pesquisador é o parecer do Comitê de Ética da instituição ao qual está vinculado. Essa Instrução Normativa também estimula os pesquisadores a indicar o número da licença ou autorização na publicação científica dos resultados da pesquisa. Se a utilização consiste em animais geneticamente modificados (GM animais), exige-se a autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), comissão interministerial com base no Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT). Todos os estudos relacionados aos organismos geneticamente modificados (OGM) são regulados pela CTNBio, e somente podem manipular OGMs as instituições credenciadas pela CTNBio com um Certificado de Qualidade em Biossegurança, e que tenham uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio). O pesquisador principal deve apresentar seu projeto ao CIBio. É responsabilidade da CIBio encaminhar ao CTNBio todos os documentos relacionados aos projetos e às atividades com OGM e seus derivados previstos no artigo 1º da Lei nº 11.105/05

Quadro 1: Síntese das principais regulamentações que devem ser observadas na experimentação animal

Decreto-lei 24.645/1934	Estabelece medidas de proteção aos animais.
Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT)	
Lei nº 11.105/2005	Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB.
Lei nº 11.794/2008	Estabelece procedimentos para o uso científico de animais e revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979.
Decreto nº 6.899/2009	Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA, estabelece as normas para o seu funcionamento e de sua Secretaria-Executiva, cria o Cadastro das Instituições de Uso Científico de Animais – CIUCA, mediante a regulamentação da Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008.
Resolução Normativa CTNBio nº 1/2006	Dispõe sobre a instalação e o funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança (CIBios) e sobre os critérios e procedimentos para requerimento, emissão, revisão, extensão, suspensão e cancelamento do Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB).
Resolução Normativa CTNBio nº 2/2006	Dispõe sobre a classificação de riscos de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e os níveis de biossegurança a serem aplicados nas atividades e projetos com OGM e seus derivados em contenção.
Resolução Normativa CTNBio nº 7/2009	Dispõe sobre as normas para liberação planejada no meio ambiente de Microorganismos e Animais Geneticamente Modificados (MGM e AnGM) de Classe de Risco I e seus derivados.
Ministério do Meio Ambiente	
Lei nº 9.605/1998	Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências
Lei nº 9.985/2000	Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.
Medida Provisória nº 2186-16/2001	Dispõe sobre o acesso ao Patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional Associado para fins de Pesquisa Científica, Bioprospecção e Desenvolvimento Tecnológico.
Instrução Normativa nº 154/2007	Institui o Sistema de Autorização e Informação em Biodiversidade – Sisbio, na forma das diretrizes e condições previstas nesta Instrução Normativa.
Ministério da Saúde	
Lei nº 8.080/1990	Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.
Lei nº 9.782/1999	Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
Resolução nº 251/1997, Conselho Nacional da Saúde	Incorpora todas as disposições contidas na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, que é parte complementar da área temática específica de pesquisa com novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	
Decreto nº 30.691/1952	Regulamenta a Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal.
Instrução Normativa nº 03/2000	Regulamenta os métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue.
Instrução Normativa nº 56/2008	Estabelece os procedimentos gerais de Recomendações de Boas Práticas de Bem-Estar para Animais de Produção e de Interesse Econômico – REBEM, abrangendo os sistemas de produção e o transporte.

Conselho Federal de Medicina Veterinária	
Lei nº 5.517/1968	Dispõe sobre o exercício da profissão de médico-veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária.
Decreto nº 64.704/1969	Aprova o Regulamento do exercício da profissão de médico-veterinário e dos Conselhos de Medicina Veterinária.
Resolução nº 680/2000	Estabelece normas reguladoras para inscrição, registro, cancelamento e movimentação de Pessoas Física e Jurídica nos Conselhos Regionais de Medicina Veterinária.
Resolução nº 714/2002	Dispõe sobre procedimentos e métodos de eutanásia em animais, e dá outras providências.
Resolução nº 877/2008	Dispõe sobre os procedimentos cirúrgicos em animais de produção e em animais silvestres e cirurgias mutilantes em pequenos animais e dá outras providências.
Resolução nº 879/2008	Dispõe sobre o uso de animais no ensino e na pesquisa e regulamenta as Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs) no âmbito da Medicina Veterinária e da Zootecnia brasileiras e dá outras providências.
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	
Lei nº 9.279/1996	Institui direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

para fins de análise e decisão (Resolução Normativa CTNBio nº 1/06). Diante desse quadro, o desafio atual é integrar a legislação que se encontra espalhada no aparelho de Estado³, para que os atores da pesquisa possam assumir o controle jurídico total da experimentação animal.

Além das situações descritas anteriormente, não há no Brasil uma regulamentação específica para a importação de animais de pesquisa, que é uma atividade comercial de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Uma das funções do MAPA é a de proteger as fronteiras brasileiras contra as doenças de animais estrangeiros e exóticos⁴, o que inclui a regulamentação, classificação e inspeção de produtos agrícolas importados pelo Brasil. O MAPA impõe leis e regula-

mentos federais para proteger e melhorar a saúde animal e controle e erradicação de doenças animais e define os aeroportos, portos e as fronteiras por onde os animais podem entrar, fazendo cumprir os regulamentos de importação e exportação de animais vivos, sêmen e embriões.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão do Ministério da Saúde, tem a função de proteger a saúde humana por meio do exercício do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Nessa ação estão incluídas as instalações e processos de fabricação, bem como a gama de insumos e tecnologias relacionadas aos mesmos. A Agência exerce o controle sobre os portos, aeroportos e fronteiras, e também mantém contactos com o Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras sobre as questões relativas aos aspectos internacionais de vigilância sanitária. A ANVISA estabelece disposições para a aprovação de novos medicamentos, agrotóxicos ou substâncias tóxicas, bem como orientações para a vigilância epidemiológica, incluindo controle de zoonoses.

As normas regulamentadoras (NRs) relativas à Segurança e Medicina do Trabalho

³ Entendemos por aparelho de Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e três níveis (União, estados-membros e municípios) (Cf. MACHADO, 2006). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos três poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar.

⁴ Para uma leitura do arcabouço institucional-legal voltado para a formulação de uma política nacional de prevenção e controle de espécies exóticas invasoras, ver Machado (2009), Oliveira e Machado (2009) e Oliveira, Machado e Okada (2010).

são estabelecidas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Os que trabalham com animais estão submetidos à NR nº 31/05, que estabelece regras de segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária silvicultura, exploração florestal e aquicultura. A NR nº 32/05 do MTE estabelece disposições sobre a segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde, que inclui a pesquisa e ensino em saúde, com animal. A classificação dos agentes biológicos que afetam os animais é de competência do MAPA, exceto os animais exóticos, cuja classificação deve ser feita pelo MMA. Até o presente, esses dois Ministérios ainda não editaram as classificações de agentes biológicos correspondentes (VALLE, 2010). No âmbito do Ministério da Saúde, a classificação dos agentes biológicos com potencial patogênico já foi editada pela Comissão de Biossegurança em Saúde (CBS), sob coordenação da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE).

É importante notar que o MAPA tem competência prioritária para fiscalizar atividades que envolvam animais no Brasil, exceto aquelas relacionadas à saúde do trabalho e à gestão de espécies exóticas e silvestres. Na verdade, o único artigo da Lei nº 11.794/08 que foi vetado pelo Presidente da República envolve a inspeção das instalações e das atividades de criação e utilização de animais em pesquisa (artigo 11). O veto baseou-se numa inconsistência em termos de Direito Administrativo dos textos dos artigos 11 e 21. O primeiro atribui ao Poder Executivo a competência para inspecionar as instalações e as atividades, e o segundo atribui responsabilidade de fiscalizar aos órgãos dos Ministérios da Agricultura, da Saúde, da Educação, da Ciência e Tecnologia e do Meio Ambiente, nas respectivas áreas de competência.

Quando se utilizam animais em pesquisa, há outros dispositivos jurídicos a serem levados em conta, merecendo destaque aqueles referentes à profissão

de veterinário. Institucionalmente, no espaço geográfico do território nacional, o Conselho Federal de Medicina Veterinária é o ente responsável por inspecionar a prática da profissão de médico-veterinário, e por orientar, supervisionar e disciplinar as atividades relativas à profissão do médico-veterinário, diretamente ou por meio de Conselhos Regionais de Medicina Veterinária (Lei nº 5.517/68, artigos 7º e 8º). Nos termos das disposições do Decreto nº 64.704/69, apenas veterinários registrados podem diagnosticar e tratar as lesões e doenças dos animais. De acordo com a Resolução CFMV nº 714, de 20 de junho de 2002, é obrigatória a participação do médico veterinário como responsável pela eutanásia em todas as pesquisas que envolvam animais. Todos os procedimentos anestésicos e/ou cirúrgicos devem ser realizados exclusivamente pelo médico-veterinário (Resolução CFMV nº 877).

O trânsito de animais vivos, ovos férteis e outros materiais de multiplicação animal requerem a Guia de Trânsito Animal (GTA), expedida pelo Ministério da Agricultura e/ou por Veterinários Credenciados (Instrução Normativa nº 18, de 18 de julho de 2006). A numeração das Guias está sob controle da Superintendência Federal de Agricultura (SFA/MAPA). A GTA deverá ser expedida com base nos registros sobre o estabelecimento de procedência dos animais e no cumprimento das exigências de ordem sanitária estabelecidas para cada espécie. O transporte de cães e gatos não requer o preenchimento. O trânsito de cães e gatos não necessita da GTA, basta o atestado sanitário emitido por médico veterinário devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina Veterinária da Unidade Federativa de origem dos animais, comprovando a saúde dos mesmos e o atendimento às medidas sanitárias definidas pelo serviço veterinário oficial e pelos órgãos de saúde pública, com destaque para a comprovação de imunização antirrábica.

3. Anatomia da Lei nº 11794/08 e do Decreto nº 6.899/09

As atividades de pesquisa científica envolvem ciência básica e aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos ou outros cujas qualidades são testadas em animais. Diante dessa diversidade de atividades, a Lei nº 11.794 regulamenta o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais, observada a legislação ambiental, e revoga a Lei nº 6.638/79. Em seus 27 artigos, a Lei nº 11.794 institui pautas de ação para a criação e utilização de animais em ensino e pesquisa científica (artigo 1º). A Lei abrange todos os animais vertebrados vivos (Filo Chordata, Subfilo Vertebrata), sem atribuir um estatuto especial a qualquer espécie e sem especificar condições de uso de formas embrionárias. Mas as práticas de produção de animais relacionadas à agricultura não são consideradas atividades de pesquisa. A Lei nº 11.794 abandonou o termo vivisseção utilizado na Lei nº 6.638/79, definindo “experimentação” (e não “experimentação animal” ou experimentos em animais), como “procedimentos realizados em animais vivos, a fim de elucidar fenômenos fisiológicos e patológicos, utilizando técnicas específicas e previamente estabelecidas” (artigo 3º, inciso III). De acordo com o artigo 3º, parágrafo único, “não se considera experimento: I – a profilaxia e o tratamento veterinário do animal que deles necessite; II – o anilhamento, a tatuagem, a marcação ou a aplicação de outro método com finalidade de identificação do animal, desde que cause apenas dor ou aflição momentânea ou dano passageiro; III – as intervenções não-experimentais relacionadas às práticas agropecuárias”. É interessante observar que a definição de “experimentos”, diferentemente das legislações internacionais⁵, não

⁵ Por exemplo, a legislação britânica (Animals [Scientific Procedures] Act 1986) regulamenta os pro-

se refere à dor, ao sofrimento, à angústia ou aos danos permanentes dos animais.

A lei se aplica a todas as instalações – públicas ou privadas, acadêmicas ou indústrias – que recebem ou não verbas federais e estaduais. Só os estabelecimentos de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica têm o direito de usar animais em atividades educacionais. A Lei nº 11.974 e o Decreto nº 6.899 não estabelecem normas específicas para estudantes menores de 18 anos, como era imposta anteriormente pela Lei nº 6.638/79.

Todas as instalações de pesquisa contempladas pela Lei nº 11.794 devem-se registrar no CONCEA, que é um Conselho normativo, consultivo, deliberativo e de apelação, sob a presidência do Ministro da Ciência e Tecnologia. O decreto cria o Cadastro das Instituições de Uso Científico de Animais (CIUCA), base de dados eletrônica na qual as instituições de criação e pesquisa com animais devem-se registrar a fim de requerer acreditação do CONCEA. O CIUCA deve manter os registros dos protocolos de pesquisa, procedimentos pedagógicos e dos pesquisadores. As comissões de ética no uso de animais (CEUAs) devem fornecer as informações necessárias *on-line* por via eletrônica. A nova legislação proíbe experimentos com animais por indivíduos independentes e autônomos, ou seja, apenas organizações juridicamente constituídas e credenciadas pelo CONCEA podem realizar as atividades definidas pela Lei nº 11.794.

4. O Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA)

Em termos organizacionais, o CONCEA é composto por 14 membros: um repre-

cedimentos experimentais ou outros procedimentos científicos realizados com animais protegidos (vertebrados vivos, exceto o homem, e as espécies invertebradas *Octopus vulgaris*) que possam causar no animal dor, sofrimento, aflição ou dano permanente.

sentante dos cinco ministérios (Ciência e Tecnologia, Educação, Meio Ambiente, Saúde e Agricultura), um representante de uma vasta gama de organizações nacionais técnico-científicas (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, Academia Brasileira de Ciências, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Federação de Sociedades de Biologia Experimental, Colégio Brasileiro de Experimentação Animal e Federação Nacional das Indústrias Farmacêuticas) e dois representantes das Sociedades de Proteção Animal (SPA) legalmente estabelecidas no país. Mas, se por um lado, a Lei nº 11.794/08 inova ao exigir representantes do movimento de bem-estar animal, por outro, o Decreto nº 6.899 restringe a representação dos membros da SPA ao exigir de seus membros o mesmo nível de formação acadêmica daqueles que atuam em atividades de pesquisa científicas: “(...) grau acadêmico de doutor ou equivalente, nas áreas de ciências agrárias e biológicas, saúde humana e animal, biotecnologia, bioquímica ou ética, de notória atuação e saber científicos e com destacada atividade profissional nestas áreas” (Decreto 6.899, artigo 9º). A Lei nº 11.794 estabelece dez competências para o Conselho (artigo 5º), a saber:

“I – formular e zelar pelo cumprimento das normas relativas à utilização humanitária de animais com finalidade de ensino e pesquisa científica; II – credenciar instituições para criação ou utilização de animais em ensino e pesquisa científica; III – monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa; IV – estabelecer e rever, periodicamente, as normas para uso e cuidados com animais para ensino e pesquisa, em consonância com as convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário; V – estabelecer e rever, periodicamente, normas técni-

cas para instalação e funcionamento de centros de criação, de biotérios e de laboratórios de experimentação animal, bem como sobre as condições de trabalho em tais instalações; VI – estabelecer e rever, periodicamente, normas para credenciamento de instituições que criem ou utilizem animais para ensino e pesquisa; VII – manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados ou em andamento no País, assim como dos pesquisadores, a partir de informações remetidas pelas Comissões de Ética no Uso de Animais – CEUAs, de que trata o artigo 8º desta Lei; VIII – apreciar e decidir recursos interpostos contra decisões das CEUAs; IX – elaborar e submeter ao Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, para aprovação, o seu regimento interno; X – assessorar o Poder Executivo a respeito das atividades de ensino e pesquisa tratadas nesta Lei”.

Por sua vez o Decreto nº 6.899 estabelece as normas de funcionamento do CONCEA: uma unidade pública administrativa do Ministério da Ciência e Tecnologia, que acredita as instituições registradas (artigo 4º, II) e licencia as atividades no âmbito da Lei nº 11.794 (artigo 20, XI). As instituições de ensino e pesquisa que utilizam animais vertebrados vivos devem, sem exceção, instalar uma Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA) antes de se inscrever no CIUCA. A Lei não deixa claro se os estabelecimentos comerciais envolvidos na criação e venda de animais para ensino e pesquisa também devem nomear uma CEUA. Na verdade, nem a Lei nem o Decreto tratam da comercialização e do transporte de animais de pesquisa, ou mencionam as leis federais ou normas que devem ser atendidas.

4.1. A Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA)

Dentro da organização administrativa do uso de animais em experimentação no

território nacional, a Comissão de Ética no Uso de Animais é o órgão responsável pela proteção e bem-estar dos animais de pesquisa. A CEUA é composta por veterinários e biólogos, professores e pesquisadores de áreas específicas e um representante das SPAs legalmente estabelecidas no país. O número de membros da CEUA é aberto, à exceção do membro da SPA que deve ter “competência técnica e notório saber, de nível superior, graduado ou pós-graduado, e com destacada atividade profissional em áreas relacionadas ao escopo da Lei nº 11.794/2008” (Decreto nº 6.899, artigo 43). Esse critério seletivo é questionável num Estado Democrático de Direito porque o papel dos representantes das organizações civis nas Comissões de Ética é o de trazer uma perspectiva diferente daqueles que estão envolvidos com as atividades científicas⁶. Sob autorização do CONCEA, a instituição de pesquisa pode ter mais de uma CEUA. Neste caso, cada CEUA deve definir as instalações de pesquisa ou unidades administrativas sob seu controle. Nem a

⁶ Convém retomar aqui as análises de Machado, Miranda e Pinheiro (2004, p. 19) sobre a nova aliança entre Estado e Sociedade na administração da coisa pública. Os autores, ao voltarem sua atenção para a política nacional de recursos hídricos, chamam a nossa atenção para a centralidade que a democracia assume como condição para o êxito da implementação de políticas públicas participativas. Enfatizam que é fundamental a existência de condições institucionais que viabilizem essa implementação sem exclusão, *a priori*, de nenhum segmento social. São enfáticos ao afirmarem que “é preciso que o ambiente social, político e institucional em que estes atores se encontram para exercer sua participação tenha um caráter democrático, que reconheça e respeite a legitimidade de suas intervenções, interesses e perspectivas particulares” porque, nas mudanças importantes que a noção de democracia sofreu ao longo das últimas décadas nas sociedades ocidentais contemporâneas, “uma das mais significativas foi que a concepção tradicional de democracia liberal, de cunho essencialmente *representativo* (...) evoluiu para uma concepção de democracia *participativa* (...) na qual a participação direta dos diferentes atores sociais em decisões que afetam a vida dos grupos e das comunidades, *por fora* das instituições representativas tradicionais (partidos políticos, parlamentos em diversos níveis), mas não necessariamente contra elas, é a principal característica”.

Lei nem o Decreto estabelecem disposições para assegurar a harmonização entre as várias CEUAs que podem ser implementadas pela mesma instituição. Por exemplo, não determina a criação de uma CEUA central que supervisionaria o trabalho das unidades administrativas.

De acordo com a Lei (artigo 10), seis ações são competência da CEUA:

“I – cumprir e fazer cumprir, no âmbito de suas atribuições, o disposto nesta Lei e nas demais normas aplicáveis à utilização de animais para ensino e pesquisa, especialmente nas resoluções do CONCEA; II – examinar previamente os procedimentos de ensino e pesquisa a serem realizados na instituição à qual esteja vinculada, para determinar sua compatibilidade com a legislação aplicável; III – manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados, ou em andamento, na instituição, enviando cópia ao CONCEA; IV – manter cadastro dos pesquisadores que realizem procedimentos de ensino e pesquisa, enviando cópia ao CONCEA; V – expedir, no âmbito de suas atribuições, certificados que se fizerem necessários perante órgãos de financiamento de pesquisa, periódicos científicos ou outros; VI – notificar imediatamente ao CONCEA e às autoridades sanitárias a ocorrência de qualquer acidente com os animais nas instituições credenciadas, fornecendo informações que permitam ações saneadoras”.

A CEUA tem o dever de suspender qualquer processo de ensino ou pesquisa que não esteja em consonância com a legislação. A omissão da CEUA em paralisar os procedimentos que não estejam em conformidade com as determinações legais podem gerar sanções administrativas à instituição, aplicadas pelo CONCEA.

A Lei não estabeleceu disposições sobre a responsabilidade da CEUA em

rever e aprovar o programa institucional de criação e uso de animais de pesquisa, assessorar a instituição no âmbito da conformidade legal, avaliar as alegações de descumprimento da legislação e realizar visitas *in loco*. No entanto, o Decreto (artigo 44) acrescentou duas novas competências para as Comissões de Ética que orientam neste sentido:

“(VII) estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento e a adequação das instalações, de acordo com os padrões e normas definidas pelo CONCEA, e (VIII) manter cadastro dos pesquisadores e docentes que desenvolvam protocolos experimentais ou pedagógicos”.

Embora o papel-chave da Comissão de Ética na governança da pesquisa seja bem reconhecido na literatura (GAUTHIER, 2007; ROLLIN, 2007; SCHUPPLI; FRASER; MCDONALD, 2004), observamos que o novo marco regulatório não estabelece orientações sobre os aspectos que devem ser contemplados pelas propostas de pesquisa e avaliados pelas CEUAs. Ou seja, nem a Lei nem o Decreto fazem exigências visíveis, tais como: (1) identificação das espécies e o número aproximado de animais a serem utilizados; (2) justificativa para a utilização de animais, a adequação das espécies e a quantidade a ser utilizada; (3) uma descrição completa do uso proposto dos animais; (4) uma descrição dos procedimentos destinados a assegurar que o desconforto e dor aos animais serão minimizados; (5) uma descrição dos métodos de eutanásia a serem utilizados. Como já considerado anteriormente (MACHADO; FILIPECKI; TEIXEIRA, 2009), espera-se uma grande variabilidade entre as instituições de pesquisa no número e perfil dos membros da CEUA. A fim de salvaguardar a harmonização entre as miríades de CEUAs que serão implementadas em todo o território nacional, o Decreto 6.899 poderia ter estabelecido uma lista mais extensa de

definições e componentes relativos à revisão dos projetos de investigação e de inspeção no âmbito da competência da CEUA. Até o momento ainda é um suspense os procedimentos a serem estabelecidos pelo CONCEA para harmonizar os processos de revisão dos projetos de pesquisa pelas CEUAs. É possível que o CIUCA torne esses e outros requisitos visíveis com a da descrição dos itens que devem ser preenchidos para o registro e acreditação das instituições.

4.2. Condições para o uso dos animais de pesquisa

No capítulo IV, a Lei nº 11.794 impõe as condições para a criação e utilização de animais no ensino e investigação científica e define, nos artigos 14, 15 e 16, as disposições relativas à proteção dos animais. O artigo 14 estabelece que os animais devem receber cuidados antes, durante e após o procedimento experimental ou outros procedimentos científicos, de acordo com as normas do CONCEA. O animal deve ser sacrificado no final do processo ou durante o procedimento, caso seja tecnicamente adequado, ou se a experiência envolver níveis elevados de dor e sofrimento para o animal. O método de eutanásia deve ser adequado a cada espécie e de acordo com as orientações do Ministério da Ciência e Tecnologia (artigo 14, § 1º). Excepcionalmente, indivíduos ou Serviços de Proteção de Animais (SPAs) podem adotar animais de pesquisa que não tenham sido submetidos à eutanásia, “ouvida a respectiva CEUA quanto aos critérios vigentes de segurança, desde que destinados a pessoas idôneas ou entidades protetoras de animais devidamente legalizadas, que por eles queiram responsabilizar-se” (artigo 14, § 2º). A fim de evitar a repetição desnecessária de procedimentos didáticos com animais, a Lei recomenda a utilização de multimídias para o registro das práticas de ensino, permitindo sua reprodução em práticas futuras (artigo 14, § 3º). O número de animais utilizados em

um projeto de pesquisa e a duração de cada experimento deve ser a mínima necessária para produzir os resultados conclusivos, evitando o sofrimento do animal (artigo 14, § 4º). Experiências que possam gerar dor e angústia devem ser realizadas sob sedação, analgesia ou anestesia (artigo 14, § 5º). A CEUA deve conceder uma autorização específica para projetos de pesquisa que investigam processos relacionados à dor e angústia, em obediência a normas estabelecidas pelo CONCEA (artigo 14, § 6º). A Lei 11.974 proíbe o uso de bloqueadores neuromusculares ou de relaxantes musculares em substituição a substâncias sedativas, analgésicas ou anestésicas (artigo 14, § 7º). Não é permitida a reutilização de animais em pesquisa após o “principal objetivo” do projeto de pesquisa ter sido alcançado (artigo 14, § 8º). Durante uma atividade de ensino, sempre que forem empregados procedimentos traumáticos, vários procedimentos poderão ser realizados num mesmo animal, desde que todos sejam executados durante a vigência de um único anestésico e que o animal seja sacrificado antes de recobrar a consciência (artigo 14, § 9º). Para a criação e uso científico de animais em sistemas fechados, serão consideradas as condições e normas de segurança recomendadas pelos organismos internacionais aos quais o Brasil se vincula (artigo 14, § 10).

O artigo 15 estabelece que o CONCEA, levando em conta a relação entre o nível de sofrimento para o animal e os resultados práticos que se esperam obter, poderá restringir ou proibir experimentos que adotem um elevado grau de agressão.

De acordo com o artigo 16, todos os projetos de pesquisa devem ser supervisionados por profissional de nível superior, graduado ou pós-graduado na área biomédica, vinculado a entidade de ensino ou pesquisa credenciada pelo CONCEA. Nem a Lei nem o Decreto mencionam que um veterinário habilitado deverá fornecer os cuidados médicos. Logo, devem ser obedecidas as disposições do Decreto nº

64.704/69 e da Resolução CFMV nº 714/02 analisadas anteriormente. A legislação não determina que as condutas envolvendo a criação e a utilização de animais deve ser realizada apenas por indivíduos devidamente qualificados e treinados nos procedimentos específicos. Na verdade, a única cláusula apresentada pela Lei relacionada à qualificação e ao treinamento de recursos humanos é o artigo 16.

No novo marco regulatório, não é requerida a análise custo-benefício (custo do bem-estar dos animais envolvidos e os benefícios para os seres humanos, animais ou o ambiente) praticada na legislação internacional, exceto no artigo 15. O mérito científico não é especificamente mencionado. Nem a Lei nem o Decreto possuem cláusulas relativas à justificação para a realização de experimentos com animais. Na verdade, não é exigido que seja considerada a relevância da pesquisa para a saúde humana ou animal, o avanço do conhecimento ou a saúde pública.

A legislação não define e nem adota uma classificação de grau de severidade⁷ ou potencial invasivo⁸ (PI) no uso de animais na pesquisa. Como apontado por Griffin e colaboradores (2006), o PI é útil tanto no nível da instituição quanto no nível nacional. No primeiro, porque sinaliza aos pesquisadores, aos membros das CEUAs e aos responsáveis pelo manejo dos animais quais são os protocolos que exigem maior

⁷ A Resolução do Conselho Federal de Medicina Veterinária (Resolução nº 879/2008) utiliza a expressão “grau de severidade”, indicando três níveis: brando, moderado e substancial. A classificação do grau de severidade está associada à natureza de efeitos adversos possíveis e a ação a ser tomada nesses casos. Por exemplo, amostras pequenas de sangue ou pouco frequentes é um procedimento brando. Procedimentos cirúrgicos sob anestesia e com cuidados pós-operatórios confiáveis são moderados, enquanto os procedimentos de toxidade aguda ou crônica nos quais morbidade significativa ou morte é o desfecho final têm grau de severidade substancial.

⁸ Tradução para *Categories of Invasiveness in Animal Experiments* do Conselho Canadense de Cuidados aos Animais (*Canadian Council on Animal Care – CCAC*).

atenção no sentido de garantir que a dor e o sofrimento dos animais serão minimizados. Em nível nacional, permite a identificação das tendências emergentes de uso de animais e, em decorrência, implementação de instrumentos e políticas para mudanças de rumo.

Além disso, a legislação não estabelece qualquer disposição que corrobore a necessidade de evitar que as atividades de investigação já realizadas sejam desnecessariamente repetidas, exceto para as práticas de ensino que utilizam animais (artigo 14, § 3º). Nem a Lei nem o Decreto exigem a apresentação de uma justificativa para o número de animais utilizados, baseada em uma análise racional (por exemplo, uma informação estatística básica), exceto o número mínimo para obter resultados conclusivos (e não válidos). Além disso, com relação aos 3Rs, confunde a redução, que se refere à diminuição do número de animais utilizados, com a redução do tempo do experimento, o que necessitaria um “refinamento” do protocolo de pesquisa.

Nem a Lei nem o Decreto obrigam a busca prévia de alternativas de reposição ou proíbem procedimentos com animais de pesquisa quando já existem recursos alternativos, uma disposição imposta pela Lei de Crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9605/1998, artigo 32, § 1º). O Decreto 6.899/09 substituiu a expressão “técnicas alternativas”, utilizada pela Lei 11.794/08, por “métodos alternativos”, adotando a seguinte definição:

“procedimentos validados e internacionalmente aceitos que garantam resultados semelhantes e com reprodutibilidade para atingir, sempre que possível, a mesma meta dos procedimentos substituídos por metodologias que: a) não utilizem animais; b) usem espécies de ordens inferiores; c) empreguem menor número de animais; d) utilizem sistemas orgânicos *ex vivos*; ou e) diminuam ou eliminem o desconforto” (artigo 2º, II).

Não há ainda no Brasil nenhum Centro de Validação de métodos alternativos e nem financiamento do governo para apoiar estudos colaborativos sobre métodos alternativos (PRESGRAVE, 2008). É interessante notar que “morte humanitária” é uma das poucas definições apresentadas pela Lei 11.794 como sendo a “morte de um animal em condições que envolvam, segundo as espécies, um mínimo de sofrimento físico ou mental” (artigo 3º, IV). No entanto, após essa definição, nem a Lei e nem o Decreto voltam a empregar a expressão “morte humanitária”, passando a usar os termos eutanásia e sacrifício, mas sem defini-los.

A Lei 11.794 trata especificamente da questão da reutilização de animais em pesquisa, mas não fornece recomendações explícitas, após o objetivo principal “do projeto de investigação” ter sido atingido, para a reutilização de animais em situações que envolvam apenas dor ou aflição momentânea. De fato, a legislação ignora as dificuldades técnico-científicas que giram em torno das questões de reutilização (KOVÁLCSEK et al., 2006). A falta de precisão pode levar os membros das CEUAs e os pesquisadores a múltiplas interpretações e a adoção de práticas localmente situadas em cada laboratório de pesquisa experimental. O fato de “experimentos” não ter sido definido em termos de sofrimento, dor, angústia e lesão permanente concorre para que seja contemplada uma abundância de procedimentos científicos com animais em que a reutilização de animais seria aceitável. Podemos perguntar, por exemplo, o que fazer com os animais utilizados para o controle em um experimento nutricional ou teste de um dispositivo de telemetria? Em casos homólogos, a reutilização de animais em vários experimentos independentes seria um método promissor de redução.

Nem a Lei 11.794 nem o Decreto 6.899 estabelecem as prescrições mínimas de políticas institucionais que garantam a proteção e o bem-estar animal na criação e no manejo à luz da legislação internacional da Europa

e dos Estados Unidos: monitoramento, cuidados veterinários, qualificação de pessoal, treinamento, segurança, habitação e gestão (tamanho da gaiola, comportamento de gestão, alimentos, água, roupa de cama, saneamento e outros itens) e planta física (ambiente animal).

A Lei 11.794 e o Decreto 6.899 não proibem especificamente o uso de animais errantes para a investigação. Entretanto, há leis estaduais que não permitem a libertação de animais errantes para fins de investigação. Em nível estadual, os códigos de proteção dos animais, por exemplo, do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 3.900/02), da Santa Catarina (Lei Estadual nº 12.566/03) e do Paraná (Lei Estadual nº 14.037/03), em seu capítulo sobre Animais de Laboratório, apresentam uma cláusula que estabelece que apenas animais criados em centros de pesquisa podem ser utilizados em experimentação. O Código de Proteção dos Animais do estado de São Paulo (Lei nº 11.977/05) proíbe especificamente a utilização de animais procedentes de centros de Controle de Zoonoses, ou canis municipais, similares, públicos ou privados (artigo 31). O CONCEA, portanto, deverá estabelecer regras para a concessão de credenciais aos centros de zoonose e similares nos casos em que os governos estaduais e municipais não estabeleçam jurisdição sobre a questão. No Brasil, o IBAMA tem a autoridade para controlar os animais errantes que põem em risco os animais silvestres. O IBAMA, o Ministério da Saúde e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento têm autoridade comum para exercer essa função juntamente com as Secretarias Estaduais e Municipais correspondentes.

4.3. Sanções e Inspeções

Segundo a Lei nº 11.794/08, as sanções administrativas aplicadas à pesquisa e instituições de ensino que não cumpram os procedimentos estabelecidos dependem da gravidade da infração. São exemplos das penalidades cabíveis a proibição tem-

porária e permanente, e a suspensão, dos financiamentos concedidos por agências nacionais de fomento. O CONCEA é a entidade que aplica as sanções administrativas não se podendo opor a sanções penais e administrativas instituídas pela Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98.

A Lei 11.794 estabelece que o CONCEA, mediante resolução, pode recomendar às agências de amparo e fomento à pesquisa científica o indeferimento de projetos que estejam sendo realizados sem a aprovação da CEUA cuja realização tenha sido suspensa pela CEUA. No entanto, como apontado por Marques e colaboradores (2009), para implementar restrições de financiamento em nível estadual, seria necessário um representante do Conselho Nacional de Fundações de Amparo à Pesquisa (CONFAP) no CONCEA para que compartilhassem, de forma consensual, uma determinação tomada por um órgão federal. O pacto federativo precisa ser sempre reafirmando mediante a construção de dispositivos de regulação negociados entre a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal para tratar de temas de interesse comum.

Há também sanções para as pessoas físicas, entre elas, a suspensão temporária e permanente do direito de a pessoa executar os procedimentos regulamentares. A interdição das instituições por prazo superior a 30 dias só poderá ser determinada em “ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ouvido o CONCEA” (artigo 17, parágrafo único). As instituições têm o prazo máximo de cinco anos, a partir da vigência das normas do CONCEA, para adequar sua infraestrutura às exigências legais. Aqui é digno de nota uma das exclusões introduzidas no PL nº 1.153/95 do Deputado Sérgio Arouca, ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados (Cf. MACHADO et al., 2010), que resultou na Lei 11.794/08: a cláusula que atribuía ao CONCEA a competência para sugerir aos editores dos periódicos nacionais a não publicação de resultados de projetos de

pesquisa obtidos sem licença da CEUA ou com licença cancelada ou suspensa. Essa supressão reforça a crença de que os periódicos científicos podem exercer influências benéficas sobre a proteção e o bem-estar dos animais ao condicionarem a inclusão de informações sobre os três erros quando da submissão de artigos.

Quanto à relação entre práticas científicas e fontes de financiamento, a Lei nº 11.794 torna visível essa relação ao afirmar que o CONCEA vai recomendar às agências de fomento que neguem recursos aos projetos realizados sem a aprovação da CEUA e/ou que tenham sido suspensos pela CEUA. O papel central desempenhado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia por meio da Lei nº 11.794 está associado, portanto, à sua importância como indutor de políticas científicas e tecnológicas mediante o financiamento de pesquisas por suas agências de fomento.

4.4. Os desafios do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal

O CONCEA é financiado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. O Conselho tem 12 membros das organizações nacionais, incluindo cinco ministros. O CONCEA vai funcionar como um órgão regulador, que estabelece normas para a criação e o uso de animais de pesquisa em todo o país. No entanto, o Conselho terá que levar em consideração a legislação federal relacionada ao bem-estar dos animais e estimular os reguladores estaduais, e as agências de fomento da pesquisa, a incorporarem as suas normas infraconstitucionais editadas em seu arcabouço legal e programas de ação. Uma das funções do Secretário Executivo do CONCEA é fornecer apoio técnico às instituições credenciadas (Decreto nº 6.899/09, artigo 20, VII), incluindo a formação de recursos humanos para uso de animais em pesquisa e ensino (CONCEA, Regimento Interno, artigo 19, parágrafo único, III). Isso implica harmonizar as normas do CONCEA com as normas do Conselho

Federal de Medicina Veterinária (CFMV), o que demanda negociações e diálogo entre os dois órgãos, sobretudo porque o CFMV requisitou sua inclusão no CONCEA, logo após sua instalação. O CONCEA formou quatro câmaras permanentes e uma câmara temporária: pesquisa científica, educação, criação de animais e métodos alternativos, comunicação. O fato de não ter sido estabelecida uma câmara de bioética pode ter motivado a Sociedade Brasileira de Bioética a solicitar sua inclusão no Conselho. Por ser um órgão de um Estado Democrático de Direito, o CONCEA deve prestar contas ao público em geral, sendo responsável pela divulgação de informações sobre o uso científico dos animais (Regimento Interno, artigo 44). No entanto, até agora, o CONCEA não se posicionou a respeito da publicação de estatísticas anuais sobre a pesquisa científica com animais. Ao olharmos para a experiência internacional, constatamos que esse início de funcionamento é um bom momento para que o CONCEA reflita sobre as estratégias que podem ajudar a reduzir o número de animais utilizados pelos cientistas. Tem sido sugerido que uma das formas de se evitar a repetição desnecessária de experimentos é a partilha de informações e que as publicações não se limitem a apresentar os resultados positivos da pesquisa (ANIMAL..., 2009). Claro que, num cenário econômico de acirrada competição internacional, é preciso ficar atento, fazer uma avaliação minuciosa, para que o tipo de informação a ser publicizada não seja usada por esse ou aquele país para aplicar eventuais sanções econômicas sobre esse ou aquele produto da pauta de exportação brasileira que envolva animais.

5. Considerações finais

Ao término deste artigo, e após buscar elementos de resposta às nossas questões de pesquisa, constatamos que os dois dispositivos centrais do novo marco regulatório de uso de animais em experimentação

científica não se referem expressamente, e nem ratificam, a plena aplicação do princípio dos três erres, isto é, reduzir o uso de animais ao mínimo, refinar as técnicas de criação e de experimentação e repor ou substituir os animais por alternativas tecnológicas ou por animais menos sensíveis. Se o Brasil deseja realmente adotar tais princípios em seu arcabouço legal, é fundamental que o legislador evite, antes, erros conceituais e a institucionalização de ambiguidades que autorizam múltiplas interpretações dos princípios legais. Mas, se o Ministério da Ciência e Tecnologia e o CONCEA desejarem desenvolver um modelo endógeno para o uso científico de animais, seria indispensável começar promovendo um debate aberto e crítico sobre os três erres.

Enquanto isso, as CEUAs de todo o país que têm uma pesada carga de trabalho aguardam o lançamento do CIUCA posto que a criação do Cadastro representará um novo marco no quadro legal que rege a experimentação animal. Os pesquisadores que utilizam animais em suas pesquisas devem assumir de forma eficaz sua parcela de responsabilidade no sistema de gestão institucional. Como apontado por Takahashi-Omoia e Omoia (2007), o sistema de gestão institucional não só satisfaz as condições de gestão dos regulamentos e normas, mas também a coordenação, a oferta e a demanda por animais para evitar a produção excedente de animais. Tradicionalmente, as instituições de pesquisa brasileiras, públicas e privadas, produzem as espécies e as quantidades de animais necessários às demandas. De modo geral, o centro de criação e as CEUAs não estabelecem um sistema de comunicação que promova os três erres. No entanto, sob a nova legislação, esse cenário terá que mudar. Há uma tendência de que os centros de criação restrinjam o fornecimento de animais aos protocolos aprovados pela CEUA.

A mesma legislação é aplicável aos animais de laboratório, selvagens e de

produção agrícola. Embora a definição de “atividades de pesquisa abrangam a básica ciência aplicada”, as disposições do novo quadro regulamentar são orientadas para a ciência biomédica. Os pesquisadores das áreas de comportamento animal e agricultura atribuem à legislação contribuição limitada às suas práticas.

O Brasil tem o setor mais dinâmico de pesquisa na região da América Latina nas áreas de saúde, biotecnologia e farmácia, apoiado por uma política de governo que estabeleceu prioridades de pesquisa em saúde (MOLONEY, 2009). Contudo, como aponta Gauthier (2002), a boa comunicação é necessária para que boas práticas sejam compartilhadas e implementadas. A comunicação das melhores práticas deve envolver todos os usuários da ciência e não apenas os órgãos reguladores e os cientistas, mas também as organizações de bem-estar animal, o público e os formuladores de políticas públicas. Internacionalmente, tem sido sugerido aos pesquisadores, homens e mulheres de ciências, que sejam mais abertos ao diálogo com a sociedade civil para melhorar e manter a confiança do público (CALLON; LASCOUMES; BARTHE, 2001; JASANOFF, 2004; VARMUS, 2009). É preciso encurtar a distância entre ciência e sociedade. Esperamos que os atores que representam as instâncias públicas e privadas no CONCEA caminhem em direção, ao menos, a alguns direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XIV, XXXIII) e façam recomendações sobre como disponibilizar as informações referentes às pesquisas que envolvem animais.

Um dos grandes desafios do CONCEA é contribuir para o aperfeiçoamento do processo legislativo harmonizando os inúmeros e entrelaçados dispositivos legais sem prejudicar a investigação biomédica e de acordo com o que disciplina a Lei Complementar nº 95/98 sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo

único do artigo 59 da Constituição Federal. Nesse sentido, acreditamos que o primeiro passo do CONCEA poderia ser a adoção de procedimento de verificação da boa técnica legislativa de redação de textos nos quais fossem conceituados os diversos termos introduzidos no novo marco regulatório e apresentasse, ao mesmo tempo, as suas políticas e programas para a experimentação animal. Para isso, é indispensável a aplicação dos princípios da *clareza*, *precisão* e *concisão* que hoje se enunciam para a boa redação das leis presentes, no nível federal, nas regras detalhadas sobre a sistematização, redação e alteração dos atos normativos da Presidência da República (BRASIL, 2002).

Finalmente, à luz da descrição e análise feitas ao longo deste texto, e indo ao encontro da advertência expressa na epígrafe de nosso artigo, nunca é desnecessário lembrar (MACHADO, 2006) que ser uma Sociedade e um Estado do Terceiro Mundo é muito mais a expressão da vontade política dos dirigentes do aparelho de Estado do que o resultado de uma determinação histórico-cultural. É preciso, portanto, que o legislador brasileiro seja mais cioso da boa técnica legislativa na redação de leis cuja verificação cabe, em última instância, à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Referências

ANIMAL testing: suffering for science. Europe votes for better regulation of animal experiments. *The Economist*, London, p. 76, 7 May 2009.

BALLS, M. Animal experiments and alternatives: time to confront truth and uncertainty, and to combine idealism with realism. *AATEX*, v. 14, n. 1, p. 821-827, 2009.

BRASIL. Decreto nº 6.899, de 15 de julho de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 2009.

_____. Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 out. 2008.

_____. Presidência da República. *Manual de Redação da Presidência da República*. 2. ed. rev. e atual. 2002. Dis-

ponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

CALLON, Michel; LASCOUMES, Pierre; BARTHE, Yannick. *Agir dans un monde incertain*. Essai sur la démocratie technique. Paris: Seuil, 2001.

DEMERS, G. et al. Harmonization of animal care and use guidance. *Science*, New York, v. 312, n. 5774, p. 700-701, 5 maio 2006. Disponível em: <<http://www.icas.org/Document/Harmonization%20of%20Guidelines-%20First%20Meeting%20Science%20Publication.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2010.

ENSERINK, M. Brazilian scientists battle animal experimentation bans. *Science*, New York, v. 319, n. 5868, p. 1319, 7 mar. 2008.

FARAZMAND, A.; PINKOWSKI, J. (Org.). *Handbook of globalization, governance, and public administration*. New York: CRC Press Book, 2006.

GARNER, R. *Political animals: animal protection politics in Britain and the United States*. Basingstoke: Macmillan, 1998.

GARTHOFF, B. Alternatives to animal experimentation: the regulatory background. *Toxicology and Applied Pharmacology*, Orlando, v. 207, p. S388-S392, 2005.

GAUTHIER, C. The institutional animal care committee: keystone of international harmonization. *AATEX*, v. 14, p. 157-161, 2007. Special Issue.

GAUTHIER, C.; GRIFFIN, G. Using animals in research, testing and teaching. *Rev. sci. tech. Off. int. Epiz*, v. 24, n. 2, p. 735-745, 2005.

GRIFFIN, G.; DANSEREAU, M.; GAUTHIER, C. Categories of invasiveness: a precautionary approach. *AATEX*, v. 14, p. 715-720, 2007. Special Issue.

HOJGAARD, L.; MAKAROW, M. *Position on the proposal for a directive on the protection of animals used for scientific purposes*. 2. ed. 2009. Disponível em: <http://www.esf.org/fileadmin/links/EMRC/PP_EMRC_animalprotection.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2009.

JASANOFF, S. *States of knowledge: the co-production of science and the social order*. London: Routledge, 2004.

KEATING, P.; CAMBROSIO, A. *Biomedical platforms. Realigning the normal and the pathological in late-twentieth-century medicine*. Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

KONG, Q.; QIN, C. Analysis of current laboratory animal science policies and administration in China. *ILAR e-Journal*, v. 51, p. e1-e10, 2010.

KOVALCSIK, R. et al. Animal reuse: balancing scientific integrity and animal welfare. *Lab Animal*, v. 35, n. 9, p. 49-53, 2006.

- KULPA-EDDYT, J.; SNYDER, M.; STOKES, W. A review of trends in animal use in the United States (1976-2006). *AATEX*, v. 14, p. 163-165, 2007. Special Issue.
- KUROSAWA, T.M. Japanese regulation of laboratory animal care with 3Rs. *AATEX*, v. 14, p. 317-321, 2007. Special Issue.
- MACHADO, C. J. S. O arcabouço institucional-legal brasileiro referente às ações de prevenção e controle das espécies exóticas e a formulação de alguns princípios para a construção de uma Política Pública Nacional. In: REUNIÃO ANUAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA, 61., julho de 2009. *Anais eletrônicos...* Manaus: UFAM, 2009. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/61ra/mesas_redondas/MR_CarlosMachado.pdf>. Acesso em: 30 set. 2010.
- MACHADO, C. J. S. O mundo da administração pública das águas do estado do Rio de Janeiro segundo o olhar de um antropólogo. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 12, n. 25, p. 171-190, 2006.
- MACHADO, C. J. S.; MIRANDA, N.; PINHEIRO, A. A. S. A nova aliança entre Estado e sociedade na administração da coisa pública: descentralização e participação na Política Nacional de Recursos Hídricos. In: MACHADO, C. J. S. (Org.). *Gestão de águas doces*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.
- MACHADO, C. J. S. et al. A regulação do uso de animais no Brasil do século XX e o processo de formação do atual regime aplicado à pesquisa biomédica. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v. 17, n. 1, p. 87-105, 2010.
- MACHADO, C. J. S.; FILIPECKI, A. T. P.; TEIXEIRA, M. O. Current Brazilian law on animal experimentation. *Science*, New York, v. 324, n. 5.935, p. 1643-1644, 2009.
- MARQUES, R.G.; MORALES, M.M.; PETROIANU, A. Brazilian law for the scientific use of animals. *Acta Cirurgica Brasileira*, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 69-74, 2009.
- MOLONEY, A. Latin America faces hurdles in health research. *The Lancet*, v. 374, n. 9700, p. 1053-1054, 2009.
- MONAMY, V. *Animal experimentation*. London: Cambridge University Press, 2000.
- MOREL, C. M. et al. Co-authorship network analysis: a powerful tool for strategic planning of research, development and capacity building programs on neglected diseases. *PLOS Neglected Tropical Diseases*, San Francisco, v. 3, n. 8, p. E501, 2009.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The development of science-based guidelines for laboratory animal care: proceedings of the November 2003 international workshop*. Washington, DC: The National Academies Press, 2004.
- NWAKA, S.; HUDSON, A. Innovative lead discovery strategies for tropical diseases. *Nature Reviews Drug Discovery*, v. 5, p. 941-955, 2006.
- OHNO, Y. ICH Guidelines-implementation of the 3Rs (refinement, reduction, and replacement): Incorporating best scientific practices into the regulatory process. *ILAR Journal*, Washington, v. 43, p. S95-S98, 2002. Suppl.
- OLIVEIRA, A. E. S.; MACHADO, C. J. S.; OKADA, S. S. Realidade e limites do arcabouço legal de prevenção, controle e fiscalização da introdução de espécies marinhas exóticas no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 185, p. 145-159, 2010.
- OLIVEIRA, A. E. S.; MACHADO, C. J. S. Quem é quem diante da presença de espécies exóticas no Brasil? Uma leitura do arcabouço institucional-legal voltada para a formulação de uma política pública nacional. *Ambiente e Sociedade*, v. 12, n. 2, p. 373-387, 2009.
- PEREIRA, S. et al.. Animal experimentation and ethics in India: the CPCSEA makes a difference. *ATLA Journal*, v. 32, p. S411-S415, 2004. Suppl. 1.
- PERRY, P. The ethics of animal research: a UK perspective. *ILAR Journal*, Washington, v. 48, p. 42-46, 2007.
- PETHERICK, A. High hopes for brazilian science. *Nature*, v. 465, p. 674-675, 2010.
- POSITION on the proposed revision of the directive on the protection of animals used for experimental and other scientific purposes (86/609/EEC). *ESF-EMRC*, Sept. 2008. Disponível em: <<http://www.vr.se/download/18.427cb4d511c4bb6e38680001228/ESF-EMRC+Position+Paper+on+Proposed+Revision+of+Animal+Directive.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2010.
- PRESGRAVE, O. The need for the establishment of a brazilian centre for the validation of alternative methods (BraCVAM). *ATLA Journal*, v. 36, p. 705-708, 2008.
- ROLLIN, B.E. Overcoming ideology: why it is necessary to create a culture in which the ethical review of protocols can flourish. *ILAR Journal*, Washington, v. 48, p. 47-53, 2007.
- RUSCHE, B. The 3Rs and animal welfare: conflict or the way forward? *ALTEX*, v. 20, p. 63-76, 2003. Suppl. 1/03.
- RUSSELL, W.; BURCH, R. *The principles of human experimental technique*. London: Methuen and Company, 1959.
- SCHUPPLI, C. A.; FRASER, D.; MCDONALD, M. Expanding the three Rs to meet new challenges in

humane animal experimentation. *ATLA Journal*, v. 32, p. 525-532, 2004.

TEIXEIRA, M. O. ; MACHADO, C. J. S. Panorama da inovação em saúde pública. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 238, p. 64-67, 2007.

TAKAHASHI-OMOE, H.; OMOE, K. Animal experimentation in Japan: regulatory processes and application for microbiological studies. *Comp. Immun. Microbiol. Infect. Dis.*, v. 30, p. 225-246, 2007.

VALLE, S. Biossegurança, biosseguridade e bioinseguridade. *Informativo do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 225, p. 6-7, 2010.

VAN ZUPTHEN, L. F. M.; VAN DER VALK, J. B. F. Developments on the implementation of the three Rs in research and education. *Toxicology in Vitro*, v. 15, n. 4-5, p. 591-595, 2001.

VANDERBERG, J. L.; STONE, W. H. Brazil-USA workshop: the future of animal research. *ILAR Journal*, Washington, v. 43, n. 2, p. 110-113, 2002.

VARMUS, H. *The art and politics of science*. New York: W. W. Norton & Company, 2009.

WILLIAMS, N. New thinking on animal experiments. *Current Biology*, Philadelphia, v.12, n. 16, p. R539-R540, 2002.

Direito Constitucional Comparado

Breves aspectos epistemológicos

Orione Dantas de Medeiros

Sumário

1. Enunciação do problema: diferenças e semelhanças entre sistemas constitucionais. 2. Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base. 2.1. Funções do Direito Comparado e recepção legislativa. 2.2. Micro e Macrocomparações. 2.3. Comparação horizontal e comparação vertical. 3. Sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado. 3.1. Classificação dos grandes sistemas jurídicos. 3.2. Agrupamento dos direitos em famílias: *Common Law* e *Civil Law*. 4. Direito Constitucional Comparado: elementos teóricos. 5. Considerações finais.

1. Enunciação do problema: diferenças e semelhanças entre sistemas constitucionais

O Direito Comparado tem sido de grande interesse para os juristas. Ainda que os temas tenham-se diversificado e as divergências que estes provocam na atualidade, as questões fundamentais que encontramos no passado persistem em se manter. Trata-se de saber se o Direito Comparado é ciência ou método.

O presente artigo busca apresentar, de forma breve, aspectos epistemológicos relacionados com o Direito Comparado, em geral, e o Direito Constitucional Comparado, em particular, como um “novo” espaço de reflexão o qual, a cada dia, tem atraído estudiosos do direito, preocupados com os

Orione Dantas de Medeiros é Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Professor Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), bolsista do CNPq.

problemas advindos de um mundo globalizado, marcado pelas diferenças, insegurança e incertezas que desafiam os teóricos do direito neste início de século XXI.

Pensar o Direito Constitucional Comparado, em sua perspectiva epistemológica, significa tentar perceber o surgimento da ciência do direito em geral¹, sua trajetória e transformação ao longo da história, a partir do século XIX, na Europa Ocidental. Com efeito, a precedência do Direito Comparado concorreu para a lenta formação do Direito Constitucional Comparado, objeto de nossa reflexão.

Neste sentido, afirma-se que o Direito Constitucional Comparado resulta do avanço que emerge dos trabalhos de legislação estrangeira e das obras fragmentárias do Direito estrangeiro, matérias geralmente percorridas pelo estudioso para alcançar a temática do Direito Comparado².

¹ Ferraz Jr. (1980, p. 10), ao abordar o discurso da Ciência do Direito, escreve que: “costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um ‘sistema’ de conhecimentos sobre a ‘realidade jurídica’. Esta concepção é, evidentemente, muito genérica e pressupõe uma série de discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão *ciência jurídica* propriamente dita, mas também, em torno do próprio termo *ciência*”. E prossegue: “Os pontos cruciais desta discussão são, a nosso ver, os seguintes: a) o termo *ciência* não é unívoco; (...) c) embora haja um certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surgem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo aqueles que preferem vê-lo como uma simples técnica ou arte, reduzindo-se a ciência propriamente dita do Direito a uma parte da Sociologia, da Psicologia, da História, da Etnologia etc. ou de todas elas no seu conjunto”.

² Abordando o tema Direito Constitucional Comparado, Raul Machado Horta salienta que, em 1938, com a publicação de uma coletânea de estudos em homenagem a Edouard Lambert, compreendendo três alentados volumes, sob o título comum *Introduction à l'étude du Droit Compare*, um breve espaço é dedicado ao Direito Constitucional Comparado. E prossegue afirmando que “dos cinco textos incluídos na seção do Direito Constitucional Comparado, apenas o de Carl Schmitt, intitulado *L'évolution récente du problème des délégations législatives*, na versão francesa de Paul Roubier, preenche os requisitos do tema do Direito Constitucional Comparado pelo tratamento dispensado à técnica

Na atualidade, o que justifica o estudo do Direito Comparado como ramo do conhecimento jurídico ou como método para se chegar a ele? Quais são os pressupostos que os levam a caracterização como conhecimento científico? Depois da Segunda Guerra Mundial, constata-se o surgimento de novas abordagens acerca do fenômeno jurídico, sobretudo com a crise do positivismo jurídico, de viés legalista, que produziu uma visão distanciadora entre o direito e a moral. No que tange ao Direito Comparado, vários são os trabalhos realizados. O ensino do Direito Comparado avançou nas Universidades; importantes instituições, como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), ocuparam-se do Direito Comparado. Entretanto, tais estudos ainda são incipientes, talvez pelos juristas se encontrarem presos a uma formação científica contida nos limites de um horizonte histórico e nacional, reféns de uma visão do Direito limitada ao espaço interno. Todavia, o mundo jurídico na atualidade é muito mais complexo do que se pensou anteriormente. Ele é portador de outras dimensões e perspectivas (CONSANTINESCO, 1998). Fala-se hoje de uma “geografia jurídica”, cujo conhecimento é especialmente útil a uma época marcada, ao mesmo tempo, pela coexistência – e pela confrontação ou harmonização – de dois ou mais sistemas³ existentes.

Justifica-se o estudo do Direito Constitucional Comparado, entre outros fatores, devido ao impacto causado pela globalização⁴

da delegação legislativa na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e na Alemanha” (DANTAS, 2006).

³ Sistema aqui entendido como “blocos de legislações particulares, em face dos quais o comparativista deve se colocar antes de qualquer comparação institucional mais profunda.” (ANCEL, 1980, p. 59). A discussão acerca dos sistemas jurídicos contemporâneos será tratada no item 3 do presente artigo.

⁴ A globalização apresenta várias perspectivas, tais como, econômica, cultural, política, jurídica etc. Em seu aspecto jurídico, podemos citar o Direito Comunitário, o Direito da Integração, como parte de sua manifestação. Conforme o entendimento de José Eduardo Faria (1999, p. 52), “a globalização

sobre o constitucionalismo clássico, sobre o papel do Estado na esfera de direitos fundamentais e inclusive sobre o uso do direito comparado pelos juízes constitucionais⁵. Este último fator, pela relevância que assume na atualidade, já merece um estudo comparado, embora não seja objeto de nossa reflexão aqui.

Cabe ao Direito Constitucional Comparado, como ramo do Direito Comparado, apresentar-se como um dos elementos desse universalismo, tentando ajudar na compreensão dessa complexidade, de uma realidade cada vez mais cambiante, em um contexto de desenvolvimento científico e tecnológico, representado pelo surgimento e difusão em escala global da comunicação, via *Internet*, que torna as relações da vida nacional e internacional cada vez mais próximas e mais complexas, em sua multiplicidade de direitos, facilitando recepções legislativas⁶ para solução de problemas semelhantes.

corresponde à integração sistêmica da economia em âmbito transnacional, iniciada pela crescente mudança estrutural e funcional nos sistemas produtivos e pela consequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos em âmbito nacional”.

⁵ Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 92) aponta que vários “centros académicos de investigación comparada en todo el mundo, a su vez, contribuyen eficazmente a um diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, es ciertamente de los más fructíferos”. E arremata: “En los últimos tiempos, sin embargo, este intercambio de experiencias há sido enfocado como problema de derecho constitucional general, bajo la forma de controversia sobre la utilización y la citación por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales ‘externos’”.

⁶ Escreve Peter Häberle (1996, p. 151-185 apud DANTAS, 2006, p. 108-109) que a atual interdependência efetiva entre as Constituições, especialmente, enquanto ao sem número de recepções atualmente produzidas, induz a buscar um modelo teórico geral. E prossegue em seu raciocínio afirmando que: “A esto hay que añadir que el actual mundo *uniformado* cada vez se hace más pequeño gracias a las intensas posibilidades de comunicación, por un lado, y también gracias, por otro, a que los problemas globales existentes son similares para todos, como, por ejemplo, los derivados del medio ambiente y de la tecnología. He

Durante muito tempo, o Direito Comparado foi confundido com Direito Estrangeiro e Legislação Comparada⁷. Diante de tal ambiguidade, buscou-se uma delimitação semântica, pois, para o estudo de Direito Comparado, não basta fazer comparação entre a legislação nacional e a legislação estrangeira (elementos do Direito Comparado); é preciso uma análise dentro de um quadro geral em que se incluem aspectos doutrinários e jurisprudenciais. O Direito Comparado tem a comparação (semelhanças ou diferenças), entre sistemas e/ou institutos jurídicos vigentes, como seu objeto. Os grandes sistemas jurídicos e as famílias de direito (as diferenças e semelhanças) não são opostos, mas conceitos interdependentes que estão necessariamente em tensões.

Tentando uma melhor visualização do tema, dividiu-se este artigo nos seguintes pontos: Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base, no qual são

aquí la razón última de la necesidad de ver la razón última de la necesidad de ver lo que hace el vicino para aprovechar los logros ya alcanzados por este, y ello no solo por la notória escasez de recursos, sino también por puro y simple ahorro de tiempo y trabajo. De ahí la primera toma de contactos con lo foráneo; léase con las primeras recepciones. Es posible que en ello actúe como factor sugestivo la propia efectividad del ejemplo, ajeno, añadiéndose posteriormente las corrientes propias del denominado espíritu de la época e incluso las propias modas. Desde un punto de vista histórico, podríamos decir que dicho momento bien podría llamarse la hora de las recepciones, si bien hay que tener en cuenta que no siempre se dan en igual medida las condiciones adecuadas para que las reformas se efectúen siguiendo los modelos extranjetos. (...) los siguientes cauces y procedimientos de recepción a través de los que se asume lo creado en otros Estado. 1) Por vía de la revisión total de la Constitución (Suiza, por ejemplo). 2) Por vía de la revisión parcial de la Constitución. 3) Por vía legislativa. 4) por vía de la jurisprudencia constitucional, incluyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional europea. 5) Por vía de la Teoría de la constitución. 6) Por vía de la praxis jurídica (por ejemplo, la relativa a acuerdos de los *länder* con la Federación)”.

⁷ Existe uma tradição de estudos comparados que, segundo alguns autores, remontam à Antiguidade clássica, com Aristóteles (*Política*), ou à Idade Moderna, com Montesquieu (*Do Espírito das Leis*), segundo outros.

abordadas categorias, funções do Direito Comparado e recepção legislativa, micro e macro comparações, comparação horizontal e comparação vertical; em seguida, são abordados alguns sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado, agrupamento dos direitos em famílias, como a do *Civil Law* e *Common Law*. Por último, abordam-se alguns elementos teóricos para um Direito Constitucional Comparado.

2. Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base

Inicialmente, surge uma questão, de ordem filosófica, que precisa ser posta, visto não haver posição pacífica entre os autores: trata-se do significado da expressão “epistemologia”. O termo epistemologia é frequentemente considerado como sinônimo de gnoseologia (MORA, 2001, t. 2, p. 852). Entretanto, por Gnoseologia entende-se o estudo do conhecimento como gênero (vulgar, científico, filosófico etc.), ao passo que a Epistemologia é o estudo do conhecimento científico. Epistemologia – do grego *episteme* – designa um tipo especial de conhecimento que se pretende verdadeiro, racional, sistematizável. Aqui será entendida como o estudo da Teoria do Conhecimento Científico⁸. Ligado ao fenômeno jurídico, compreende-se o estudo do conhecimento jurídico, ou seja, uma epistemologia jurídica, um estudo sistemático dos pressupostos, do objeto e do método.

A questão de o Direito Comparado ser ciência ou método ainda hoje incomoda

⁸ Discutindo a temática, Ivo Dantas (2006, p. 13) afirma: “... preferimos a expressão *Teoria do Conhecimento* como sinônimo de *Gnoseologia*, ou seja, tendo por objeto o *conhecimento em si*, seu conceito e fases de formação, independentemente de estarmos diante do conhecimento vulgar, científico ou filosófico; à expressão *Epistemologia* reservamos como seu objeto o estudo da *Teoria do Conhecimento Científico*, ou seja, *Teoria da Ciência*, investigando seus caracteres e metodologia”.

os estudiosos do Direito. A posição aqui adotada será a do Direito Comparado como sendo ciência, isto é, o equivalente à expressão Teoria do Direito Comparado (DANTAS, 2006, p. 6-13). Isso já é o bastante para identificar uma opção filosófica diante do Direito em geral, bem como no âmbito do Direito Comparado, em particular, a qual repercutirá no Direito Constitucional Comparado, caracterizando-o de conhecimento jurídico e não como apenas um método.

No *Vocabulaire Juridique*, publicado em Paris em 1936 e coordenado por Henri Capitant, definiu-se o Direito Comparado como “o ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países”. Essa definição também correspondeu, ao mesmo tempo, à da Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, nos estatutos de sua fundação (13 de setembro de 1924) (ANCEL, 1980, p. 43).

Quando se afirma a não existência do Direito Comparado como ciência jurídica autônoma, geralmente toma-se como ponto de partida uma sistemática do Direito, na qual se fala de Direito Civil, de Direito Penal ou de Direito Administrativo. Nesse sentido, considera-se que o Direito Comparado não tem um objeto próprio, como o têm os diferentes ramos do direito. Adotando tal visão, é que diversos autores apontam a impossibilidade de autonomia do Direito Comparado como um ramo da ciência jurídica. Para os que adotam tal perspectiva, o Direito Comparado é método jurídico⁹ de

⁹ Vale lembrar que, durante décadas, o direito comparado foi considerado apenas como um método, definido como conjunto de diligências e de processos, encadeados de forma racional, destinados a conduzir o jurista a considerar e a perceber, mediante um processo ordenado, metódico e progressivo de confrontação e comparação entre os sistemas jurídicos, as *semelhanças* e as *diferenças*, neles existentes, assim como suas causas, isto é, a comparação consistiria, precipuamente, em extrair as relações existentes entre as estruturas e as funções dos termos a serem comparados, pertencentes a ordens jurídicas diferentes (FRADERA, 2001, p. 5-8).

comparação que se aplica às matérias que pertencem a um outro ramo do Direito, ou melhor, um modo científico de unificação (coordenação) e aperfeiçoamento dos institutos jurídicos vigentes.

A esses problemas de geografia jurídica, acresce Marc Ancel (1980, p. 19-51) um problema metodológico de monta, que relega a um segundo plano as controvérsias teórico-doutrinárias, tradicionais desde 1900, sobre a função e a natureza do Direito Comparado. Após 1945, as perspectivas críticas do comparativismo foram inicialmente sustentadas na Inglaterra por H. C. Gutteridge, na célebre obra *Comparative Law* de H. C. Gutteridge, publicada em 1946 e apresentada como *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. No mesmo sentido, Hamson publica em 1955 *The Law: Study and Comparison*. Esses autores ingleses partem da ideia de que o Direito Comparado não é um ramo autônomo da ciência jurídica; ele (o direito comparado) consiste unicamente no emprego de um método particular, o método comparativo, o qual pode e deve ser usado em todos os ramos do direito.

Seguindo essa linha crítica, na França, René David em muito tem contribuído para o estudo e o aperfeiçoamento do Direito Comparado, sobretudo na obra *Traité Élémentaire du Droit Comparé*, de 1960, chegando a afirmar categoricamente que o Direito Comparado nada mais é do que “o método comparativo aplicado no terreno das ciências jurídicas”. Do mesmo modo, na Itália, vamos encontrar tal posição na doutrina de Túlio Ascarelli em *La Funzione del Diritto Comparato e il Nostro Sistema di Diritto Privato*, de 1949. Todos eles acrescentam valiosa contribuição para o estudo da Teoria do Direito Comparado, embora negando-lhe a autonomia científica.

Por outro lado, há autores como Leontin-Jean Constantinesco, em sua obra *Einführung in die Rechtsvergleichung*, publicada em 1971, que emprega indistintamente a expressão Direito Comparado para de-

signar o método e a ciência autônoma. Entretanto, esclarece que: “Cada vez que se aluda al Derecho Comparado como método se empleará el término *método comparativo*. Siempre que se aluda a la disciplina autónoma se utilizará la expresión *Ciência de los Derechos Comparados*” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 26).

Por último, há aqueles autores que se inclinam para o lado que considera o Direito Comparado como ciência autônoma. Entre eles podemos destacar Marc Ancel com seu *Utilité et méthodes du droit comparé – Eléments d’introduction à l’étude comparative des droits*, publicado em 1971. Nessa mesma perspectiva, no Brasil, podemos citar, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, em seu artigo intitulado *Direito Comparado, Ciência Autônoma*, de 1952, ao defender o caráter científico e o sentido de autonomia, que possui o Direito Comparado, e Ivo Dantas¹⁰, em seu “Direito Constitucional Comparado”. Em sentido contrário, podemos citar entre outros, José Afonso da Silva, com “Um Pouco de Direito Constitucional Comparado”¹¹.

Quanto às inúmeras objeções postas pelos críticos do Direito Comparado, ao menos duas são refutadas. A primeira das objeções diz respeito ao acesso às fontes estrangeiras, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (fontes entendidas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como Doutrina, Jurisprudência e costumes); a segunda está

¹⁰ Esse autor considera que, “... à medida em que se compreendam os conceitos de *método e ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sua consciência, como assumir posição diferente, sobretudo, se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia”. E arremata dizendo: “No caso específico do Direito Comparado, o seu estudo apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador, poderá superá-las” (DANTAS, 2006, p. 99).

¹¹ Acerca desta questão, assim se expressa: “No nosso entender é difícil mostrar o direito comparado como ciência. O direito comparado não passará de método – não é ciência, porque lhe falta objeto próprio” (SILVA, 2009, p. 34).

relacionada ao problema linguístico, ou seja, conhecimento da língua usada pelo Estado cujo Direito se pretende comparar. Tais obstáculos são superáveis por uma preparação metodológica e intelectual que englobará a adequada terminologia utilizada pelo sistema ou ordenamento jurídico estrangeiro e seu significado.

Em linha de defesa, para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico, basta que disponha de um objeto (a pluralidade de ordens jurídicas), um método específico (o método comparativo) (ALMEIDA, 1998, p. 27), bem como de um terceiro elemento, que é sua autonomia doutrinária e didática¹².

Em síntese, pode-se afirmar, com base em alguns dos autores aqui já mencionados, que existe um Direito Comparado com caracterização de ciência, e não como método. Esse é apenas um dos elementos que autorizam a dita caracterização, ao lado de um objeto formal e de uma autonomia doutrinária e didática, além da questão terminológica. De início, é preciso lembrar a distinção necessária entre Legislação Comparada, Direito Estrangeiro e Direito Comparado, pois elas não correspondem a mesma coisa.

A denominação Direito Comparado normalmente é confundida equivocadamente com Direito Estrangeiro e Legislação Comparada¹³. Muitos são os trabalhos que

¹² Quanto à autonomia doutrinária, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados, manuais confirmam tal perspectiva, entre os quais podemos citar, no geral, os estudos de Cañizares, Gutteridge e René David, enquanto que, no caso específico do Direito Constitucional Comparado, temos os trabalhos de Garcia Pelayo, Sanches Agesta, Biscaretti di Ruffia, G. de Vergottini e outros mais (DANTAS, 2006, p. 101). No tocante à autonomia didática, existe nos cursos de Pós-Graduação e nas diversas instituições internacionais e nacionais criadas para cultivar o Direito Comparado, como exemplo, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado, entre outros.

¹³ Neste sentido, adverte Ivo Dantas (2006) que: “este equívoco é muito comum entre os autores brasileiros os quais, em bom número, costumam dizer, por exemplo, ‘no *direito comparado*, a Constituição italiana...’ quando deveriam, corretamente, afirmar: ‘no

se intitulam de direito comparado, quando efetivamente o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos (TAVARES, 1999, p. 89-104).

A distinção entre o Direito Comparado e o Direito Estrangeiro era clássica, desde antes de 1900, data do I Congresso Internacional de Direito Comparado, mas ela nunca foi muito clara e, por conseguinte, teoricamente negligenciada (ANCEL, 1980, p. 109-110). O Direito Comparado depende em muito dos estudos de Direito Estrangeiro, que é a sua matéria-prima.

No que diz respeito à expressão Legislação Comparada, vale ressaltar que a sua impropriedade inicia-se no instante em que se tenta identificar Direito com Legislação. Pois “aquele tem um sentido mais amplo que a segunda, sendo esta (legislação), apenas, uma das formas de manifestação daquele (=Direito Positivo)” (DANTAS, 2006, p. 66).

Aliás, lembra Caio Mário da Silva Pereira (1955, p. 33-47), no Brasil, quando da criação das primeiras cátedras, a concepção dada à disciplina era Curso de Legislação Comparada. Nas obras publicadas em fins do Século XIX e início do Século XX, pode-se registrar esta tendência dominante. Quem lê, por exemplo, Lições de Legislação Comparada (1897), de Clóvis Beviláqua, e Curso de Legislação Comparada (1903), de Cândido de Oliveira, poderá constatar tal fato.

Entretanto, o estudo de Direito Comparado vai além do aspecto legislativo (instante refletido no texto posto); inclui também os aspectos doutrinário e jurisprudencial. Compreende a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto tais como a legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática

direito estrangeiro, a Constituição italiana...’. O Direito comparado é a análise que será feita, levando-se em conta o direito nacional e o direito estrangeiro”.

contratual, a tendência da técnica jurídica (PEREIRA, 1955, p. 38).

Para a grande maioria dos comparativistas, a expressão “Direito Comparado” deve ser entendida em seu sentido restrito, que é bastante distinta de Direito estrangeiro. A esse respeito, escreve Ana Lúcia de Lyra Tavares (1999, p. 96) que,

“na verdade, o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos sistemáticos. Nos casos em que são focalizadas com exclusividade as fontes legislativas, têm-se ensaios de legislação comparada, campo que, de resto, precedeu historicamente o direito comparado”.

Legislação Comparada, Direito Comparado são expressões também encontradas nas denominações de algumas Sociedades, Institutos e Periódicos especializados. Vários são os exemplos: a Sociedade de Legislação Comparada criada em Paris, em 1869; o primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em 1900, que incorporava em sua designação oficial; o *Bulletin Mensual de la Societé de Legislation Compare* de Paris (revista esta que circula desde 1949 com a denominação de *Revue Internationale de Droit Compare*); Documentação e Direito Comparado, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa; *Comparative Judicial Review*, Reinforth Foundation, Flórida, USA; *Boletin del Instituto de Derecho Comparado de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM (revista esta que circula desde 1968 com a denominação *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*); *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, Itália. No Brasil, *Revista de Direito Comparado*, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito; *Revista de*

Direito Comparado Luso-Brasileiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro; em Recife, foi criado, no ano de 2000, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado.¹⁴

De um modo geral, tais terminologias chegam a expressar as concepções teóricas, segundo as quais se projetam para o Direito Comparado, apontando vários objetivos que constituem funções próprias e específicas do Direito Comparado. Entretanto, antes de apontar algumas posições doutrinárias sobre o tema, é preciso lembrar que o Direito Comparado não terá funções práticas. Suas conclusões serão utilizadas pelos “operadores” do direito, como os legisladores, os magistrados, os advogados etc., visando a uma melhor e adequada regulamentação dos acontecimentos sociais relevantes de determinada sociedade.

2.1. Funções do Direito Comparado e recepção legislativa

O Direito Comparado possui funções próprias e específicas. As suas finalidades, segundo Paolo Biscaretti di Ruffia (1975, p. 13-15 apud DANTAS, 2009), podem ser agrupadas em quatro: na satisfação de meras exigências de ordem cultural; na interpretação e valorização das instituições jurídicas do ordenamento nacional; na notável aportação que a ciência do direito constitucional pode proporcionar ao campo da “nomotética”, isto é, em relação com a política legislativa; e na unificação legislativa.

Giuseppe de Vergottini (1985 apud DANTAS, 2006, p. 106), ao afirmar que comparar significa, antes de tudo, cotejar para manifestar analogias e diferenças, entende que é preciso também perguntar qual é a razão de tal operação lógica. Indica finalidades do Direito Constitucional Comparado entre

¹⁴ Sob a presidência do Prof. Ivo Dantas (2006, p. 70), o Instituto Pernambucano de Direito Comprado patrocinou o I Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado, tendo como tema central das discussões, Constitucionalismo & Globalização. Veja também Dantas (2009).

as quais estão a “clasificación y agrupación de ordenamientos; interpretación de las instituciones constitucionales; preparación de la normación; unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista”.

No que toca à *unificación legislativa*, como uma das finalidades do Direito Comparado, referida por Ruffia, e à *unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista*, defendida por Vergonttini, estas fazem parte de uma visão que afirma a necessidade de o mundo contemporâneo difundir soluções jurídicas cada vez mais aproximadas pelos diversos Estados, mesmo sabendo da impossibilidade de transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

Marc Ancel (1980, p. 17-18) não se diferencia dos autores acima mencionados, quando aponta que:

“apesar da diversidade das legislações, existe uma universalidade do direito; o conhecimento do direito estrangeiro é frequentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro; permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o direito estrangeiro; o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito; nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras”.

Nesse sentido, pode-se falar do fenômeno denominado de Recepção Legislativa, que, para Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 2), corresponde à “introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”. A Constituição brasileira de 1988 traz vários exemplos, entre os quais podemos citar a Medida Provisória e o Mandado de Injunção.

São várias as possibilidades de comparação que, de todo ou de parte do sistema,

permitem-nos falar em uma Macrocomparação e uma Microcomparação, bem como em uma comparação horizontal e uma comparação vertical.

2.2. Micro e Macrocomparações

Nos estudos de Direito Constitucional Comparado, German J. Bidart Campos e Walter F. Carnota (BIDART CAMPOS; CARNOTA, 1998, p. 11-15 apud DANTAS, 2006, p. 112), ao fazerem referência à metodologia de análises, apontam dois critérios: o primeiro consistiria em uma exposição resumida ou pormenorizada do Direito Constitucional de cada país *sub examine* (Estados Unidos, Grã-Bretranha, Alemanha, França, Suíça, Espanha etc.). Tal metodologia de unidades políticas isoladas obriga o estudioso a extrair das exposições parcelas de sua própria comparação.

Quanto ao segundo critério, procura-se abreviar essa tarefa. Em vez de se estudar o Direito Constitucional país por país, procura-se expor, agrupando-se as linhas comuns ou similares de um grupo de estados, assinalando-se também as diferenças. Não se explica, separadamente, como é o Direito Constitucional britânico, francês, norte-americano, português, brasileiro etc. Em síntese, trata-se de elaborar algumas tipologias empíricas que levam em conta uma certa uniformidade, analogia ou denominações comuns. Tais tipologias, embora não alcancem a totalidade de estados que tem no mundo, abarcam alguns blocos de países, por exemplo, da União Europeia, do lado Latino-americano etc.

Ambos os critérios utilizados são típicos da macrocomparação. Seria mais produtivo ao comparatista se dedicar a setores do sistema e/ou determinado instituto, tornando o estudo mais viável do que aquele que visa o sistema jurídico, como um todo. Dessa forma, poderá o comparativista voltar-se para o sistema constitucional, sistema tributário, sistema penal, como partes do sistema jurídico total, ou ainda dentro de cada um deles, fixar-se em determinado instituto como, por

exemplo, fato gerador, pena, sistema partidário ou controle da constitucionalidade das leis (DANTAS, 2006, p. 113).

Essas possibilidades de comparação, do todo ou de parte do sistema, que permitem falar em dois tipos de comparação: a Macrocomparação e a Microcomparação. Mas devemos atentar para o fato de que essas expressões assumem sentido diverso entre os autores. Por exemplo, para Mauro Cappelletti (1993, p. 13-42), o direito comparado é, na realidade, um método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] e não *vergleichendes Recht* [derecho que compara]). É, em suma, uma maneira de analisar o direito de dois ou mais sistemas jurídicos diversos. Assim,

“existe aquella que podemos llamar ‘micro-comparación’, cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma ‘familia jurídica’ (por ejemplo, entre Francia e Itália), o bien, ‘macro-comparación’, si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Itália, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra.”

Mas, a comparação de sistemas, de instituições atuais em dois ou mais países, poderá ser feita numa perspectiva micro ou macro, independentemente da família à qual eles se vinculam.

Além das micro e macrocomparações, alguns autores apontam para o fato de que esta não seja a única perspectiva do Direito Comparado. Ao lado de uma perspectiva espacial, poderá haver comparação no tempo. Nesse sentido, fala-se de comparação horizontal e de comparação vertical, termos que serão explicitados a seguir, pois poderão causar equívocos de natureza epistemológica.

2.3. Comparação horizontal e comparação vertical

Acerca das expressões “comparação horizontal” e “comparação vertical”, elas

nem sempre assumem o mesmo significado entre os autores. Surge, então, a necessidade de que ambas as expressões sejam compreendidas, uma vez que, dependendo do sentido que se atribui a elas, pode-se chegar a caminhos diferentes, sobretudo no tocante à distinção entre o Direito Comparado e a História do Direito.

Partindo-se da ideia de que o Direito Comparado assenta em sistemas jurídicos positivos não necessariamente vigentes ou de sistemas coexistentes em determinada época, admite-se um caráter vertical à comparação. Esse é o posicionamento assumido por autores como Jorge Miranda. Argumenta ele: “O Direito constitucional comparado – se se quiser, a comparação de Direitos constitucionais – assenta, todavia, em sistemas jurídicos positivos, embora não necessariamente vigentes” (MIRANDA, 1997, p. 26).

Dessa forma, resulta não ser adequado supor que a única perspectiva do Direito Comparado (em geral) e do Direito Constitucional Comparado (em particular) seja a espacial. Pode-se também encontrar uma outra perspectiva, a temporal, conforme já assinalada acima.

Por outro lado, contrariamente, há autores para os quais, falar em Direito Comparado, implica necessariamente a comparação de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes. Por exemplo, para Ivo Dantas (2006, p. 115-116), o Direito Comparado implica sempre a existência de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes que serão objeto de comparação, dos quais, preferencialmente, um deles é o sistema jurídico nacional. Nesse sentido, não se admite falar em comparação vertical, no sentido de comparação no mesmo sistema, ou seja, fazendo a evolução do instituto em suas diversas fases, dentro do mesmo sistema jurídico.

Ao Direito Comparado interessa os sistemas legais ou sistemas jurídicos vigentes. A comparação feita no âmbito do Direito (nacional) pode ser utilizada com

independência dos direitos estrangeiros (comparação interna), estando nesse caso fora do objeto da chamada Ciência do Direito Comparado.

Referindo-se à comparação vertical e à comparação horizontal, Caio Mário da Silva Pereira (1955, p. 35-51) esclarece que o processo comparativo pode ser aplicado nos dois sentidos e que todos os comparatistas o aceitam. Pode o investigador, às vezes, recuar no tempo e buscar os dados informativos da instituição em sua origem, rastreando-a pelos séculos, até alcançar o momento atual. Nesse sentido, o pesquisador pode investigar, comparando a concepção contemporânea de algum instituto com os seus lineamentos no passado, fixar a sua linha de evolução, que lhe permite contextualizar o instituto no presente, e prognosticar as suas tendências no futuro. Mas, quem assim procede,

“vale-se da História do Direito e faz paleontologia jurídica, na feliz expressão lembrada por CLÓVIS BEVILÁQUA e repetida por JOSÉ EDUARDO DA FONSECA ao denominar as investigações de SUMMER MAINE e HERMANN POSTA de paleontologia social.

Outras vezes, o estudioso estende os olhos pelo horizonte jurídico e focaliza os sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, compara-os, procurando assinalar as suas aproximações e divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. E aqui está em pleno campo do direito comparado. Tendo em vista os dois sentidos de comparação, e inspirado na sua materialização geométrica, eu chamo

ao primeiro de comparação vertical, e ao segundo de comparação horizontal.”

Cumprido destacar ainda que o Direito Comparado estende nossos conhecimentos através do espaço, enquanto que a História do Direito nos permite enriquecer nossa cultura com referência ao tempo. O estudo do Direito Comparado nos permite compreender melhor os distintos sistemas jurídicos; compreender as bases fundamentais dos direitos contemporâneos ou de determinada época histórica, assim como as linhas essenciais de seu desenvolvimento. Também nos ajuda a descobrir as relações que há entre as normas jurídicas por um lado, e, por outro, as realidades sociais e os problemas da sociedade. Ademais, o Direito Comparado nos dá a possibilidade de explicar nosso sistema jurídico a um jurista estrangeiro e, sobretudo, nos faz compreender profundamente nosso próprio Direito.

Por fim, o objetivo principal do Direito Comparado é estudar – comparando – ordens ou sistemas jurídicos, podendo-o fazer sob as perspectivas do macro ou micro-comparação, entendidas estas expressões tanto no sentido da quantidade dos sistemas (vários sistemas = macrocomparação) quanto da quantidade de institutos (ex: o fato gerador do Imposto de Renda em dez sistemas, hipótese em que se pode falar em análise macro, ou em dois – microcomparação) (DANTAS, 2006, p. 124).

3. Sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado

De início, pelas razões já externadas anteriormente, reafirma-se a importância do conceito de sistema jurídico no estudo do Direito Comparado e no Direito Constitucional Comparado, em particular. Sem embargo, parte-se aqui de uma ideia, segundo a qual o sistema é um conjunto ordenado de elementos que traz consigo a caracte-

rística da unidade, da coerência e da (in) completude, ou seja, deverá ser visto como sistema em seus elementos mais genéricos. Em particular, o sistema jurídico pressupõe o elemento da vigência; e o direito vigente é aquele direito positivo¹⁵ que rege uma determinada época e lugar, por exemplo, a Constituição americana de 1787, embora seja permanentemente interpretada, como qualquer texto jurídico. Em consequência, a vigência supõe sempre a positividade; na positividade supõe a vigência, pois pode haver direitos positivos não vigentes.

O conceito de sistema jurídico é também importante porque a partir dele é que serão apresentadas as diversas classificações, quer seja em uma perspectiva genérica, quer seja, no âmbito específico do Direito Constitucional Comparado, com o agrupamento das diversas famílias constitucionais, apontando, por exemplo, as diferenças e semelhanças entre o modo ou não de Controle de constitucionalidade das leis, entre Cortes Constitucionais, Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes de Justiça Constitucional etc.

Entretanto, a ideia de sistema em Direito é uma questão que provoca dúvidas e discussões, conforme já alertado no início do presente trabalho. Abordando a teoria evolutiva dos sistemas, a ideia de sistema como base do discurso científico nos fornece um dado e nos leva a pensar o Direito assentado numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade¹⁶. Sem

¹⁵ Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é denominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão “direito positivo” é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais (BOBBIO, 1996, p. 15).

¹⁶ Cordeiro (2002, p. 62-66). Há referência a autores e obras que tomam a ideia de sistema como a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem como o(s): “da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática” (WERNER KRAWIETZ); “da identificação das instituições com sistemas de ações e de interações” (TALCOTT PARSONS); “do

essa regularidade, nem que seja mínima, o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real: ininteligível, imperceptível e ineficaz, ele deveria ser afastado das categorias existentes. Impõe-se, desde logo, uma primeira ideia de sistema: o Direito assenta em relações estáveis, firmadas entre fenômenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja.

A multiplicidade dos direitos é um dado factual. Tal fenômeno deve ter sua dimensão avaliada, bem como a sua significação. Pergunta-se: em que consiste e como se manifesta a diversidade dos direitos? Há elementos variáveis e elementos constantes no direito. A diversidade dos direitos não corresponde unicamente a uma variedade de normas que eles comportam. O fenômeno jurídico é mais complexo. Está longe de ser uniforme, entre todos os povos.

Se no mundo contemporâneo existem muitos direitos, cada direito constitui de fato um sistema. Emprega-se um determinado vocabulário para expressar certos conceitos, agrupam-se regras em certas categorias, comporta-se o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretá-las. Tudo isso ligado a uma dada concepção da ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do direito (DAVID, 2002, p. 19-20). Apesar desta diversidade, autores e cultores do Direito Comparado insistem na necessidade de classificação dos diversos sistemas.

Seria impossível estudar todos os sistemas existentes; são muitos, tanto quanto o número que se tem de Estados. Mas semelhante estudo ameaçava confundir-se com

direito como um sistema de comunicações” (NIKLAS LUHMANN); “do apoio sociológico da estruturação jurídica” (KAUFMANN/HASSEMER); “do tipo de pensamento dos juristas” (AULIS AARNIO), etc. Acrescenta: “Mas depõem, sobretudo, as considerações muito simples, acima efectuadas, sobre a própria existência do Direito e sobre a necessidade de, na sua comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob pena de inabarcável a complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um externo”.

o que é realizado pela Ciência Jurídica. O que há de específico no direito comparado é o uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Desse modo, afirma-se que o Direito Comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros, pela determinação dos traços essenciais, à demarcação de agrupamentos que, por sua vez, nos permitirá a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Para José de Oliveira Ascensão (1978, p. 120-121 apud DANTAS, 2006, p. 131),

“A posse das fundamentais linhas orientadoras de um grupo de direitos permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que prova sempre um embate com um direito alheio, dificuldades que são tanto maiores quanto mais afastado do seu for o direito que deve trabalhar.”

Os problemas enfrentados na classificação dos sistemas jurídicos começam com a existência de omissões de certas propostas, que se limitam aos Direitos Ocidentais, eurocêntricos, esquecendo-se de levarem em conta os Direitos Orientais. Assente-se que inúmeras são as classificações apresentadas pelos estudiosos do Direito Comparado, cada uma tomando por base critérios próprios.

3.1. *Classificação dos grandes sistemas jurídicos*

Em razão da limitação do presente trabalho e da falta de consenso entre os cultores do Direito Comparado, trata-se aqui de apresentar as propostas de classificação dos sistemas jurídicos apenas em alguns autores, embora não se negue a importância daqueles que ficarem de fora.

Há autores que tomam por base para a sua classificação a estrutura conceitual dos direitos ou a importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Há outros que julgam estas diferenças de ordem técnica como de caráter meramente secundário,

pondo em primeiro plano as considerações substanciais, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social. Em face de tais posições, de modo pragmático, limita-se optar por caracterizar três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação predominante, pelo menos para nós ocidentais: família romano-germânica, família da *comonn law* e família dos direitos socialistas (DAVID, 2002, p. 22-23). Não restam dúvidas de que essa é uma posição eurocêntrica ocidentalizada, que deixa de fora outros sistemas jurídicos.

A crítica à ótica eurocêntrica provocou a reflexão sobre características distintivas dos sistemas presentes na China, na Índia, nos países muçulmanos e na África. Para essa tomada de consciência, contribuiu a constatação de que a ocorrida adoção de fontes europeias (códigos franceses ou códigos anglo-indianos) não significou uma correspondente recepção do direito europeu por parte daqueles países (SACCO, 2001, p. 227). Assim, surge o reconhecimento da existência de particulares grupos de sistemas, extraeuropeus, dotados de profundas características próprias.

Nesse sentido, observa René David (2002, p. 23) que nenhum quadro realista pode ser estabelecido no que diz respeito aos direitos do mundo contemporâneo, sem se ter em conta outros sistemas que não se reportam às três famílias enumeradas acima. São eles os Direitos muçulmano, hindu e judaico; o do Extremo Oriente e também o da África e de Madagascar. Assim também é a posição de Mário Losano, numa concreta e ampla análise que faz dos grandes sistemas jurídicos do mundo – anglo-americano e indiano, islâmico e romanístico (nas suas ramificações russa e sul-americana) – comparados com o direito europeu e examinados antes e depois do encontro com a civilização ocidental¹⁷.

¹⁷ Para uma síntese dos sistemas jurídicos, cf. Losano (2007).

O agrupamento dos direitos em família,¹⁸ para René David (2002, p. 22), é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Todavia, adverte que “não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer”.

Por outro lado, adverte Felipe de Sola Cañazares (1954, p. 169-176 apud DANTAS, 2006, p. 141-142) que, teoricamente, e mesmo prescindindo dos direitos que não estão vigentes, o campo da comparação é muito vasto, pois pode estender-se a todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Podem distinguir-se três grandes sistemas baseando-se no espírito comum dos direitos que agrupam. Os Sistemas Ocidentais: *Common Law* (Norte-americano e Inglês), Sistemas Romanistas, Sistema de Direito Romano, Sistemas Escandinavos, Sistemas Ibero-americanos; Sistemas Soviéticos (ex-URSS e sistemas soviéticos); Sistemas religiosos (Direito canônico, Direito muçulmano e Direito Hindu) e Sistema Chinês.

No Brasil, no tocante à classificação dos grandes sistemas jurídicos, encontra-se de forma original¹⁹ em trabalhos de Clóvis Beviláqua (1897, p. 69), que leva em conta as especificidades da América do Sul. Posteriormente, em outro momento histórico, coube a Caio Mário da Silva Pereira (1954, p. 25 et seq.) apresentar os sistemas agrupados da seguinte forma: Grupo dos Direitos do sistema romano-cristão, que

abrange todas as legislações de filiação genética romana e de inspiração cristã; Grupo dos Direitos do sistema do *Common Law*; Grupo dos Direitos do sistema soviético e Grupo dos Direitos dos sistemas filosófico-religiosos. Este último se subdivide em 3 (três) outros grupos: o sistema muçulmano – direitos da comunidade islâmica, que tem o Alcorão como livro supremo; o sistema hindu, que realiza a filosofia bramânica; e o sistema chinês – expressão do pensamento filosófico confucionista (Cf. DANTAS, 2006, p. 147-148). Para José Cretella Júnior (2007, p. 221-240), defensor da ideia de que o Direito Comparado consiste em um simples método, os sistemas se classificam fundamentalmente em dois: sistemas de base romanista e sistemas de base não romanista.

Apresentando sentido diferente à expressão famílias jurídicas em face da ideia de sistema, Consuelo Sirvent Gutiérrez e Margarita Villanueva Colin (1996, p. 5-6 apud DANTAS, 2006, p. 212-213) afirmam que “el vocablo sistema se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de familia para denominar al conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación”.

Apesar de a maioria dos autores se referirem apenas às famílias do *Civil Law* e do *Common Law*, salienta Ivo Dantas (2006, p. 213) que não se pode desprezar a existência de famílias com caráter nitidamente religioso (modelo muçulmano) e aquelas que se inspiram nas ideias marxistas. Ele acrescenta ainda que, apesar da queda do Muro de Berlim e de todas as modificações ocorridas na Europa, não parece que possa justificar a exclusão do modelo socialista, do que seria exemplo (e só ele bastaria para justificar) o sistema jurídico cubano.

Portanto, são várias, e diferentes umas das outras, as propostas de classificação apresentadas pelos cultores do Direito Comparado, de forma que cada autor busca amparo em um ou mais critérios e tendo todas as classificações o seu mérito. Tudo

¹⁸ A noção de “família de direito” não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela por questões de ordem didática, valorizando as semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito.

¹⁹ Ao tratar dos grandes sistemas jurídicos, a participação de Clóvis Beviláqua “é original e não se encontra nas obras dos autores europeus, porque leva em conta a situação em que ficaram as ex-colônias ibéricas da América do Sul depois das respectivas independências.” (...) Clóvis Beviláqua não é eurocêntrico” (LOSANO, 2007, p. 36).

depende do quadro em que se colocuem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante, sentencia René David (2002, p. 22).

A classificação em famílias de Direito será tratada abaixo de forma sumária, em razão dos limites e dos propósitos do presente trabalho, levando-se em consideração duas grandes famílias: a família do *Civil Law* e a família do *Common Law*.

3.2. Agrupamento dos direitos em famílias: *Common Law* e *Civil Law*

O agrupamento dos direitos em família, certamente, é uma forma arbitrária de reduzir a complexidade, mas a que didaticamente se recorre, como importante meio utilizado para racionalizar a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.

De início, cumpre advertir que o sentido de família aqui não corresponde a uma realidade biológica (vide nota de rodapé nº 18), bem como lembrar que não há concordância sobre os critérios de se efetuar agrupamento dos direitos em famílias, e que nenhuma classificação consegue dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo. O que se tentará aqui é pôr em relevo as características essenciais de dois grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação de destaque: trata-se da família do *Common Law* e da família do *Civil Law* ou Romano-Germânica.

Da contraposição entre o *Civil Law* (sistema continental europeu, de origem Romanista) e o *Common Law* (sistema anglo-saxão), surgem entre eles elementos que informam semelhanças e diferenças. Se, por exemplo, a escolha do critério diferenciador for a principal fonte do direito, centra-se na lei (*Civil Law*) e em precedente judicial (*Common Law*).

Ao referir-se às relações entre essas famílias de direitos, René David (2002, p. 26) informa que os países de direito romano-germânico e países de *Common Law* tiveram numerosos contatos ao longo de vários

séculos, sendo que sofreram influência da moral cristã e das doutrinas filosóficas em voga, desde a época da Renascença, que construíram valores, como o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos.

A expressão do *Common Law* não deve ser confundida nem entendida como o sistema inglês. Embora nascido na Inglaterra, o *Common Law* se aplica a vários Estados; não deve ser confundido como britânico, tendo-se em vista que essa expressão diz respeito à Grã-Bretanha, entidade política que engloba a Escócia, a qual, por sua vez, adota e está incluída no sistema romano-germânico; por último, não deve ser identificado com a expressão “anglo-saxão”, em face de que esta refere-se ao sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação do *Common Law*, naquele país.

Ao tratar da importância histórica do direito inglês, verifica René David (Idem, p. 351-352) que o *Common Law* tem sua elaboração na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda, mas que compreende outros países de língua inglesa.

O direito inglês, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial, (*case law*), e é pelo estudo da jurisprudência que convém iniciar o estudo das suas fontes.

Vale ressaltar que a palavra “jurisprudência” não tem um sentido único. Na França, serve para designar as decisões judiciárias. A palavra inglesa *jurisprudence* tem um sentido muito diferente; aplica-se ao que se chama na França a teoria geral e a filosofia do direito. A palavra francesa *jurisprudence* é traduzida em inglês por *The decisions of the Courts*.

Por outro lado, quanto à família romano-germânica ou *Civil Law*, no tocante às fontes, a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte pri-

mordial, quase exclusiva. Todos os países da *Civil Law* surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de vários processos interpretativos, a solução que cada caso corresponde à vontade do legislador. A lei assume uma posição de superioridade diante de outras fontes. René David (*Ibidem*, p. 112) faz crítica a essa posição, nos seguintes termos:

“Esta análise, por mais corrente que seja, está de fato muito distante da realidade. A doutrina na qual se resume esta descrição bem pode ter sido o ideal de uma certa escola de pensamento, dominante no século XIX, na França. Contudo, ela nunca foi plenamente aceita na prática e hoje reconhece-se na própria teoria, cada vez mais claramente, que a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito.”

Pode-se inferir que os sistemas jurídicos levam em conta os condicionamentos históricos e temporais, bem como identificar algumas características comuns àqueles modelos que formam as diversas famílias, seja a Família do *Common Law*, seja a família do *Civil Law*, seja qualquer outra com seus variados sistemas.

Neste sentido, procura-se apontar alguns elementos que marcam os sistemas jurídicos do *Civil Law*, por exemplo, a Supralegalidade do texto constitucional e consequente sistema hierarquizado de normas, com controle de Constitucionalidade; predomínio da Lei escrita; e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das Leis.

Partindo de uma visão geral, ficaram resumidamente acima as classificações das famílias de Direito do *Civil Law* e do *Common Law*, tomando as fontes como um dos critérios diferenciadores. *Civil Law* ou Romano-germânica, a Lei como sua principal fonte (lei em sentido amplo, incluindo-se aí a Constituição); *Common Law*, a Jurisprudência, no sentido de decisões das cortes.

O tópico a seguir analisará apenas o sistema constitucional, entendido como subsistema do ordenamento total, isto é, do sistema jurídico como um todo.

4. *Direito Constitucional Comparado: elementos teóricos*

Nunca é demais lembrar que a simples descrição dos diversos sistemas jurídicos não significa que estejamos fazendo Direito Comparado. Trata-se de questão de natureza epistemológica, já anteriormente tratada, importante para compreendermos a perspectiva da qual estamos falando.

O sistema jurídico estrangeiro é elemento indispensável para a análise do Direito Comparado. Mas a simples descrição não é suficiente, porquanto é necessário que se faça a confrontação desse sistema jurídico estrangeiro em face do sistema jurídico nacional, ou de sistemas jurídicos diversos, para que possamos falar em Direito Comparado. Ou seja, com relação ao Direito Constitucional Comparado, o sistema constitucional estrangeiro é elemento indispensável ao estudo do Direito Constitucional Comparado. Partindo desse ponto de vista, é importante ressaltar que há controvérsias entre os autores acerca dos critérios de seleção dos sistemas. Vejamos a posição de alguns deles.

Paolo Biscaretti di Ruffia, ao analisar diversas premissas metodológicas referentes ao Direito Comparado, admite estar diante de uma difícil questão, em razão de uma generalidade de critérios. Mas considera necessária para servir de orientação nas investigações comparativas. Neste passo,

refere-se às posições de Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff e René David.

Em sua análise, esclarece Ruffia (1996, p. 91-94 apud DANTAS, 2006, p. 158-161) que, se realizarmos exame preliminar dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, podemos comprovar sua origem recente. As distintas Constituições promulgadas nos diversos países, a partir de 1787, podem ser distribuídas em uma série concatenada de ciclos constitucionais sucessivos.²⁰

Por sua vez, tratando do mesmo assunto, observa Jorge Miranda (1997, p. 101 et seq.), apontando o difícil problema de traçar um quadro capaz de dar conta das múltiplas formas e instituições, que: "... não é fácil surpreender um quadro suficientemente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das grandes coordenadas do Direito Constitucional". Atualmente são aproximadamente 200 Estados formalmente soberanos, todos com os seus ordenamentos particulares e revestidos na sua grande maioria por Constituições escritas.

Mas, é necessário levar ao fim tal tarefa, quer no âmbito de trabalhos comparativos, quer no da exposição do estudo de temas da teoria da Constituição. Jorge Miranda (Idem, p. 101) apresenta as perspectivas para alcançar tal tarefa. São elas: "o recurso à Teoria Geral do Estado, a tipologia das formas políticas, a observação de experiências constitucionais, a formação de sistemas e famílias de Direito Constitucional".

²⁰ Em nota de rodapé de nº 82, página 158, de seu livro aqui citado, fazendo referência aos ciclos constitucionais, o Prof. Ivo recorda que, entre nós, Pinto Ferreira (1983, v. 1, p. 55-67), nos seus Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, refere-se a diversos Ciclos Constitucionais, afirmando: "A doutrina dos ciclos constitucionais tem profunda importância para o direito público, melhor esclarecendo a sua essência e tendência evolutivas. O ciclo constitucional define-se pelo seu traço de originalidade e pela sua expansão no mundo das formas políticas, a exemplo dos ciclos constitucionais inglês, norte-americano, francês, alemão e soviético, como Constituições-tipos, que têm servido de figurino ou modelos a outras nações".

Quanto às famílias²¹ de Direito Constitucional e seu método de formação, observa Jorge Miranda (Ibidem) que esse método consiste,

"por um lado, em examinar o Direito Constitucional de um país tal como se apresenta na sua realidade de um sistema dotado de vida própria e, por outro lado, em tentar agrupar sistemas semelhantes ou afins num pequeno número de famílias ou tipos constitucionais. (...) oferece uma tríplice vantagem. Baseia-se no Direito Constitucional como um todo, embora tenha de escolher os elementos sobre que vai incidir a comparação; torna-o integrado no sistema jurídico a que pertence; visa descobrir a continuidade institucional, mas, ainda mais, a coerência actual de valores, conceitos e normas.

É um método que abre tanto para uma dimensão temporal quanto para uma dimensão espacial (de tendência universalizante) como nenhum outro e que, assim, se situa bem entre as tentativas de agrupamento de ordens jurídicas a que procede o Direito comparado. Contudo, tem de ser usado com prudência, por se terem tornado menos firmes os contornos

²¹ Jorge Miranda (1997, p. 107-109) denomina de fases pelas quais se desdobra o processo intelectual de agrupamento dos sistemas em famílias de Direito constitucional. São elas: "1ª) - Observação dos sistemas constitucionais (não de todos necessariamente, mas de uma maior parte e mais significativa, na sua realidade e diversidade); 2ª) - Recolha de caracteres comuns e destrição de caracteres diferenciadores; 3ª) - Procura ou conformação de sistemas com caracteres semelhantes; 4ª) - Sempre que essenciais os pontos de contacto, inclusão dos sistemas nas mesmas famílias - sendo, porém, imprescindível proceder a análise histórica e sistemática; 5ª) - Averiguação da possível existência de um sistema donde derivem historicamente os outros sistemas, por comunidade de origem, imitação, influência ideológica ou imposição; 6ª) - Com os elementos comuns aos vários sistemas integrados em cada família, construção da unidade dogmática ideal correspondente a esta e sua consideração como sistema abstracto coerente".

de sistemas e famílias num mundo em mundança.”

Por último, Jorge Miranda (1997) reconhece a existência de quatro grandes famílias de Direito constitucional no século XX: a inglesa, a norte-americana, a francesa e a soviética.

Partindo de um entendimento tridimensional do Direito, Bidart Campos e Walter Carnota (1998, t.1, p. 29-50 apud DANTAS, 2006, p. 165-166) propõem um critério que denominam de *Marcos Generales* para o estudo do Direito Constitucional Comparado:

“El derecho constitucional comparado que nosotros propugnamos no se encuentra enclausurado en las normas de la constitución documental. Por el contrario, fieles al realismo y al trialismo jurídico, visualizamos a un derecho constitucional de cara o solidário con la realidad existencial. Por eso podemos afirmar también que estado, en su sentido dinâmico, es sinônimo no sólo a régimen político, sino a *constitución en su acepción material o real*.

La preanotada dimensión existencial que le imprimimos al derecho constitucional comparado nos obliga a detenernos, siquiera brevemente, en los *marcos* en que se despliega su capacidad ordenadora y estructuradora.

Sabemos que el derecho constitucional de cada estado es su causa formal, es decir, es aquel ingrediente aglutinante que lo informa, que le infunde organización y encuadre. Ahora bien, la pregunta clave a formular es ésta: *qué es lo que se organiza, estructura u ordena?*

Ao analisar, “el territorio como uno de los supuestos del régimen político”, “El supuesto humano o población”, “como cambia el ejercicio del poder? Su influencia en el derecho”, esses autores, apresentam o Direito Constitucional Comparado como disciplina integradora. Assim escrevem:

“Si hay una rama jurídica que está mejor posicionada para lograr síntesis integradora, es el derecho constitucional comparado. Captando analogias y diferencias, aprehendiendo datos culturales diversos, estableciendo patrones comunes, se logra el avance de los valores de libertad, de pluralismo político y social, y de solidaridad a los que debe aspirar toda comunidad.

(...)

El derecho constitucional comparado, en cuanto confronta los ordenamientos jurídicos y los regímenes políticos existentes en el mundo, requiere de un conocimiento interdisciplinario de los marcos donde tales ordenamientos y regímenes se incardinan. El cuadro resulta amplísimo y, en consecuencia, difícil de ser abordado en su totalidad y plenitud. Modestamente hemos de procurar una prieta síntesis” (BIDART CAMPOS; CARNOTA, 1998, t. 1, p. 29-50 apud DANTAS, 2006, p. 165-166).

Esses autores, em vez de descreverem sistemas constitucionais, utilizam-se da técnica que se volta para o estudo de determinados temas, como, por exemplo, Classes de Constituições, Rigidez e Flexibilidade Constitucionais, Supremacia Constitucional, Constitucionalismos, Controle de Constitucionalidade, Mutações Constitucionais (DANTAS, 2006, p. 167), entre outros temas.

5. Considerações finais

O Direito Constitucional Comparado é uma criação do século XX e representa um esforço teórico-conceitual no âmbito de uma Teoria Geral do Direito. Conforme demonstrado ao longo do texto, o Direito Constitucional Comparado tem objeto próprio, que é a comparação entre dois ou mais sistemas constitucionais; sua problematização está relacionada com as

diferenças e semelhanças entre sistemas; utiliza-se de um método, que não lhe é exclusivo, que é o método comparativo. O objetivo principal do Direito Comparado é estudar – comparando – ordens ou sistemas jurídicos, podendo-o fazer sob as perspectivas da macro ou microcomparação, entendidas estas expressões tanto no sentido da quantidade dos sistemas (vários sistemas = macrocomparação) quanto da quantidade de institutos (exemplo: a prisão civil por dívidas em dez sistemas, hipótese em que se pode falar em análise macro, ou em dois sistemas – microcomparação).

Sem pretensão de determinar rigidamente o seu nascimento, chega-se a considerar que dois artigos servem como marco importante do Direito Constitucional Comparado. O primeiro artigo, intitulado *L'évolution recente du problème des delegations législatives*, de autoria de Carl Schmitt, foi publicado na coletânea de estudos em homenagem a Edouard Lambert, no ano de 1938; o segundo, *A comparative study of the Austrian and the American Constitution*, de Hans Kelsen, publicado no *Journal of Politics*, em maio de 1942, com tradução para a língua portuguesa com o seguinte título: “O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)”. Entretanto, esses autores não estavam preocupados com o estudo do Direito Constitucional Comparado como ramo do Direito Comparado ou do caráter científico deste, embora estivessem inaugurando um novo espaço para a reflexão teórica.

No Brasil, não obstante o pioneirismo e a originalidade, a produção bibliográfica acerca do Direito Comparado ainda é incipiente. Os primeiros trabalhos datam do final do século XIX, na Faculdade de Direito do Recife, com os escritos de Tobias Barreto, no contraponto feito entre teoria jurídica brasileira e teoria alemã, e os estudos sistemáticos de Clóvis Beviláqua (LOSANO, 2007, p. 15-40), retratados na “Aplicação do methodo comparativo ao estudo do

direito”, de 1891, e o “Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado”, de 1897. No início do século XX, Cândido Luiz Maria de Oliveira publica o “Curso de Legislação Comparada”. Posteriormente, tivemos a publicação do “Direito Comparado, Ciência Autônoma”, de Caio Mário da Silva Pereira, publicado em 1952, que representou um novo marco teórico na doutrina do Direito Comparado no Brasil. Como crítico dessa perspectiva, temos Cláudio Souto, com “Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado”, escrito em 1956.

Após essa data, tantos outros trabalhos e autores não menos importantes, que são dignos de serem lembrados, também fazem parte do rol de publicações acerca do Direito Comparado, como por exemplo, Haroldo Valladão, com “O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: séculos XIX e XX”, publicado em 1971, na Revista de Informação Legislativa; José Cretella Junior, *Droit Administratif Compare*, de 1973, traduzido para a língua portuguesa em 1990, com o título “Direito Administrativo Comparado”.

No que diz respeito ao Direito Constitucional Comparado, a produção bibliográfica brasileira comporta pouco mais de uma dúzia de publicações nestes últimos anos, entre as quais, podemos citar, a título de exemplo, o artigo publicado por Ana Lúcia de Lyra Tavares, em 1999, intitulado “Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado”; a obra “Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia”, de autoria de Ivo Dantas, publicado em 2000, obra que já se encontra em sua terceira edição; cite-se também o livro “Um Pouco de Direito Constitucional Comparado”, de José Afonso da Silva, publicação de 2009. Deixamos de citar aqui outras obras e autores brasileiros cultores do Direito Constitucional Comparado, em razão do espaço, não por serem menos importantes.

Atualmente reconhece-se a importância do estudo do Direito Comparado, em geral,

e do Direito Constitucional Comparado, em particular, como mais uma ferramenta para ajudar a reflexão no campo jurídico, uma vez que a ele se atribui uma visão mais global do direito, promovendo uma consciência integradora, em suas múltiplas diferenças e semelhanças existentes entre os vários sistemas jurídicos, rompendo com uma postura que leva o direito a um certo “gueto jurídico nacional”, sem se preocupar com os desafios globais que temos de enfrentar. Evidentemente que o Direito Comparado tem seus limites, mas quer seja como ciência autônoma, quer seja como método próprio de comparação de direitos, poderá quicá ajudar na solução global para problemas globais.

É preciso reconhecer a influência, ou quem sabe a aproximação das famílias do *Civil Law* e do *Common Law*, com a experiência atual europeia. Ao estudioso do Direito Constitucional Comparado cabe buscar compreender esses fenômenos, pelos quais se verifica a recepção (ou imposição) de institutos constitucionais; influência entre modelos constitucionais, como exemplo, no controle da constitucionalidade, na adoção de súmulas vinculantes, nas garantias dos direitos fundamentais, no papel das Cortes Constitucionais, dos Tribunais Constitucionais, das Supremas Cortes de Justiça nas decisões de grande relevância na vida dos cidadãos.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. Aplicação do methodo comparativo ao estudo do Direito. *Revista Acadêmica. Faculdade de Direito de Recife*, Recife, a. 1, 1891.

_____. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito Privado*. Salvador: Liv. Magalhães, 1897.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporâneo: cuatro estudios de Derecho comparado*. México: Porrúa, 1993.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito comparado: introdução ao Direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, A. Menezes. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria do Direito comparado*. Recife: Programa de Pós-Graduação da UFPE, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O Direito e a economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FRADERA, Vera Jacob. Apresentação. In: SECCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito comparado*. São Paulo: RT, 2001.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001. t. 2.

MIRANDA, Jorge. Sobre o Direito Constitucional comparado. *Separata de Direito e Justiça*, Lisboa, v. 2, p. 201-222, 1981/1986.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

OLIVEIRA, Cândido Luiz Maria de. *Curso de legislação comparada*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1903.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, p. 33-47, 1952.

_____. Unidade da cultura jurídica ocidental. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 1954.

- _____. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, out. 1955.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Um pouco de Direito Constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito comparado*. Recife: [s.n.], 1956.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A utilização do Direito comparado pelo legislador. *Contextos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-20, mar. 1987.
- _____. O estudo das recepções legislativas. In: VALLADÃO, Haroldo (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
- _____. Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-104, jan./jul. 1999.
- _____. A crescente importância do Direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, 2001.
- VALLADÃO, Haroldo Teixeira. O estudo e o ensino do Direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 3-14, abr./jun. 1971.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Espase Calpe, 1985.
- ZAGREGELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

Polícia Legislativa do Senado Federal

Atribuições investigativas e de polícia judiciária em face da Constituição de 1988

Éder Maurício Pezzi López

Sumário

1. Introdução. 2. A criação da Polícia do Senado Federal, independência de Poderes e os conceitos de “polícia”. 3. Análise da constitucionalidade das atribuições da Polícia do Senado Federal. 4. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição de 1988, na senda das anteriores, previu a possibilidade de que cada Casa Legislativa da União e dos Estados criasse sua polícia, sem, no entanto, especificar que espécie de polícia e que espectro de atribuições lhe poderiam ser outorgadas. Diante disso, as Casas do Congresso Nacional concretizaram a norma, cada uma estabelecendo uma disciplina própria para a questão.

Ocorre que, não obstante a previsão constitucional referida, tem-se visto decisões judiciais que negam legitimidade às Polícias Legislativas, especialmente no que tange à possibilidade de realizar atividades investigativas e presidir inquéritos policiais. Ante tal situação, a Mesa do Senado Federal ajuizou a ADC nº 24, de modo a firmar a constitucionalidade da Resolução-SF nº 59/02, a qual criou a Polícia Legislativa dessa Casa.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objeto analisar os pontos mais relevantes a respeito do tema, fazendo uma leitura do quadro de separação de

Éder Maurício Pezzi López é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Ex-Advogado do Senado Federal. Advogado da União em Rio Grande-RS.

Poderes instituído pela Constituição de 1988, especialmente no que concerne à independência e harmonia entre eles, de modo a estabelecer-se o conceito de “Casa Legislativa” e suas implicações. Igualmente, explicitam-se as diversas espécies que o gênero “polícia” encerra, para então examinar especificamente a constitucionalidade de cada uma das atribuições conferidas à Polícia Legislativa do Senado Federal, com foco nos seus fundamentos e limites.

Ressalta-se que os entendimentos expostos neste trabalho, embora relacionados ao Senado Federal, podem ser aplicados *mutatis mutandis* às polícias da Câmara dos Deputados, das Casas Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, cujas normas o reduzido escopo deste trabalho não permitiu analisar.

2. A criação da Polícia do Senado Federal, independência de Poderes e os conceitos de “polícia”

2.1. A criação da Polícia Legislativa do Senado Federal

Todas as constituições brasileiras, sem exceção, ao tratar do Poder Legislativo, previram expressamente a possibilidade de as Casas Legislativas disporem a respeito de sua polícia¹. A respeito disso, é de se ver que em todas elas há apenas referência ao

¹ 1824: “Do: Ramos do Poder Legislativo, e suas atribuições: Art. 21. A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice Presidentes, e Secretarios das Camaras, verificação dos poderes dos seus Membros, Juramento, e sua *polícia interior*, se executará na fôrma dos seus Regimentos.”; 1891: Art 18. (...). Parágrafo único - A cada uma das Câmaras compete: (...) - regular o serviço de sua *polícia interna*; 1934: Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...) VI - eleger a sua Mesa, regular a sua *própria polícia*, organizar o seu Regimento Interno e a sua Secretaria, propondo ao Poder Legislativo a criação ou supressão de cargos e os vencimentos respectivos; 1937: Art 41 - A cada uma das Câmaras compete: (...) - regular o serviço de sua *polícia interna*; 1946: Art 40 - A cada uma das Câmaras compete dispor, em Regimento interno, sobre sua organização, *polícia*, criação e provimento de cargos; 1967/69: Art 32/30 - A cada uma das Câmaras compete dispor,

termo “polícia”, sem delimitar ou especificar que tipo de atribuições - ou mesmo que “espécie” de polícia - seria exercido pelos órgãos a serem criados pelo Poder Legislativo.

No tocante à Constituição de 1988, verifica-se que essa situação se manteve, prevendo ela em seu art. 52, XIII, a competência do Senado Federal para simplesmente dispor sobre sua “polícia”, nos seguintes termos:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, *polícia*, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

Dessa forma, talvez pela falta de maior especificação dos textos constitucionais, não houve uma considerável produção legislativa a respeito do tema, limitando-se as Casas Legislativas a disporem a respeito de sua polícia com foco mais na função de manutenção da ordem e segurança do que em outras funções envolvendo matérias de polícia judiciária ou investigativa.

No entanto, diante da necessidade de dar efetividade ao texto constitucional, o Senado Federal ampliou tal espectro de atribuições, aprovando a Resolução nº 59 de 2002, a qual dispõe sobre as atribuições e o funcionamento da Polícia dessa Casa Legislativa². A referida resolução tem em sua redação originária os seguintes termos:

em Regimento Interno, sobre sua organização, *polícia*, criação e provimento de cargos.

² No tocante à Câmara dos Deputados, no seu Regimento Interno (Res. nº 17, de 1989) foi tratada de forma mais abrangente a questão atinente ao funcionamento e atribuições da Polícia Legislativa dessa Casa, especialmente nos arts. 267 e ss.

“Art. 1º A Mesa fará manter a ordem e a disciplina nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal.

Art. 2º A Subsecretaria de Segurança Legislativa³, unidade subordinada à Diretoria-Geral, é o órgão de Polícia do Senado Federal.

§ 1º São consideradas atividades típicas de Polícia do Senado Federal:

I – a segurança do Presidente do Senado Federal, em qualquer localidade do território nacional e no exterior;

II – a segurança dos Senadores e autoridades brasileiras e estrangeiras, nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal;

III – a segurança dos Senadores e de servidores em qualquer localidade do território nacional e no exterior, quando determinado pelo Presidente do Senado Federal;

IV – o policiamento nas dependências do Senado Federal;

V – o apoio à Corregedoria do Senado Federal⁴;

VI – as de revista, busca e apreensão;

VII – as de inteligência;

VIII – as de registro e de administração inerentes à Polícia;

IX – as de investigação e de inquérito.

§ 2º As atividades típicas de Polícia do Senado Federal serão exercidas exclusivamente por Analistas Legislativos, Área de Polícia e Segurança, e por Técnicos Legislativos, Área de Polícia, Segurança e Transporte⁵,

³ De acordo com o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 15/2006, Art. 1º, “a Secretaria de Segurança Legislativa passa a denominar-se Secretaria de Polícia do Senado Federal”.

⁴ De acordo com o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 14/2005, Art. 8º, “a Polícia do Senado Federal, subordinada ao Órgão Central de Coordenação e Execução, é órgão de apoio técnico à Corregedoria Parlamentar e às Comissões Parlamentares de Inquérito”.

⁵ De acordo com o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 15/2006, Art. 8º, “Os cargos efetivos

desde que lotados e em efetivo exercício na Subsecretaria de Segurança Legislativa.

(...)

Art. 4º Na hipótese de ocorrência de infração penal nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal, instaurar-se-á o competente inquérito policial presidido por servidor no exercício de atividade típica de polícia, bacharel em Direito.

§ 1º Serão observados, no inquérito, o Código de Processo Penal e os regulamentos policiais do Distrito Federal, no que lhe forem aplicáveis.

§ 2º O Senado Federal poderá solicitar a cooperação técnica de órgãos policiais especializados ou requisitar servidores de seus quadros para auxiliar na realização do inquérito.

§ 3º O inquérito será enviado, após a sua conclusão, à autoridade judiciária competente.”

Como se pode verificar, foram conferidas à Polícia Legislativa dessa Casa funções gerais de segurança, tanto de Parlamentares, em casos nela previstos, como de todo o complexo que se inclui em suas dependências, servindo ela de apoio à Corregedoria e às comissões parlamentares de inquérito. Ademais, atribuíram-se à Polícia do Senado funções tipicamente de polícia judiciária, envolvendo cumprimento de medidas de revista, busca e apreensão, além de atividades de inteligência, de registro e outras tipicamente investigativas, inclusive com a prerrogativa de presidir inquéritos policiais.

Regulamentando a norma em questão no âmbito interno, o Presidente do Senado Federal, por meio do Ato nº 50, de 2006, previu a criação de diversos órgãos integrantes da Polícia do Senado Federal, entre eles a Subsecretaria de Polícia Judiciária, que

de Técnico Legislativo, Área de Polícia, Segurança e Transporte, Especialidade Segurança passam a ser denominados Técnico Legislativo, Área de Polícia Legislativa, Especialidade Policial Legislativo Federal”.

reúne tanto atribuições de polícia judiciária *stricto sensu*, quanto funções de polícia investigativa⁶.

Diante desse quadro normativo, antes de se analisar a conformidade constitucional das atribuições outorgadas à Polícia Legislativa, faz-se necessário abordar a questão da separação de Poderes e dos conceitos que o termo “polícia” abrange.

2.2. O Poder Legislativo no contexto do modelo de divisão das funções de poder estabelecido pela Constituição de 1988

2.2.1. Antecedentes históricos da separação de poderes

Embora se tenha consagrado a expressão “separação” de poderes, a doutrina tem ressalvado que o Poder estatal é uno, insuscetível de separação. Em realidade, o que pode ser dividido são as diferentes funções estatais, atribuindo-as a órgãos diversos, como mecanismo de controle e limite (BONAVIDES, 2008).

Embora pareça certa controvérsia a respeito de quem teria sido o precursor da ideia de separação de poderes, verifica-se que ela foi referida por Aristóteles em sua obra “A política”, na qual se traça um esboço de segregação das funções deliberativas,

executivas e judiciais. Embora tal fundamento estivesse presente, não se fez uma sistematização completa a respeito de cada órgão, o que veio bem mais tarde a ser feito por John Locke (1998), quando escreveu seus “Dois Tratados sobre o Governo”.

Para Locke, a essência da separação das funções de poder era a de criar limitações ao poder, enfatizando em sua obra a dicotomia existente entre a função de criação da lei e de sua execução. Dessa forma, embora fosse enfatizada a preponderância da função legislativa – a supremacia da *rule of law* –, frisou-se a vedação ao Legislativo para que executasse as leis que criava.

Posteriormente, Montesquieu (2004) ampliou o tema, melhor delimitando as funções de cada órgão de poder, bem como a independência de que deveria gozar cada um deles no exercício delas. Na obra “O Espírito das Leis”, esse autor refere que, “para que não se possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”⁷. Em outros termos, pode-se dizer que a ideia central da obra de Montesquieu é a criação de princípios de divisão das funções estatais, mas que, ao mesmo tempo, permitam mecanismos de equilíbrio e controle recíprocos, de modo a não engessar a máquina do Estado.

A partir dessas ideias, a separação das funções de poder foi constitucionalmente positivada pela primeira vez na Carta da Virgínia (1776), sendo igualmente expressa na Constituição americana, em 1787. Na Europa, igualmente, foi ela escrita de forma solene pelo artigo 16⁸ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que alçou a separação de poderes como pressuposto da própria ideia de constituição.

⁶ Art. 3º – À Subsecretaria de Polícia Judiciária compete desenvolver todos os atos inerentes à instrução dos inquéritos policiais e dos termos circunstanciados instaurados na Secretaria de Polícia do Senado Federal quando da prática de infrações penais nas dependências sob responsabilidade do Senado Federal; revisar as peças de inquérito policial e de termo circunstanciado antes do seu envio ao Poder Judiciário; acompanhar o cumprimento dos mandados de prisão, de busca e apreensão, as conduções coercitivas, escolta de presos e de depoentes das Comissões; elaborar pareceres e estudos jurídicos, bem como se manifestar, quando solicitado, em processos afetos às competências da Secretaria de Polícia do Senado Federal; realizar pesquisas e prestar o apoio técnico necessário ao desenvolvimento dos trabalhos de assessoramento jurídico da Secretaria e de seus órgãos subordinados; coordenar os trabalhos dos serviços diretamente subordinados; dar cumprimento às determinações do Diretor da Secretaria de Polícia do Senado Federal e executar outras tarefas correlatas.

⁷ No original: “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut, que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (MONTESQUIEU, 2004).

⁸ Artigo 16: “Toda sociedade na qual não há garantia dos direitos nem é determinada a separação de poderes não possui constituição”. No original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a pas de constitution”.

No Brasil, em que pese a Constituição Imperial de 1824 ter trazido algumas expressões do princípio da separação das funções de poder, só foi ele definitivamente positivado de forma expressa na Constituição Republicana de 1891⁹. Tal princípio, desde então, assim tem sido sistematicamente reproduzido nas constituições posteriores, estando veiculado no texto de 1988 de forma explícita nos artigos 2º e 60, § 4º¹⁰.

A partir disso, impõe-se analisar qual o alcance e o conteúdo do princípio da separação das funções de poder na Constituição de 1988, de modo a bem posicionar o objeto do presente estudo.

2.2.2. A separação das funções de poder na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 consagrou a independência entre os Poderes como princípio fundamental da República, insuscetível de ser derogado por emenda, visto que constitui cláusula pétrea. Sobre tal aspecto, relevante é a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 19), que assim descreve tal fenômeno:

“A independência entre os poderes concretiza-se por intermédio de uma formação independente (cada ramo de poder se estabelece sem interferência do outro ramo, por exemplo, mediante eleições próprias e independentes), de uma organização e estruturação interna básica independente, de um mínimo de competências próprias e exclusivas ou privativas, de condições que permitam atuação e funcionamento independentes ou autônomos, e de discricionariedade no uso de suas faculdades próprias (escolha de meios e definição de

oportunidade de ação, sem interferência ou imposição de outro poder, com o limite ditado tão-somente pela Constituição).”

Conforme a referida autora, buscou-se consubstanciar a independência de cada órgão de poder com base nas chamadas cláusulas de indelegabilidade e de inacumulabilidade. Em outras palavras, o órgão detentor das funções de poder específicas não poderia delegá-las inteiramente a outro, sob pena de subverter a repartição constitucionalmente formulada, desestabilizando o sistema. Igualmente, do outro lado da moeda, a cláusula de inacumulabilidade veda a concentração de mais de uma função típica em um mesmo poder.

No entanto, é de se ver que tal separação das funções de poder não é absoluta, e nem mesmo Montesquieu assim a idealizou em sua obra, visto que isso implicaria um engessamento que, em vez de depurar o exercício do poder, prejudicar-lhe-ia a efetividade. Se assim fosse, ter-se-ia uma paralisação do exercício do poder, tornando a constituição um “monstro ingovernável”, como se referiu o próprio Montesquieu à Carta francesa de 1791 (Cf. FERRAZ, 1994, p. 18). Daí a própria Constituição consignar que os poderes não são apenas independentes, mas também “harmônicos”, que interagem e se relacionam no desenrolar da atividade estatal. Nesse sentido, interessante é a constatação de Fabrício Juliano Mendes Medeiros (2008, p. 202), que assim escreve:

“(…) a Constituição de 1988 institucionalizou um marcante sistema de controle recíproco, a significar, portanto, que a separação de Poderes, no Brasil, apresenta um arranjo entre poderes permeado de contundentes mecanismos de mútua fiscalização”.

Por essa razão, pode-se encontrar no texto constitucional uma série de “exceções” à separação das funções de poder, que têm justamente a função de instrumentalizar o controle recíproco e sistema de *checks and*

⁹ Art 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

¹⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 60, § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.

balances. Isso se pode ver na possibilidade de o Poder Executivo adotar medidas provisórias com força de lei (art. 62), na possibilidade de o Legislativo exercer funções de investigação próprias das autoridades judiciais, por intermédio das CPIs (art. 58, § 3º) e na atribuição que tem o Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e mesmo de editar súmulas vinculantes. Além dessas situações, podem ainda ser elencadas a hipótese de serem julgados os membros do Legislativo pelo Judiciário, a possibilidade de que o Executivo possa interferir na atividade legislativa, por meio do veto, ou mesmo a faculdade da edição de legislação que afete diretamente a atividade jurisdicional.

No entanto, é de se ver que eventuais exceções a esse sistema de independência e harmonia só poderão ser veiculadas pela própria Constituição, não se podendo por qualquer outro meio alterar tal conformação constitucional, sob pena de afronta ao princípio em comento. A respeito disso, por diversas vezes já foram consideradas inconstitucionais leis que criavam ingerências de um poder sobre outro sem previsão constitucional¹¹.

Sobre o tema, veja-se importante precedente do Supremo Tribunal Federal, no qual se consideraram inconstitucionais exceções à separação de poderes constantes de constituição estadual que não tinham lastro na Constituição da República¹²:

“Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e

contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da Lei estadual 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro grau do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça (...)”

Diante desse quadro, resta delimitar as peculiaridades e prerrogativas do Poder Legislativo no exercício de sua atividade típica.

2.2.3. Prerrogativas no exercício do Poder Legislativo: a incolumidade da Casa congressional

A atividade legislativa teve, por parte da teoria da separação de poderes, peculiar atenção, especialmente no que toca a sua segregação da atividade executiva, uma vez que o abuso e o arbítrio muitas vezes eram propiciados pela concentração de tais atividades num só órgão. Além disso, como adverte Ackerman (2009, p. 66), quanto mais os representantes eleitos se dedicarem à implementação das leis, menos se dedicarão à função legislativa, única que pode legitimamente “decodificar os valores básicos de uma sociedade”.

Assim, a par da vedação que lhe foi oposta em relação à execução de suas leis, as Constituições modernas têm conferido uma série de prerrogativas à atividade legislativa, de modo a evitar indevidas ingerências de outros Poderes que lhe retirem a independência. Como exemplo disso, têm-se as prerrogativas que possuem os parlamentares no exercício de seu mandato, consubstanciadas pelas denominadas imunidades formais e materiais, que preveem

¹¹ Veja-se, por exemplo, a inconstitucionalidade da previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal que permitia ao Poder Executivo limitar os valores financeiros dos demais Poderes, em caso de dissonância com a LDO (ADI 2238 MC, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 9/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 P. 24).

¹² ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-11-98, Plenário, DJ de 5-11-04.

regras quanto à prisão, competência para julgamento e impossibilidade jurídica de imputação penal por crimes de opinião no exercício do mandato.

Sobre as imunidades parlamentares, relevante é a lição de Carlos Maximiliano (apud ALEIXO, 1961, p. 25), que assim escreve:

“A imunidade não é privilégio incompatível com o regime igualitário em vigor, nem direito subjetivo ou pessoal; é prerrogativa universalmente aceita por motivos de ordem superior, ligados intimamente às exigências primordiais do sistema representativo e ao jogo normal das instituições nos governos constitucionais; relaciona-se com a própria economia da divisão dos poderes, assegurando a liberdade e a independência do Legislativo; sanciona o direito impreterível que tem a nação de manifestar a própria vontade pelo órgão dos seus mandatários, não deixando estes à mercê de agentes do Judiciário que às vezes não passam de instrumentos do Executivo”.

Em relação a tal aspecto, é de se ver que as prerrogativas parlamentares estão intimamente ligadas ao conceito de “Casa Legislativa”, ou seja, ao local onde a atividade legislativa é solenemente desempenhada. Tal fenômeno tem antigas raízes, como se pode ver no *Bill of Rights*, de 1689, o qual previu que “a liberdade dos discursos e debates ou procedimentos no Parlamento não devem ser impedidos ou questionados em nenhuma Corte ou *lugar* que não seja o próprio Parlamento”¹³.

Nesse particular, é de se ver que o sistema da Constituição de 1988 albergou tal “sacralidade” do *locus* legislativo, ao fazer uma nítida distinção entre o espaço *intra muros* do Congresso Nacional e o seu

exterior. Tal realidade, diga-se, consta não só de normas expressas, mas decorre de uma interpretação sistemática do texto constitucional, considerando a sua unidade teleológica.

O primeiro aspecto que denota essa circunstância é o fato de que, para aferir-se a incidência ou não da imunidade material de que gozam os parlamentares, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou uma espécie de presunção absoluta para os atos proferidos no interior da Casa, presumindo-se *jure et de jure* que todos eles sejam correlacionados com o exercício do mandato. Assim, somente no caso dos atos proferidos fora dela é que caberia analisar se eles seriam conexos ou não com a atividade parlamentar. Como exemplo, confira-se a ementa do seguinte julgado¹⁴, com os grifos que se fazem:

“A palavra ‘inviolabilidade’ significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo. O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada ‘conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar’ (INQ 390 e 1.710). *Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das*

¹³ No original: “the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament”.

¹⁴ Inq 1958, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-01 PP-00068 RTJ VOL-00194-01 PP-00056.

ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. (...)”

Igualmente, outras expressões que denotam a especialidade da Casa do Parlamento são aquelas atinentes ao estado de sítio, demonstrando a preocupação do legislador constituinte com os momentos de crise institucional, nos quais, em diversas oportunidades da história recente do Brasil, o Congresso Nacional foi sumariamente fechado. Veja-se, como exemplo, a norma constante do parágrafo único do art. 139, que prevê que eventuais restrições às comunicações não se aplicam aos pronunciamentos de parlamentares feitos no interior de suas Casas Legislativas¹⁵. Além disso, tem-se a norma que prevê que as imunidades parlamentares, no estado de sítio, só poderão ser suspensas em relação a atos praticados “fora do recinto do Congresso Nacional”, como prevê o parágrafo oitavo do art. 53, incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001¹⁶.

Por fim, outro aspecto relevante em relação ao espaço do Poder Legislativo pode ser vislumbrado na competência exclusiva que tem o Congresso Nacional para “mudar temporariamente sua sede”, conforme previsão do art. 49, VI, da Constituição da República.

Estabelecida a relevância do espaço atinente à “Casa Legislativa”, impõe-se, no próximo tópico, delimitar os diversos

¹⁵ Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (...) Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

¹⁶ Art. 53, § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

conceitos do termo “polícia”, de modo a poder-se analisar seu exercício por parte da Polícia Legislativa.

2.3. Os conceitos de polícia judiciária, polícia administrativa e polícia investigativa

A palavra “polícia” está longe de ser um termo inequívoco, uma vez que perfaz um gênero do qual podem ser extraídas diversas acepções. Assim, para identificar a que atividades ou atribuições ela se refere, é quase que indispensável acrescentar-lhe algum adjetivo que a especifique, fazendo-se referência à polícia “administrativa”, polícia “judiciária”, polícia “investigativa” etc.

No tocante à polícia administrativa, Maria Sylvia di Pietro (2004, p. 112), seguindo o entendimento de Álvaro Lazzarini, distingue-a da polícia judiciária, referindo que “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal”. “Com efeito”, continua a autora, “quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”. Além disso, costuma-se referir que, enquanto a polícia administrativa atua sobre bens, direitos ou atividades, a polícia judiciária atua sobre pessoas, ou seja, aqueles que podem ser sujeitos ativos de ilícito penal (Cf. CARVALHO FILHO, 2008, p. 75).

Outro aspecto relevante para a diferenciação, igualmente, é que a polícia judiciária é ordinariamente titularizada por órgãos específicos, como as polícias civis dos estados e do DF, a Polícia Federal, as polícias legislativas. A polícia administrativa, de outra parte, é desempenhada por diversos órgãos da Administração, de maneira difusa.

Feita essa diferenciação, torna-se claro que o conceito de polícia administrativa não se confunde com a polícia judiciária, visto que possuem objetos e fundamentos distintos que lastreiam a sua atuação. No entanto, embora a distinção feita restrinja

o conceito de polícia judiciária, é de se ver que ainda assim ele não pode ser considerado unívoco, uma vez que não existe consenso a respeito do que ele efetivamente signifique.

Isso se torna especialmente evidente quando se confronta o conceito de polícia judiciária com o de “polícia investigativa”. Isso porque o art. 4º do Código de Processo Penal, ao empregar o termo “polícia judiciária”, descreve funções típicas da polícia investigativa, nos seguintes termos:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Ocorre que tal aceção deve ser cotejada com o que dispõe a Constituição da República, que assim trata da matéria, ao dispor a respeito das atribuições da polícia federal:

“Art. 144. (...)”

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

Analisando a norma em questão, verifica-se que a Constituição faz uma nítida distinção entre a função de apuração de infrações penais e a função de “polícia judiciária”, disciplinando-as em incisos distintos do parágrafo primeiro do art. 144. Além disso, torna-se mais evidente a dis-

tinção com a redação do parágrafo quarto do artigo acima transcrito, o qual assim dispõe que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Ora, se o texto constitucional elenca duas atribuições diversas, separadas pela conjunção “e”, não há como entender-se que o conceito de polícia judiciária envolveria, naturalmente, a função investigativa. Atento a tal particularidade, Denílson Feitoza Pacheco (2009, p. 200-201) faz as seguintes observações:

“A Constituição Federal utilizou a expressão polícia judiciária no sentido original com o qual ingressou em nosso idioma há mais de cem anos, ou seja, como o órgão que tem o dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandado de prisão ou mandado de busca e apreensão, à condução de presos para oitiva pelo juiz, à condução coercitiva de testemunhas etc.

Isso fica bastante claro com o § 4º do art. 144 da Constituição Federal, que diz incumbir às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. *Portanto, as funções de polícia judiciária não se confundem com as funções de apuração de infrações penais. Para a Constituição Federal, cujo texto passou pela revisão gramatical de um dos maiores especialistas brasileiros de todos os tempos, as duas funções são distintas. Assim (...) podemos distinguir polícia judiciária, de um lado, e polícia investigativa, investigante ou investigadora, de outro”.*

Feita a devida separação conceitual das diversas espécies de “polícia”, passa-se a verificar a constitucionalidade de seu

desempenho por parte da Polícia Legislativa, estabelecendo sua abrangência e seus limites.

3. Análise da constitucionalidade das atribuições da Polícia do Senado Federal

3.1. Atividades de policiamento, segurança e inteligência

Como se pode ver da referida resolução do Senado Federal, a sua Polícia tem como atribuições específicas realizar a segurança do Presidente da Casa, de autoridades brasileiras e estrangeiras que se encontrem nas dependências do Senado e de Senadores em qualquer local do território nacional, quando determinado pelo Presidente da Casa. Além disso, tem em suas atribuições realizar o policiamento em todo o espaço compreendido nas dependências do Senado, tendo poderes para efetuar revistas, praticar atos de inteligência, de registro e de administração “inerentes à Polícia”.

Em realidade, todos esses atos destinam-se não só à preservação da segurança pública *lato sensu* nas dependências da Casa Legislativa, mas também à preservação da integridade individual do seu Presidente e eventualmente de Senadores, fora dela. Como tais atividades são compreendidas no gênero “segurança pública”, poder-se-ia perquirir se tais atividades poderiam ser desempenhadas pela Polícia Judiciária, uma vez que ela não consta do rol de órgãos elencado no art. 144¹⁷ da Constituição.

Tal circunstância, em realidade, de forma alguma lhe retira a legitimidade para tais atribuições, dado que o rol do art. 144 não é exaustivo. Prova disso é que dele não constam as Forças Armadas, que têm

igualmente entre suas funções precípua a defesa “da lei e da ordem” (art. 142), nem estão elencadas as polícias legislativas, referidas expressamente em relação ao Senado (art. 52, XIII), à Câmara de Deputados (art. 51, IV), às Assembleias Legislativas dos Estados (art. 27, § 3º) e à Câmara Legislativa do DF (art. 32, § 3º).

Ademais, é de se ver que a segurança pública é “dever do Estado” e “responsabilidade de todos”, não havendo qualquer inconstitucionalidade na criação de outros órgãos estatais destinados a essa finalidade, desde consentâneos com as demais normas constitucionais atinentes.

Relativamente às atividades de inteligência, é importante referir que elas são relacionadas exclusivamente ao âmbito policial e criminal¹⁸, não se relacionando com aquelas outras que têm como escopo a tomada de decisões governamentais¹⁹. A respeito disso, assim escreve Joanival Brito Gonçalves (2009, p. 31):

“Portanto, a inteligência tem por escopo, basicamente, a produção de provas de materialidade e autoria de crimes, ou seja, por meio de análise sistemática de informações disponíveis, busca-se a identificação dos criminosos e os aspectos essenciais

¹⁸ O Manual de Inteligência Policial do Departamento de Polícia Federal define tal atividade como o “conjunto de ações de inteligência policial que empregam técnicas especiais de investigação, visando a confirmar evidências, indícios e obter conhecimentos sobre a atuação criminosa dissimulada e complexa, bem como a identificação de redes e organizações que atuam no crime, de forma a proporcionar um perfeito entendimento sobre seu “modus operandi”, ramificações, tendências e alcance de suas condutas criminosas”.

¹⁹ Nesse sentido, as atividades de inteligência da Polícia Legislativa não se incluem no conceito trazido pela Lei 9.883/99, que refere no art. 2º, § 2º, que “entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado”.

¹⁷ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

da consumação do delito. Há que se considerar, ainda, seu caráter consultivo, ‘quando contribui para elaboração e adoção de medidas ou políticas de prevenção e combate à criminalidade’”.

Tal atribuição, no entanto, relaciona-se apenas com a elucidação e prevenção de crimes ocorridos no âmbito da Casa Legislativa, não podendo extrapolar seus limites, sob pena de usurpação da atribuição da Polícia Federal e dos demais órgãos que realizam atos de inteligência no âmbito da União²⁰.

3.2. Atividades típicas de polícia judiciária

Feita a distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa, pode-se dizer que a polícia judiciária tem como objeto a realização de todos os atos que sejam relacionados à prestação jurisdicional, ressalvados aqueles tipicamente investigativos, como já exposto. Dessa forma, o cumprimento de mandados, a realização de medidas de prisão, busca e apreensão, condução, bem como outras correlatas são providências que guardam tipicidade de polícia judiciária, cabendo perquirir-se a constitucionalidade de seu desempenho por parte da Polícia Legislativa, bem como os seus limites e condições de atuação.

A respeito da segurança pública no âmbito da União, a Constituição prevê que a Polícia Federal destina-se a “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária” (art. 144, § 1º, IV). Diante disso, poder-se-ia, numa leitura apressada, ser considerada inconstitucional qualquer atuação da Polícia Legislativa nesse sentido.

Ocorre que tal norma não pode ser interpretada de maneira pontual e estreita, desconsiderando todo o conjunto normativo que é instituído pela Constituição. O princípio hermenêutico da unidade da Constituição, conforme ressalta Inocêncio Coelho (MENDES, 2008, p. 114), apregoa

que “as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição”. Em realidade, no momento em que é prevista a polícia legislativa, expressamente, não há como entender-se que não lhe sejam também conferidas atribuições de polícia judiciária, nos limites da atuação legislativa que justifica a sua existência.

Isso porque, como já exposto, o espaço físico que constitui a Casa Legislativa é especialmente resguardado pela Constituição, não se podendo considerá-lo como suscetível de quaisquer ingerências que comprometam e constituam ofensa à independência inerente a cada poder. Nesse sentido, a previsão da existência da Polícia Legislativa tem justamente como escopo garantir tal prerrogativa, impedindo que outras polícias, vinculadas a outros Poderes, possam irrestritamente adentrar no espaço do Poder Legislativo.

Em outras palavras, não se quer dizer que o espaço das dependências do Poder Legislativo goze de uma espécie de imunidade à atuação de outros Poderes, especialmente o Judiciário, como se não se pudessem nele cumprir ordens judiciais. O que se quer ressaltar é que as ordens judiciais só podem ser cumpridas nas dependências do Senado Federal pela Polícia Legislativa, de forma privativa. Diz-se privativa, mas não exclusiva, uma vez que é possível o acesso de outros órgãos policiais mediante requisição ou prévia autorização da presidência da Casa, de forma excepcional.

Ressalte-se, contudo, que essa prerrogativa não significa a adoção de uma separação absoluta das funções de poder, a significar que a independência entre os Poderes pressuporia uma total impossibilidade de atuação de um sobre o outro. Em verdade, como já visto, o “sistema de freios e contrapesos” traz saudáveis exceções à independência dos poderes, que possibilitam uma melhor governabilidade e o exercício

²⁰ Observe-se o rol constante do art. 4º do Decreto Federal 4.376/02.

mais racional do poder estatal. Contudo, as situações de exceção à independência dos poderes devem obrigatoriamente estar em consonância com o ordenamento constitucional, que estabelece o molde institucional que baliza o funcionamento do Estado.

Dito isso, e tendo em mente as prerrogativas de independência do Poder Legislativo, não parece que a Constituição as tenha excepcionado, permitindo que outros poderes possam livremente adentrar no espaço reservado à Casa Legislativa, ainda que para o cumprimento da lei em sentido amplo. Em realidade, se a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo, em caráter exclusivo, a criação de sua polícia, é implícito que ela terá funções condizentes com a garantia da independência dos poderes. Do contrário, ter-se-ia a Polícia Legislativa como mero serviço de segurança, o qual, diga-se, prescinde inclusive de ser desempenhado por agentes estatais, podendo ser objeto de contratos administrativos com particulares, o que não parece ter sido o espírito do legislador constituinte.

Vale aqui, a respeito do tema, relembrar a teoria dos poderes implícitos, expressa de forma célebre pelo *Chief Justice* Marshall no caso *McCulloch vs. Maryland*, no qual se reconheceu que, se a Constituição atribui os poderes, os meios para seu exercício lhe são inerentes. Nas palavras do julgador, “se os fins são legítimos, se estão de acordo com o escopo da constituição, e todos os meios são apropriados e adaptados a esse fim, não sendo proibidos, mas condizentes com a letra e o espírito da constituição, são eles constitucionais”²¹ (FISHER, 2007, p. 318).

Assim, se a Constituição estabeleceu como primado a independência do Poder Legislativo, que engloba a incolumidade das dependências da Casa do Senado Fede-

ral, e atribuiu a ele a criação de sua polícia, é inerente a esse poder que a ele sejam outorgados os fins exclusivos de constituir polícia judiciária, a instrumentalizar eventuais ordens judiciais no âmbito do Poder Legislativo.

A par disso, voltando os olhos para os outros Poderes da União, é de se ver que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal traz disposição que segue a mesma finalidade, nos seguintes termos:

“Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário”.

Analisando a norma referida, observa-se que ela implicitamente estabelece vedação a que outras autoridades diversas da Polícia do STF exerçam atividades no âmbito dessa Corte. Isso porque, se o Presidente responde pela polícia da Casa, podendo requisitar o auxílio de outras autoridades, isso significa que tais autoridades não poderiam, em regra, agir de ofício, sem o seu consentimento.

No âmbito internacional, embora a comparação constitucional não possa ser considerada exatamente como um método hermenêutico (Cf. MENDES, 2008, p. 109), é interessante vislumbrar que essa prerrogativa de independência do espaço físico da Casa Legislativa é referido expressamente pela Lei Fundamental alemã, de 1949. Embora seja ela silente a respeito do *Bundesrat* (órgão semelhante ao Senado Federal), há expressa previsão de que o Presidente do *Bundestag* (análogo à Câmara dos Deputados) “exerce os poderes de gestão e de polícia” em seu edifício, sendo, sem sua autorização, “vedada qualquer investigação, prisão ou busca e apreensão” no seu espaço²².

²¹ No original: “Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional”.

²² Art. 40 (...) (2) O Presidente exerce os poderes de gestão e de polícia no edifício do Bundestag. Sem sua autorização, é vedada qualquer investigação, prisão ou busca e apreensão no espaço do Bundestag. No original: “(2) Der Präsident übt das Hausrecht und

Como se pode verificar, o ordenamento constitucional alemão é claro em vedar qualquer ingerência alheia no espaço físico da Casa Legislativa, sem o consentimento do seu presidente. Em realidade, embora a Constituição de 1988 não traga regra expressa semelhante, a *ratio* que inspira ambos os textos nesse particular é a mesma. Ainda que se possam considerar diferenças no sistema de divisão de poderes dos dois países, especialmente no que tange ao sistema de governo, a preocupação com a independência e intangibilidade da atividade legislativa possui o mesmo caráter, permitindo a mesma leitura da Constituição brasileira de 1988.

3.3. Atividades de investigação e inquérito policial

Assentado que não há qualquer restrição a que a Polícia Legislativa desempenhe funções de polícia judiciária, resta verificar se o seu desempenho de funções de polícia investigativa guarda consonância com a Constituição, fazendo-se antes uma breve análise de importante *leading case* do STF a respeito do tema.

3.3.1. O enunciado da Súmula nº 397 e o *leading case* do Supremo Tribunal Federal a respeito do poder de polícia no âmbito do Legislativo

O enunciado nº 397 da Súmula do Supremo Tribunal Federal trata especificamente do poder de polícia das Casas do Congresso Nacional, tendo sido redigido nos seguintes termos, a partir de julgamentos envolvendo crime ocorrido nas dependências do Senado Federal:

“O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante

die Polizeigewalt im Gebäude des Bundestages aus. Ohne seine Genehmigung darf in den Räumen des Bundestages keine Durchsuchung oder Beschlagnahme stattfinden.”

do acusado e a realização do inquérito”.

O fato em questão foi o homicídio praticado pelo então Senador Arnon de Mello (pai do atual Senador Fernando Collor de Mello) contra o Senador José Kairala, no próprio plenário, em 5/12/1963. O alvo era o Senador Silvestre Péricles, seu desafeto político em Alagoas, o qual igualmente sacou uma arma e tentou disparar contra o Senador Arnon de Mello.

No relatório do HC 40382²³, o Relator, Min. VICTOR NUNES, assim escreve a respeito dos fatos, segundo os depoimentos testemunhais:

“(…) que o Senador Arnon de Mello, ao iniciar o seu discurso, em resposta a outro que há meses fizera o Senador Silvestre Péricles, pediu licença ao Presidente para falar voltado para o seu adversário, e não para a Mesa, porque ele ameaçara matá-lo naquela oportunidade. O Senador Silvestre Péricles levantou-se, encaminhou-se para o orador de dedo em riste e proferiu insulto: ‘Crápula!’. O Senador Arnon de Mello, imediatamente, sacou a arma e a disparou por mais de uma vez. O Senador Silvestre Péricles protegeu-se entre as cadeiras, deslizou para um local mais favorável e apontou seu revólver na direção do Senador Arnon de Mello. Foi então desarmado pelo Senador João Agripino, que teve o dedo ferido pelo percussor do revólver, quando procurava arrebatá-lo.”

Nesse *habeas corpus*, bem como nos de número 40398 e 40400, todos impetrados em favor do Senador Silvestre Péricles, sustenta-se que teria havido nulidade da lavratura de auto em flagrante, bem como das diligências investigativas tomadas pelo Senado Federal a respeito do caso, por não terem as Casas do Congresso atribuição para tanto.

²³ Tribunal pleno, julgado em 11/12/1963, DJ 13-08-1964.

No entanto, tais argumentos foram rejeitados, por entender-se que as Casas do Congresso, no momento em que gozavam da prerrogativa de disporem sobre sua polícia, teriam também poderes para instaurar inquéritos e efetuar diligências semelhantes àquelas da polícia judiciária, nos limites de suas dependências. Nesse sentido, merece transcrição o voto do Ministro Victor Nunes, proferido no HC 40398²⁴, o qual assim expôs a questão:

“O que então alegou o impetrante, como hoje repetiu, foi que, ordinariamente, só a autoridade policial pode fazer o inquérito, segundo o art. 304, combinado como art. 4º, do Código de Processo Penal. A autoridade administrativa só terá essa faculdade, quando deferida por lei, como dispõe o citado art. 4º, parágrafo único.

Entretanto, o regimento interno das câmaras legislativas, no que toca à sua própria polícia, tem força de lei, pois essa prerrogativa lhes foi atribuída com caráter de exclusividade pelo art. 40 da Constituição. Do mesmo modo, as resoluções das câmaras sobre o regime do seu funcionalismo têm força de lei, e contra elas não se pode opor uma lei geral, por ser inatingível, pelo legislador ordinário a prerrogativa que a Constituição concedeu a cada uma das Câmaras, isoladamente. Por igual razão, no tocante ao policiamento interno das Casas do Congresso, o regimento tem força de lei formal, porque assim o quis o próprio legislador constituinte, zeloso da independência dos poderes.

O ilustre impetrante sustentou, no processo anterior, que o poder de polícia das Casas do Congresso somente alcança os parlamentares no que respeita ao desempenho de suas funções legislativas.

²⁴ Relator Min. PEDRO CHAVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/03/1964, DJ 02-07-1964 PP-02133 EMENT VOL-00583-02, p. 816.

(...)

Não podia, realmente, o poder de polícia das Casas do Congresso ficar adstrito ao exercício, propriamente, da função parlamentar. Esta é uma prerrogativa que resguarda o poder legislativo, de qualquer atentado, em nome de sua independência, garantida pela Constituição Federal. Segundo essa tradição, o regimento interno do Senado e o da Câmara dos Deputados, em nosso país, disciplina o modo de proceder da Mesa em tais circunstâncias.”

Nos mesmos autos, interessante observação foi feita no parecer do Ministério Público, o qual ressaltou que seria descabido que fosse chamada autoridade policial para decidir a respeito de flagrante de crime havido dentro de uma das Casas do Congresso Nacional, referindo não ser o inquérito levado a cabo pela autoridade policial o único instrumento de instrução criminal:

“(…) seria insólito que se chamasse uma autoridade policial para decidir, no recinto do Senado, numa das Casas de representação nacional, sobre o modo de proceder relativamente à lavratura de flagrantes de senadores. Não se pode recusar à nossa Diretoria do Senado ou da Câmara dos Srs. Deputados este direito, este dever de lavrar flagrantes, mesmo porque o inquérito policial não é o único instrumento de instrução criminal.”

Em que pese a discussão em questão se ter travado há mais de 40 anos, o conteúdo do enunciado da súmula é plenamente consentâneo com o ordenamento constitucional vigente, não havendo qualquer impedimento a que o Poder Legislativo realize atividades de investigação criminal.

3.3.2. Da ausência de exclusividade da Polícia Federal no exercício da polícia investigativa no âmbito da União

Como já referido, não há na Constituição qualquer exclusividade de um órgão no exercício de atividades investigativas, uma

vez que as funções de polícia investigativa não se confundem com as de polícia judiciária. Assim, no âmbito da União, a previsão de “exclusividade” da Polícia Federal se refere tão somente às atividades de polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV), já esmiuçadas.

A respeito disso, interessante transcrever novamente o posicionamento de Denílson Feitoza Pacheco (2009, p. 200-201), o qual assim expõe a matéria:

“Nessa linha, o inciso IV do § 1º do art. 144 da Constituição Federal é de fácil entendimento. A *exclusividade da Polícia Federal é quanto às funções de polícia judiciária da União, e não quanto à apuração de infrações penais, a qual se trata de ente distinto daquelas funções, nos exatos termos constitucionais*. Por isso é que as atribuições para apuração de infrações penais encontram-se nos incisos I e II do mesmo artigo, sem qualificação de qualquer exclusividade para elas. Aliás, no inciso I, as funções de apuração podem ser mais reduzidas ainda, pois devem ser feitas segundo se dispuser em lei, e, no inciso II, ao tratar da prevenção e da repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao contrabando e ao descaminho, frisa-se que isso deve ser feito sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência”.

Corroborando tal aspecto, é de se ver que o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal é expresso em asseverar que a atribuição de “apuração das infrações penais e da sua autoria”, afeta, segundo a norma, à “polícia judiciária”, não exclui o seu desempenho por outras autoridades, desde que haja previsão legal. Em que pese a confusão já apontada que o referido artigo faz entre polícia judiciária e investigativa, pode-se inferir que a norma deixa claro que a ausência de exclusividade se refere às atividades de investigação, nos seguintes termos:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995).

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

Tal ausência de exclusividade para o exercício de atividades investigativas se mostra evidente também na possibilidade que tem o Ministério Público de fazê-lo, considerando-se que, se tem ele a atribuição constitucional de titularizar a ação penal pública, igualmente são-lhe permitidos os meios investigativos. Tal discussão inclusive já foi objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal, tendo a 2ª Turma asseverado a possibilidade de o Ministério Público dispensar o inquérito policial e oferecer denúncia com base em elementos de prova por ele colhidos²⁵:

“5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.”

6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal

²⁵ HC 91661, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00279 RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109.

pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia.

(...)"

Assim, o que se pode ver é que o exercício de atividades investigativas é prerrogativa que sobressai da Constituição não só para órgãos policiais típicos, vinculados ao Poder Executivo, mas também a outros órgãos, como decorrência da teoria dos poderes implícitos, já referida. Mais uma vez se ressalta que, se a Constituição prevê a Polícia Legislativa, não há como entender-se que ela seja completamente alijada de atividades investigativas, nos limites dos fundamentos que legitimam a sua existência, como adiante melhor se exporá.

Em realidade, a possibilidade de cada Poder ter atribuição de realizar atos investigatórios, inclusive no âmbito criminal, decorre da estrutura de independência e autonomia prevista no sistema de divisão das funções de poder. Não fosse assim, os poderes Legislativo e Judiciário ficariam subordinados, nesse ponto, à atividade investigativa do Executivo, que seria o único legitimado à realização de atos investigativos. Esse, sem dúvida, não parece ser o norte indicado pela Constituição da República.

Decorrência do que se afirma, nesse sentido, pode ser vista mais uma vez no já

referido Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual prevê a instauração de inquérito, pelo Presidente, para o caso de infrações penais cometidas nas dependências do Tribunal, nos seguintes termos:

"Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal."

Observe-se que a norma transcrita permite a abertura de inquérito para qualquer fato havido nas dependências da Corte, não só nos casos em que eventual infração penal tenha sido cometida por pessoa sujeita à competência criminal do STF. Há, apenas, a faculdade de que o Presidente requisite à autoridade competente a instauração de inquérito. Em qualquer caso, contudo, resta evidente que não se poderá alijar a possibilidade de que a própria Corte leve a cabo investigações criminais.

Igualmente, é de se observar que o regimento interno da Câmara dos Deputados (Res. 17/89), ao tratar da Polícia Legislativa, prevê a sua possibilidade de instauração de inquéritos, disciplinando a questão nos seguintes termos:

"Art. 269. Quando, nos edifícios da Câmara, for cometido algum delito, instaurar-se-á inquérito a ser presidido pelo diretor de serviços de segurança ou, se o indiciado ou o preso for membro da Casa, pelo Corregedor ou Corregedor substituto.

§ 1º Serão observados, no inquérito, o Código de Processo Penal e os regulamentos policiais do Distrito Federal, no que lhe forem aplicáveis.

§ 2º A Câmara poderá solicitar a co-
operação técnica de órgãos policiais
especializados ou requisitar servido-
res de seus quadros para auxiliar na
realização do inquérito.

§ 3º Servirá de escrivão funcionário
estável da Câmara, designado pela
autoridade que presidir o inquérito.

§ 4º O inquérito será enviado, após a
sua conclusão, à autoridade judiciária
competente.

§ 5º Em caso de flagrante de crime
inafiançável, realizar-se-á a prisão do
agente da infração, que será entregue
com o auto respectivo à autoridade
judicial competente, ou, no caso de
parlamentar, ao Presidente da Câma-
ra, atendendo-se, nesta hipótese, ao
prescrito nos arts. 250 e 251”.

Vista a possibilidade do exercício de
atividade investigativa por parte da Polícia
Legislativa, impõe-se diferenciá-la daquela
realizada por comissões parlamentares de
inquérito, de modo a bem delimitar o seu
objeto.

3.3.3. Diferença entre investigação levada a cabo pela Polícia Legislativa e por Comissão Parlamentar de Inquérito

Para bem situar a questão dos poderes
investigativos da Polícia Legislativa, faz-se
necessário estabelecer a sua diferença com
aqueles desempenhados pelos membros
do Parlamento, por meio das Comissões
Parlamentares de Inquérito. Como se verá,
uma coisa é a investigação de cunho poli-
cial, interna, com finalidade de instrução
criminal; outra é aquela desempenhada no
exercício parlamentar, com aspectos políti-
cos e voltada à atividade legislativa.

Em relação à investigação parlamentar,
a consideração da existência de poderes
investigativos do Poder Legislativo tem
origem no direito constitucional inglês,
tendo sido igualmente desenvolvida pela
prática republicana norte-americana, na
qual se assentou a ideia de que é indispen-
sável à atividade legislativa o conhecimento

de informações a respeito daquilo sobre o
que recairá a norma a ser produzida. Nesse
sentido, em célebre decisão, a Suprema
Corte americana já decidiu que um corpo
legislativo “não pode legislar sábia ou
efetivamente sem informação a respeito
dos elementos que a legislação é voltada a
afetar ou modificar”²⁶. Interessante notar
que essa Corte inclusive já reconheceu a
existência de poderes não só investigativos
do Parlamento, mas também punitivos, por
atos atentatórios a tal exercício, no chamado
*attempt of court*²⁷.

No âmbito nacional, embora não se
tenha albergado o poder punitivo nos
termos preconizados pela Suprema Corte
americana, a possibilidade de investigação
por parte do Poder Legislativo é uma reali-
dade que remonta à constituição imperial,
que previa caber exclusivamente ao Senado
investigar a respeito de crimes cometidos
por membros da família real, Ministros de
Estado e outras autoridades²⁸.

No entanto, foi na Constituição de
1934 que tais poderes investigativos foram
ampliados, com a criação das comissões
parlamentares de inquérito, que poderiam
aplicar normas constantes do código de
processo penal a serem indicadas no regi-
mento interno das Casas²⁹. Embora a Cons-
tituição de 1937 tenha sido omissa a respeito
do tema, a possibilidade de instauração de
CPI foi novamente prevista na Carta de
1946, sendo reproduzida nas seguintes.

²⁶ *McGrain v. Daugherty*, 273 U.S. 135, 175 (1927).
No original: a legislative body “cannot legislate wisely
or effectively in the absence of information respecting
the conditions which the legislation is intended to
affect or change” (FISHER, 2007, p. 224).

²⁷ *Anderson v. Dunn*, 19 U.S. 204 (1821), disponível em:
<http://oyez.org/cases/1792-1850/1821/1821_2>.
Acesso em: 21 jun. 2009.

²⁸ Art. 47. É da atribuição exclusiva do Senado: I.
Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos
Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado,
Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos
dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.
II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e
Conselheiros de Estado. (...).

²⁹ Artigos 36 e 92, § 1º, VI.

Em relação a tal ponto, a Constituição de 1988 ampliou os poderes das comissões parlamentares de inquérito, reforçando a efetividade do sistema de freios e contrapesos, ao permitir que o Legislativo exerça “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A previsão constitucional consta do art. 58, § 3º, nos seguintes termos:

“§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu às CPIs poderes de quebra de sigilo de comunicações telefônicas³⁰, de dados bancários, telemáticos e fiscais³¹, bem como a possibilidade de medidas de busca e apreensão, ressalvadas as questões abrangidas pela chamada “reserva de jurisdição”. Assim, estariam submetidas exclusivamente ao Poder Judiciário questões atinentes à possibilidade de busca e apreensão domiciliar e de interceptação telefônica³², bem como a decretação de indisponibilidade de bens, sendo que esta última medida já foi inclusive considerada estranha aos poderes investigativos que são próprios das CPIs³³.

³⁰ MS 27.483-REF-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-08, DJE de 10-10-08.

³¹ ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-04, DJ de 11-11-05, MS 24.749, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-9-04, DJ de 5-11-04.

³² MS 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-00, DJ de 16-2-01.

³³ MS 23.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-5-00, DJ de 15-9-00.

No tocante ao seu objeto, é de se ver que as Comissões Parlamentares de Inquérito só podem ser criadas para a apuração de fato determinado e por prazo certo, devendo igualmente guardar pertinência com a competência legislativa do órgão que a instaurar. Assim, as CPIs conduzidas pela Câmara ou pelo Senado só poderão tratar de questões relativas à esfera federal, de competência do Congresso Nacional, ao passo que as CPIs estaduais e municipais deverão igualmente ater-se aos limites de suas competências legislativas.

A respeito dessa questão, elucidativo foi o voto do Min. Paulo Brossard no julgamento do HC 71.039³⁴, o qual assim expôs a matéria:

“A possibilidade de criação de CPI se não duvida, nem discute; é tranqüila; sobre todo e qualquer assunto? Evidentemente, não; mas sobre todos os assuntos de competência da Assembléia; assim, Câmara e Senado podem investigar questões relacionadas com a esfera federal de governo; tudo quanto o Congresso pode regular, cabe-lhe investigar; segundo Bernard Schwartz, o poder investigatório do Congresso se estende a toda a gama dos interesses nacionais a respeito dos quais ele pode legislar, ‘it may be employed over the whole range of the national interests concerning which the Congress may legislate or decide’ (A Commentary on the Constitution of the United States, 1963, I, nº 42, p. 126).

O mesmo vale dizer em relação às CPIs estaduais; seu raio de ação é circunscrito aos interesses do estado; da mesma forma quanto às comissões municipais, que hão de limitar-se às questões de competência do município.”

³⁴ Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/1994, DJ 06-12-1996 PP-48708 EMENT VOL-01853-02 PP-00278.

Postos os elementos que constituem a essência da investigação parlamentar realizada pelas CPIs, faz-se necessário demonstrar que ela não se confunde com a atribuição investigativa que é cometida às Polícias Legislativas.

A investigação levada a cabo pela Polícia Legislativa não guarda relação direta com a atividade parlamentar *stricto sensu*, destinando-se tão somente à finalidade de apurar infrações penais havidas nas dependências da Casa Legislativa. Nesse sentido, pode-se ver que os fatos investigados pela Polícia Legislativa não necessitam, de forma alguma, guardar relação temática com a atividade legiferante da Casa da qual fazem parte, ao contrário do que ocorre com as CPIs. Como melhor se referirá adiante, a investigação policial em questão poderá inclusive apurar fatos cujo julgamento seja de competência estadual ou distrital, não obstante inserida em Poder da União.

Além disso, do ponto de vista espacial, a Polícia Legislativa não possui atribuição para a investigação de fatos que tenham lugar fora dos limites da Casa Legislativa, situação que não ocorre no caso das CPIs, que ficam tão somente limitadas por questões relacionadas à competência legislativa do órgão, como visto.

No tocante aos poderes específicos atinentes ao desempenho da função investigativa, a Polícia Legislativa não goza de quaisquer prerrogativas semelhantes às das CPIs, uma vez que a ela não se estendem os poderes “próprios das autoridades judiciais”. Por tal razão, quaisquer atos que se relacionem com medida de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou telemático deverão, necessariamente, ser previamente autorizados pela autoridade judiciária competente, situação que é dispensada no caso das comissões parlamentares. O mesmo ocorre, com mais razão, para medidas de interceptação telefônica e busca e apreensão, inclusive domiciliares, aqui incluídos no conceito de “casa” os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce

atividade profissional, considerando a interpretação do art. 5º, XI, consolidada pela Jurisprudência do STF³⁵.

Sob o ponto de vista formal, diferencia-se a investigação policial daquela parlamentar no tocante aos requisitos para a sua instauração, não havendo qualquer necessidade de subscrição de parlamentares no caso de inquérito realizado pela Polícia Legislativa. Da mesma forma, há diferenças quanto à duração, uma vez que, enquanto na CPI o seu prazo de conclusão deve ser previamente fixado, só podendo ser prorrogado durante a mesma legislatura, o inquérito policial tem prazo fixado por lei para a sua conclusão, na forma das disposições do CPP e das normas constantes de leis especiais³⁶.

3.3.4. Limites e âmbito de atribuições das investigações levadas a cabo pela Polícia Legislativa – questão da presidência do inquérito

Como já aduzido, a *ratio* que inspira e fundamenta a existência das Polícias Legislativas, no tocante às funções investigativas, não é propriamente determinada pela exclusividade nessa atribuição, mas tão somente pela garantia de independência e autonomia do Poder Legislativo no desempenho de suas atribuições. Para tanto, o limite que se deve ter presente, nesse particular, é aquele demarcado pelo espaço físico ocupado por esse Poder³⁷, o qual é

³⁵ HC 93050, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-700.

³⁶ Art. 10 do CPP (10 dias, se o investigado estiver preso/30, se solto), art. 51 da Lei 11.343/06 (30/90 dias); art. 10, § 1º, da Lei 1.521/51 (10 dias em ambos os casos) e, na justiça federal, art. 66 da Lei 5.010/66 (15 dias, prorrogáveis por mais 15).

³⁷ No tocante ao Senado Federal, tais limites são definidos pelo Art. 1º do Ato 30/2002 da Comissão Diretora da Casa: Art. 1º – O Complexo Arquitetônico do Senado Federal compreende: I – os espaços físicos localizados na Praça dos Três Poderes e adjacências, destinados ao funcionamento da Casa; II – os imóveis transferidos para a União por força da Lei nº 9.506, de

especialmente tutelado pela Constituição da República, tema que já foi devidamente abordado.

Diante disso, pode-se constatar que não há exclusividade da Polícia Legislativa na condução de atos investigativos atinentes a fatos havidos no interior do Senado Federal. Nada impede que outras polícias – o Departamento de Polícia Federal ou a Polícia Civil, por exemplo – instaurem inquéritos policiais relativos a tais fatos, podendo inquirir testemunhas, realizar perícias e todos os atos que sejam necessários, desde que o façam *extra muros*, sob pena de invasão da esfera de incolumidade do espaço legislativo. Ressalva-se que tais autoridades só poderão adentrar para investigar no interior da Casa Legislativa em casos excepcionais, por requisição ou com autorização de sua Presidência.

Em outras palavras, a atribuição da Polícia Legislativa, quanto aos fatos havidos no interior da Casa Congressual, é privativa – e não exclusiva. Isso porque ela poderá ser excepcionada, desde que a Presidência da Casa, ou qualquer órgão que lhe seja superior, faça-o específica e expressamente, delegando a outras autoridades policiais a realização de investigações nesse espaço. Ressalva-se, desde logo, que o presente raciocínio não se aplica nos casos de eventuais investigados que gozam de prerrogativa de foro, como adiante melhor se exporá.

Além disso, é de se ressaltar que não existe em relação à Polícia Legislativa uma atribuição *ratione loci* ou *ratione materiae*, podendo ela levar a cabo qualquer tipo de investigação criminal, contanto que se relacione a fatos ocorridos dentro das dependências do Senado Federal. Nesse

30 de outubro de 1997, e da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1997; III – outras áreas no Distrito Federal destinadas ao uso do Senado Federal pela União; IV – os imóveis residenciais da União no Distrito Federal que constituem a reserva técnica do Senado Federal; V – a residência oficial do Senado Federal no Lago Sul; e VI – os imóveis residenciais reservados para o uso privativo dos senadores na SQS 309, Blocos “C”, “D” e “G”.

sentido, embora esteja ela inserida no âmbito da União, não existe qualquer impedimento a que ela promova investigações que tenham como objeto eventuais ilícitos cujo processo seja de competência estadual ou distrital, compreendida aí a atribuição para investigar, inclusive, por hipótese, infrações penais militares, falimentares, ambientais etc.

Isso porque as outras polícias não poderão, livremente, adentrar nas dependências do Senado Federal para realizar atos investigativos, impondo-se, nesse caso, a atribuição de tais medidas à Polícia Legislativa, que remeterá peças de inquérito e formulará requerimentos à justiça competente para o julgamento do ilícito que se apura.

Quanto à prerrogativa para a instauração de inquérito, e sua presidência, é relevante analisar o posicionamento do Ministério Público Federal exarado nos autos do Inquérito nº 2006.34.00.007627-8 (12ª Vara Federal do DF), da lavra do Procurador da República José Robalinho Cavalcanti, o qual assim se pronunciou a respeito da Resolução nº 59/02 do Senado Federal:

“Os servidores que compõem a Polícia do Senado – em particular os que, como bacharéis em direito, estariam já em condições de ‘presidir’ um ‘inquérito policial’ – podem até ser altamente qualificados e treinados na atividade policial. Não duvida o *Parquet*.

Mas é certo que não há qualquer parâmetro legal que permita aquilatar essa exigência, ou conhecer o treinamento específico por que passou este servidor. Até onde pode saber o Juízo, trata-se de um, e de qualquer um, ‘analista legislativo, área de Polícia e Segurança, bacharel em direito’.

Exatamente o oposto ocorre com os DPF’s, selecionados em difícil, específico e conhecido concurso público e submetidos a treinamento necessário

- e regulado em lei - na Academia Nacional de Polícia.

Com a devida vênia - e sempre afirmando que os servidores da Polícia do Sendo podem até, circunstancialmente, ter qualificação mais do que suficiente para o exercício de funções policiais -, considera o Ministério Público Federal temerário, para o processo penal e para os jurisdicionados, que um inquérito seja presidido por funcionário que passou por tão magras e inespecíficas exigências. Isso, por si só, já seria, e é, suficiente, quer firmemente crer o titular constitucional da ação penal - e também do controle externo da atividade policial -, para justificar a interferência aqui requerida do Juízo.

O inquérito policial, não despidendo recordar, é procedimento regulado no Código de Processo Penal, e prevê a Lei inúmeras e sérias atribuições específicas à autoridade que o preside, não se coadunando com a teleologia do ordenamento penal na espécie - em desfavor do interesse público e dos direitos dos investigados - que tal exercício se dê por profissional que não sofra exigências e controles legais pertinentes e proporcionais à responsabilidade."

A leitura dos argumentos transcritos permite concluir que o cerne da questão suscitada pelo *Parquet* é o fato de que não há "qualquer parâmetro legal" que permita ao juiz certificar-se da existência dos requisitos necessários para a presidência de inquéritos, nem "conhecer o treinamento específico" por que passaram servidores do Senado Federal que desempenham tal atribuição.

Tais argumentos, em que pesem, não impedem que os inquéritos em questão sejam presididos por servidor do Senado Federal que reúna os requisitos para tanto. Veja-se que o fundamento mais relevante para a atribuição de funções investigativas

à Polícia Legislativa é de ordem constitucional, e decorre do princípio da independência dos Poderes, não se podendo interpretar a Constituição à luz do ordenamento legal. Nesse sentido, eventual falta de lei jamais poderia alterar as atribuições que foram outorgadas pela Constituição ao Senado Federal, do mesmo modo que a falta de legislação estadual não poderia, por exemplo, implicar o desempenho de atribuições de polícia civil à Polícia Federal. Além disso, é de se ver que não há na Constituição qualquer referência expressa à questão dos requisitos para a presidência de inquérito policial, não se podendo partir de uma leitura excessivamente restritiva que o texto não o fez.

Acrescente-se a isso o fato de que, no âmbito da Polícia Federal, não se encontram nem no Decreto-Lei nº 2.251/85, nem na Lei nº 9.266/96, especificações detalhadas a respeito das atribuições e dos requisitos do cargo de Delegado³⁸, não havendo substanciais diferenças do ponto de vista legislativo com a Resolução nº 59/02 do Senado Federal que justifiquem a sua invalidade. Essa Resolução, vale repetir, é equivalente à lei, visto que atinente a competência privativa do Senado Federal, na forma do art. 52 da Carta.

A esse respeito, observe-se que a referida Resolução é clara ao prever que os inquéritos policiais serão presididos por servidor apto ao exercício de tal atividade, impondo como requisito a graduação em Direito, nos seguintes termos:

"Art. 4º Na hipótese de ocorrência de infração penal nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal, instaurar-se-á o competente inquérito policial presidido por ser-

³⁸ Ressalva-se, contudo, a existência da tramitação de projeto de lei, no âmbito do Poder Executivo, que pretende constituir a lei orgânica da polícia federal. Deixa-se de analisar o seu texto neste momento, em razão de não haver ainda projeto definitivo, não tendo sido ainda definitivamente submetido ao Congresso Nacional.

vidor no exercício de atividade típica de polícia, bacharel em Direito”.

Nesse sentido, não há motivo para não se reconhecer a legitimidade de servidor integrante dos quadros da Polícia Legislativa do Senado Federal para presidir inquéritos policiais, visto que os requisitos para tanto são idênticos àqueles da carreira de Delegado de Polícia.

Ademais, não se justifica o argumento de que a investigação realizada por parte da Polícia Legislativa, ao contrário daquela realizada pela Polícia Federal, estaria sujeita a interferências e ingerências políticas, tão só pelo fato de ser órgão inserido na estrutura administrativa do Senado Federal. Tal crítica, em realidade, é rigorosamente a mesma que se pode fazer à estrutura da Polícia Federal, uma vez que esse órgão é vinculado ao Ministério da Justiça, sendo o Ministro de Estado dessa pasta quem nomeia o seu Diretor³⁹. Além disso, o cargo de Delegado de Polícia não goza de qualquer prerrogativa especial em relação a outros servidores públicos estatutários, não tendo, por exemplo, qualquer garantia de inamovibilidade⁴⁰. A respeito disso, é de se ressaltar que o STF considerou inconstitucional a prerrogativa de foro estabelecida em constituição estadual para tais agentes públicos, por ausência de simetria⁴¹.

³⁹ O projeto de lei orgânica da Polícia Federal, segundo notícia a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, prevê que a nomeação seja feita pelo Presidente da República, a partir de lista tríplice, tendo o Diretor mandato fixo de dois anos. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=45131>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

⁴⁰ Refira-se, sem entrar no mérito do ato administrativo, a possibilidade de ter havido o afastamento do Delegado e de Agentes da Polícia Federal que realizam a investigação e a prisão em flagrante em “rinha de galo” do publicitário Duda Mendonça e do vereador Jorge Babu no Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cidade/2005/01/04/jorcid20050104006.html>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

⁴¹ ADI 2587, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2004, DJ 06-11-2006 PP-00029 EMENT VOL-02254-01 PP-00085 RTJ VOL-00200-02 PP-00671.

Outro aspecto que se impõe ressaltar é que, ao se estabelecer a atribuição investigativa da Polícia Legislativa, isso jamais elidirá a sujeição que tem ela ao controle externo por parte do Ministério Público, uma vez que tal controle decorre expressamente da Constituição (art. 129, VII), sendo aplicável não só às polícias vinculadas ao Executivo, mas também àquelas vinculadas aos outros Poderes. Nesse sentido, é de se ver que a Resolução nº 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, regulamentando o art. 9º da LC nº 75/93, foi expresso ao dispor que as Polícias Legislativas estão sujeitas ao controle externo do Ministério Público, corroborando a legitimidade delas no exercício de atividades típicas de polícia.

Contudo, é de se ressaltar que tudo o que até agora se expôs a respeito dos inquéritos policiais conduzidos no âmbito da Polícia Legislativa não se aplica no caso de serem investigadas pessoas que gozam de prerrogativa de foro. Isso porque a competência para o julgamento do processo atrai, também, a atribuição para a condução do inquérito. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já assentou que, embora não seja expressa no texto constitucional a atribuição para a condução de inquéritos, a existência de prerrogativa de foro a engloba, não sendo cabível que seja ela conduzida por autoridades policiais e juízos de primeiro grau.

Veja-se, a respeito disso, transcrição de parte da ementa do seguinte aresto, no qual prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes⁴²:

“A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses de titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais

⁴² Pet 3825 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-02 PP-00332.

por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, "b"), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF.

A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*".

No julgado, foi considerada inconstitucional a abertura e condução de inquérito policial por parte da Polícia Federal contra parlamentares federais, tendo-se ressalvado a competência exclusiva do Procurador-Geral da República para a instauração de tais inquéritos, cabendo exclusivamente ao STF a sua condução.

No caso da Polícia Legislativa, pode-se aplicar o mesmo raciocínio, sobrepondo-se a prerrogativa constitucional de foro sobre a atribuição de que goza esse órgão. Assim, não poderá ela instaurar inquérito policial *ex officio* quando recair investigação sobre eventuais ilícitos penais praticados por autoridades que gozam de foro especial, descabendo, igualmente, que ela conduza tais inquéritos.

4. Conclusões

Diante de tudo o que se expôs, podem ser sintetizadas as seguintes conclusões:

a) O princípio da independência dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da CR/88) preconiza que cada um deles possa desempenhar suas atribuições sem ingerências, interferências ou imposições dos demais, ressalvados os casos constitucionalmente previstos, no contexto do sistema de freios e contrapesos.

b) A Constituição de 1988 resguarda especialmente o espaço relativo à "Casa Legislativa", *locus* onde se desenvolvem as atividades preponderantes do exercício parlamentar, o que se pode ver, por exemplo, no caso das imunidades parlamentares materiais e nas disposições relativas ao estado de sítio.

c) A Constituição atual faz uma nítida distinção entre atribuições de polícia investigativa e judiciária (art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º), tendo cada uma delas conceito próprio e objeto material diverso.

d) A previsão constitucional de exclusividade da Polícia Federal para o desempenho de polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV) não elide o seu desempenho pela Polícia Legislativa (art. 52, XIII), nos estritos limites de sua Casa respectiva, conclusão que decorre de uma exegese fundada no princípio da unidade da Constituição.

e) A Constituição de 1988 não estabelece qualquer exclusividade para o exercício de polícia investigativa, não havendo qualquer óbice a que a Polícia Legislativa investigue fatos havidos no interior de sua Casa Legislativa, sendo ainda hoje plenamente aplicável o enunciado nº 397 da Súmula do STF.

f) Não há impedimento a que outras autoridades instaurem investigação a respeito de fatos havidos no interior da Casa Legislativa, mas os atos a serem desempenhados no seu interior só poderão ser realizados, de forma privativa, pela Polícia Legislativa, ressalvados os casos de requisição ou autorização da Presidência da Casa.

g) A investigação levada a cabo pela Polícia Legislativa não se confunde com aquela realizada por Comissões Parlamentares de Inquérito, havendo profundas diferenças em relação aos requisitos formais, ao objeto, aos prazos e aos limites de cada uma delas.

h) A Constituição vigente não atribui qualquer exclusividade a Delegados de Polícia para o exercício da presidência de inquéritos policiais, não havendo qualquer óbice a que servidores da Polícia do Senado, desde que preenchidos os requisitos suficientes, desempenhem-na.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FISHER, Louis. *American constitutional law*. 7. ed. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2007.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. Niterói: Impetus, 2009.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 178, abr./jun. 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo : Saraiva, 2004.
- _____. *Œuvres*. Paris: ed. Nourse, 1767. t. 1. Disponível em: <<http://fr.wikiquote.org/wiki/Montesquieu>>. Acesso em: 3 ago. 2009.
- PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro

Márcio Adriano Anselmo

Sumário

A internacionalização do crime de lavagem de dinheiro. 1. Os organismos internacionais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. 1.1. Organização das Nações Unidas. 1.2. Conselho da Europa. 1.3. União Europeia. 1.4. Grupo de Ação Financeira – GAFI. 1.5. O GAFISUD – Grupo de Ação Financeira para a América do Sul. 1.6. O Comitê de Supervisão Bancária de Basileia – BCBS. 1.7. O Grupo de Egmont. 1.8. Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Mundial. 1.9. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. 1.10. Organização dos Estados Americanos – OEA. Conclusão.

A internacionalização do crime de lavagem de dinheiro

O tema lavagem de dinheiro tem grande destaque na agenda internacional da atualidade. A globalização irradiou seus efeitos para todas as áreas e a transnacionalidade do crime hoje é evidente. Segundo Sieber (2008, p. 271), “proporciona novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, levando o direito penal a seus ‘limites territoriais’ e exigindo novos modelos de um direito penal transnacional eficaz”. O crime de lavagem de dinheiro, por ter como inerente ao tipo penal a ocultação, tem na utilização de estruturas em diferentes jurisdições uma maneira eficaz e bastante utilizada no sentido de dificultar

Márcio Adriano Anselmo é Delegado de Polícia Federal em Brasília, com atuação na Divisão de Repressão a Crimes Financeiros da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado em Direito do Estado com área de concentração em Direito Tributário pela mesma Instituição e mestrando em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília.

a investigação do delito¹. Os governos de quase todos os países do mundo têm demonstrado interesse e implementado sua legislação com mecanismos de prevenção e combate ao delito.

Kai Ambos (2007, p. 15) assinala que:

“por meio do crime de lavagem de dinheiro – de certo modo, como uma forma de internacionalização –, como o Direito Penal Nacional se declara e se manifesta através do Direito (Penal) Internacional naqueles campos delitivos, em cuja luta se apresenta um interesse transnacional.”

O crime de lavagem de dinheiro apresenta aspectos próprios que, segundo Marco Antonio de Barros (2004), “estão integrados por um conjunto de atos habitualmente praticados em mais de um país”. Callegari (2008, p. 36), por sua vez, aponta que:

“a prioridade dos que lavam dinheiro é retirá-lo do país onde foi produzido e misturá-lo com o grande volume de dinheiro quente e sem nacionalidade que circula eletronicamente ao redor do mundo em busca de maior rendimento e segurança, antecipando-se às mudanças de apreciações de divisas ou fugindo da instabilidade política real, imaginária ou induzida.”

Considerando a internacionalização do crime de lavagem de dinheiro, Miguel Souto (2001, p. 48) aponta que:

“la lucha contra la criminalidad internacional no se puede llevar a cabo con eficacia mediante iniciativas estatales aisladas e internas, sino únicamente a través de la más estrecha colaboración

a escala internacional. La verdadera batalla contra el blanqueo, pues, debe plantearse, principalmente, en sede internacional, puesto que el lavado de dinero se orienta hacia países que no disponen de normas apropiadas para prevenir y reprimir el reciclaje, e incluso han de contemplarse sanciones graves frente a los estados que no se adecuen al estándar de efectividad establecido dentro del marco de la concertación internacional en la lucha contra el blanqueo.”

1. Os organismos internacionais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro

Da internacionalização característica do delito de lavagem de dinheiro, decorrem em relação direta iniciativas de cooperação e atuação conjunta no plano internacional, que se apresentam de fundamental importância no combate à lavagem de dinheiro. Diversos são os organismos internacionais que se ocupam do tema, sendo o de maior proeminência o GAFI-FATF – Grupo de Ação Financeira para a Lavagem de Dinheiro (*Financial Action Task Force*). Igualmente merecem destaque a Organização das Nações Unidas-ONU, que lançou as bases do atual sistema por meio da Convenção de Viena, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, o Grupo de Egmont, a INTERPOL, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, entre outros.

Para o objetivo do presente estudo, serão apresentados os organismos que desempenham papel mais relevante no combate à Lavagem de Dinheiro em âmbito internacional e as principais iniciativas e atividades no âmbito de cada um.

1.1. Organização das Nações Unidas

A atividade da ONU merece destaque tendo em vista sua abrangência mundial

¹ João Davin (2007, p. 41-42), tratando da globalização e seus efeitos na criminalidade organizada, mais especificamente quanto à lavagem de dinheiro, aponta o surgimento de diversos fatores na década de 80 que, segundo o autor, foram aproveitados pela criminalidade organizada para desenvolver suas atividades: expansão da utilização da internet e das redes de comunicação, supressão de barreiras alfandegárias, introdução do Euro, abandono dos mecanismos de controle cambial, proliferação do uso dos cartões de crédito e débito, aumento da concorrência entre instituições financeiras e expansão de sistemas bancários informais.

– 192 Estados-Membros – assumindo a posição de organização internacional mais importante desde seu surgimento em 1945. No combate à lavagem de dinheiro, assume importância em razão do fomento e da celebração de convenções internacionais pertinentes à área, que, em razão de congregar a grande maioria dos países do mundo, são ratificadas por muitos Estados.

O marco inicial da atuação da ONU com relação à lavagem de dinheiro é apontado por Fabián Caparrós (2006, p. 10) em 1984, com aprovação das Resoluções 39/141 e 39/142 da Assembleia Geral das Nações Unidas, com a consequente adoção da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena², de 20 de dezembro de 1988, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991, que dispõe em seu artigo 3º:

“1 – Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

(...)

- b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos;
- ii) a ocultação ou o encobrimento da natureza, origem, localização, desti-

² Ainda, segundo Fabián Caparrós (2006, p. 10-11), a Convenção de Viena “fue el primer documento internacional en el que las Partes se obligaron en términos jurídicamente vinculantes a aprobar una legislación interna en la que se previera la imposición de penas a quienes trataran de dar apariencia de licitud a capitales procedentes de actividades ilegales.”

no, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.”³

A referida convenção, apontada por Kai Ambos (2007, p. 17) como “convenção-mãe” de Direito Penal Internacional, já em seu preâmbulo, aponta como seus objetivos, ao colocar que as partes na convenção:

“Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade.”⁴

Assim, os objetivos, já trilhados em 1988 pelos países signatários, apresentam-se de forma clara no sentido de criminalizar a lavagem de dinheiro, com o intuito de descapitalizar as organizações criminosas, meio mais eficiente de neutralizar seus efeitos, cabendo ressaltar ainda o surgimento da tipificação autônoma, inicialmente, para o produto dos delitos do tráfico de substâncias entorpecentes.

Os principais aspectos abordados pela Convenção de Viena de 1988 podem ser apontados como:

- a) Obrigação de incriminar penalmente a lavagem de dinheiro procedente do narcotráfico;
- b) Cooperação internacional para facilitar as investigações internacionais;

³ DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

⁴ DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

c) Facilitação a extradição para os assuntos de lavagem assim como o confisco internacional dos bens dos narcotraficantes;

d) Facilitação de cooperação nas investigações administrativas;

e) Investigações judiciais referentes à cooperação internacional que não devem ser impedidas pelo sigilo bancário.

A Convenção de Viena, segundo aponta Souza Netto (2000), influenciou os demais textos internacionais, bem como as legislações nacionais de todos os países, sendo que a ONU é apontada, juntamente com o Comitê de Basileia, como a precursora nas iniciativas de criminalização da lavagem de dinheiro na década de 1980 (MACHADO, 2004, p. 132-138). Acerca de sua importância, “puede decir sin temor a errar que la Convención de Viena constituye el primer antecedente de cuantas iniciativas internacionales se han construido sobre la materia.” (FABIÁN CAPARRÓS, 2006, p. 12). Blanco Cordero (2006, p. 129), ao tratar do tema, também aduz que é o instrumento internacional vinculante de maior relevância na matéria que embasa todos os posteriores.

Heba Shams (2004, p. 36) é categórico ao afirmar:

“In the chain of evolution of money laundering law, this convention proved to be the most important step in the internationalization of money laundering law and the introduction of the concept worldwide. The most important contribution of this Convention to money laundering law is the creation of an international obligation upon State Parties to criminalize a series of laundering offences.”

Outro instrumento internacional no âmbito da ONU que merece ser mencionado é a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo⁵, tendo

⁵ DECRETO Nº 5.640 DE 26 DE DEZEMBRO DE 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo.

em vista a ligação existente entre o crime e o financiamento ao terrorismo, em razão das necessidades dos terroristas em conseguir recursos para financiar as suas atividades de manutenção das organizações, bem como para financiar os atentados. Para tal, necessitam lavar os recursos. Os principais pontos da Convenção podem ser apontados como:

a) Obrigação de reprimir penalmente o financiamento do terrorismo;

b) Obrigação das instituições financeiras de monitoramento das operações financeiras;

c) Monitoramento do transporte do dinheiro em espécie;

d) Mecanismos de intercâmbio seguro e rápido de informações entre órgãos e países;

e) Reforço dos mecanismos de confisco de ativos e de ajuda judicial mútua que permitam o levantamento do segredo bancário e fiscal.

De fundamental importância e como grande marco entre os instrumentos internacionais de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, podemos apontar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo⁶, aprovada em 15.11.2000, tendo como antecedente a Conferência Ministerial Mundial sobre o Crime Organizado Transnacional, realizada em 1994, que reconheceu o enorme crescimento do fenômeno. Rodrigo Carneiro Gomes (2008, p. 25) aponta ainda, como antecedentes da convenção, a aprovação, pela Assembleia Geral da ONU, de um Plano de Ação Global e a criação de um comitê *ad hoc* intergovernamental em 1998, tendo aludido que:

“A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional é o documento normativo básico que, no plano internacional, rege as ações legais e políticas ins-

⁶ DECRETO Nº 5.015 DE 15 DE MARÇO DE 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

titucionais de combate ao crime organizado praticadas na maioria dos países celebrantes desse Tratado Internacional.”

A referida Convenção constitui, segundo termo adotado por Fabián Caparrós (2006, p. 31), uma “evolução natural” da Convenção de Viena e trouxe importantes conceitos no que tange ao crime organizado, dedicando os artigos 6 e 7 para a criminalização da lavagem do produto do crime e às medidas para combater a lavagem de dinheiro, entre as quais podemos apontar:

a) Cooperação e intercâmbio internacional de informações entre autoridades administrativas, de regulamentação, detecção e repressão;

b) Medidas de detecção e monitoramento de movimentos transfronteiriços de dinheiro;

c) Adoção de medidas antilavagem adotadas pelos órgãos regionais e internacionais;

d) Desenvolvimento de cooperação internacional;

e) Estabelecimento pelas instituições financeiras de um amplo regime interno de regulamentação e supervisão; e

f) Manutenção, pelas instituições financeiras, de controle dos requisitos relativos a identificação do cliente, o estabelecimento de registros e a denúncia das transações suspeitas.

A Convenção de Palermo procurou incorporar, após 18 anos da Convenção de Viena, novas dimensões da criminalidade, estendendo o combate para outras formas de crime organizado além do narcotráfico, ampliando o objeto material do delito⁷.

⁷ A Convenção de Palermo é abordada com profundidade na obra “O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo”, na qual o autor, Rodrigo Carneiro Gomes, faz uma análise profunda do crime organizado e da Convenção, abordando suas recomendações, bem como outros de assuntos de fundamental importância no seu combate, como o confisco de bens, a responsabilidade da pessoa jurídica e a cooperação jurídica internacional.

Por fim, como instrumento mais recente, podemos apontar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida⁸ de 9 de dezembro de 2003, que teve por objetivo atacar a corrupção como crime financiador das organizações criminosas, que possui, como uma de suas características, a infiltração nas estruturas estatais, retirando dali parte de seus recursos. A Convenção de Mérida, igualmente às outras, apresenta disposições específicas sobre a criminalização da lavagem de dinheiro.

Fabián Caparrós (2006, p. 34), ao tratar do tema, aponta que a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro e a corrupção constituem hoje temas indissolúveis, em cujo seio se manifestam relações de dependência mútua e funcionalidade.

Outra iniciativa da ONU também se dá por intermédio do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime – UNODC⁹, com sede em Viena na Áustria e 21 escritórios em todo o mundo, atuando no desenvolvimento e implementação de programas para enfrentar problemas gerados pela droga e pelo crime, tendo estabelecido, a partir de 1998, o Plano de Ação Global contra Lavagem de Dinheiro.

A ONU oferece ainda, por meio da internet, uma rede internacional de informações designada *International Money Laundering Information Network* (IMOLIN)¹⁰, criada em 1998, que presta assistência técnica a especialistas, legislações, normas e diversos materiais de pesquisa, que segundo a própria apresentação no *site*:

“IMoLIN is an Internet-based network assisting governments, organizations and individuals in the fight

⁸ DECRETO Nº 5.687 DE 31 DE JANEIRO DE 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

⁹ Maiores referências sobre o UNODC podem ser obtidas no site do Escritório Regional do Brasil, acessível no link <http://www.unodc.org/brazil/index.html>, ou ainda no *site* do UNODC: <http://www.unodc.org>.

¹⁰ A rede IMOLIN pode ser acessada pelo *site* <http://www.imolin.org>.

against money laundering and the financing of terrorism. IMoLIN has been developed with the cooperation of the world's leading anti-money laundering organizations. Included herein is a database on legislation and regulations throughout the world (AMLID), an electronic library, and a calendar of events in the anti-money laundering / countering the financing of terrorism fields. Please be advised that certain aspects of IMoLIN are secured and therefore not available for public use.”¹¹

1.2. Conselho da Europa

Em 1986 o Conselho da Europa, durante a XV Conferência Europeia de Ministros de Justiça, examinou os aspectos penais do abuso e do tráfico de drogas, recomendando a adoção de medidas e critérios internacionais destinados a implementar a cooperação internacional entre autoridades policiais e judiciais com relação ao produto procedente do crime de tráfico de drogas. Foi constituído um comitê de expertos, em 1987, conhecido por PC-R-SC que, a partir dos documentos até então elaborados pelas Nações Unidas, resultou, em 1990, no *Convenio sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos, firmado en Estrasburgo*, tendo sido um importante documento no âmbito internacional uma vez que foi, segundo Fabián Caparrós (2006, p. 18), o primeiro em todo o mundo de caráter juridicamente vinculante, que buscou atingir a realidade além do narcotráfico, alcançando outras modalidades delitivas.

O Convênio de Estrasburgo, embora marque importante iniciativa internacional na luta contra a lavagem de dinheiro, teve um lento processo de aceitação no âmbito internacional¹². Ponto importante que

merece ser destacado no Convênio é que, embora seja conhecido por Convênio nº 141 do Conselho da Europa, o mesmo apresenta uma vocação extracontinental, uma vez que, conforme aponta Fabián Caparrós (Idem), está aberto a países não europeus, que não pertencem à organização. O artigo 37 do Convênio prevê a possibilidade de o Comitê de Ministros, após consulta às partes, convidar qualquer Estado que não seja membro.

O texto do Convênio, segundo aponta Souto (2001, p. 134), apresenta forte influência da Convenção de Viena, à qual seguiu como modelo, tendo-se apresentado mais amplo em relação à mesma por obrigar as partes a penalizar condutas vinculadas à lavagem de dinheiro procedente de qualquer natureza de delito, conforme salientado por Fabián Caparrós (2006, p. 18), o que representa um notável avanço, prevendo ainda uma série de disposições orientadas à cooperação internacional nos artigos 7 a 35.

Em 2005 o Conselho da Europa aprovou um segundo tratado internacional relativo à lavagem de dinheiro, tendo em vista a preocupação internacional que culminou, em 16 de maio de 2005, com a adoção do *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, conhecido como Convênio de Varsóvia.

Como iniciativa no âmbito do Conselho da Europa, Fabián Caparrós (2006, p. 19-20) aponta ainda a criação do MONEYVAL (*Concil of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures*), com objetivo de acompanhar o cumprimento das medidas relacionadas à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

¹¹ Texto extraído de <http://www.imolin.org/> (acesso em 15/09/2009).

¹² Conforme aponta Miguel Souto (2001, p. 128-130), em que pese na abertura tenha contado com a assinatura de doze países, no primeiro biênio após a

aprovação, somente o Reino Unido havia ratificado a aprovação. Somente após a Recomendação R (96) 8, que convidava os governos a ratificar o convênio, houve um incremento no número de ratificações.

1.3. União Europeia

Como antecedente histórico da preocupação com o tema da lavagem de dinheiro no âmbito da União Europeia, podemos apontar, segundo Mitsilegas (2003, p. 52), um grupo de cinco resoluções adotadas pelo Parlamento Europeu em 1985, que visava combater o tráfico de drogas¹³. Posteriormente, o Conselho da Europa em 1986 expressou a gravidade do problema do tráfico, tendo sido reconhecido que algumas instituições financeiras estariam colaborando com o mesmo, auxiliando na lavagem de dinheiro.

Aránguez Sánchez (2000, p. 113-114), ao tratar dos antecedentes da normatização do âmbito da União Europeia, aponta dois fatores: o primeiro refere-se à reforma interna na legislação dos Estados Unidos, abrangendo as instituições financeiras estrangeiras que atuavam em seu território, obrigando-as a comunicar às autoridades americanas qualquer transação que excedesse a 10.000 USD, sob pena de perderem a licença para atuar nos EUA; o segundo, por sua vez, consiste na liberalização da movimentação de capitais promovida pela Diretiva 88/361/CEE, que forçava os países integrantes da União Europeia a adotarem medidas no sentido de que a intensificação do fluxo de capitais fosse acompanhada de medidas que evitassem a lavagem de dinheiro.

Surgiu, assim, no âmbito da União Europeia, a Diretiva 91/308/CEE, a *Primera Directiva* sobre lavagem de dinheiro, marco no sistema comunitário, uma norma de caráter geral que determinava que os estados membros deveriam transpor para seus limites materiais e temporais. Sua adoção foi precedida de um extenso preâmbulo expondo as razões que aconselhavam a adoção das medidas antilavagem, fugindo do

¹³ Resoluções “on action to combat drug abuse”, “on combating drug abuse”, “on measures to combat drugs-taking”, “on measures to combat the spread of drug abuse” e “on measures to combat the spread of drugs”.

campo de política antidroga da Convenção de Viena, uma vez que “el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas” (FABIÁN CAPARRÓS, 2006, p. 21).

A “Primera Directiva” foi uma norma de natureza essencialmente administrativa e preventiva (Idem), uma vez que a mesma não incluía nenhuma norma que obrigasse os países membros a tipificar o delito, embora afirmasse no preâmbulo que o combate à lavagem de dinheiro deveria ser feito com medidas de caráter penal. Ao fim da Diretiva, constou ainda uma “Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos em el seno del Consejo”, cuja natureza jurídica é apontada pela doutrina como sendo de difícil precisão, apesar de conter a declaração de vontade dos membros pela tomada de medidas para pôr em vigor nos países a legislação penal derivada da adoção da Convenção de Viena e do Convênio de Estrasburgo.

Ao tratar do tema, Aránguez Sánchez (2000, p. 114) aponta que:

“La Directiva centra su campo de actuación en entidades de crédito y instituciones financieras, pero la variada tipología del blanqueo conoce métodos que eluden éstas, precisamente por el particular control al que se las somete. Por ello, La misma Directiva reconoce La oportunidad de extender estas normas a profesionales o empresas de sectores potencialmente propicios para ser utilizados en operaciones de blanqueo (art. 12), aunque resulta criticable que cada Estado pueda extender con total autonomía el ámbito de los sujetos obligados.”

Em 01.12.2001 foi aprovada a Diretiva 2001/97/CE, que consistia no segundo documento sobre lavagem de dinheiro no âmbito da União Europeia. Adotada logo

após os ataques terroristas de 11/set nos EUA, a diretiva tinha obrigação de ser transposta para o ordenamento interno de cada país até 15/06/2003, por imposição norte-americana.

Essa segunda diretiva adotou medida polêmica no sentido de ampliar o quadro dos sujeitos obrigados, incluindo os advogados e outros profissionais liberais, apesar do risco considerado para o direito fundamental à ampla defesa dos acusados de lavagem e do sigilo bancário.

Vale lembrar a estrutura da União Europeia em três pilares: o primeiro, comunitário; o segundo, de política exterior e segurança; e o terceiro, de justiça e assuntos de interior, que formam o “direito comunitário”.

A União Europeia aprofundou as medidas de combate à lavagem de dinheiro no âmbito do primeiro e terceiro pilares, tendo editado a Directiva 2005/60/CE de 26/10/2005, que foi a terceira diretiva no âmbito da EU sobre lavagem. Essa diretiva também se limita a exigir que a lavagem seja proibida, sem especificar a natureza de tal proibição. Estabelece uma série de obrigações de colaboração para diversos setores de atividades, entre eles, advogados, notários, agentes imobiliários, cassinos, contadores, auditores, etc.

No que tange ao pilar dos assuntos de justiça e assuntos de interior, foram tomadas, mediante a cooperação intergovernamental, a Accion Común 98/699/AL de 03/12/1998, que pretendeu estabelecer a vigência do Convênio de Estrasburgo para todos os membros, e a Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26/06/2001, com a mesma inspiração da anterior, que impõe aos membros da União Europeia acatar as recomendações do convênio de Estrasburgo, proibindo a formulação de reservas.

1.4. Grupo de Ação Financeira – GAFI

O Grupo de Ação Financeira (Financial Action Task Force – FATF) foi criado em 1989, no âmbito da Organização para Co-

operação e Desenvolvimento Econômico-OCDE, em reunião de cúpula do G-7, como um grupo de trabalho especial, responsável por elaborar propostas preventivas para o problema da lavagem de dinheiro e a utilização do sistema bancário e das instituições financeiras para essa prática (PINTO, 2007, p. 193).

O grupo tornou-se o organismo de maior proeminência no tema, passando a ditar rumos políticos do tema em nível global, de forma a engajar os países no combate à lavagem de dinheiro. Fabián Caparrós (2006, p. 13) afirma que “es, probablemente, la entidad supranacional más relevante en este campo”. É responsável por monitorar o progresso dos membros na implementação de medidas necessárias, revisões técnicas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e contramedidas, e promover a adoção e implementação de medidas adequadas em nível mundial.

Uma de suas primeiras medidas foi a elaboração das 40 recomendações¹⁴, em 1990, consistindo em práticas a serem adotadas pelo sistema financeiro como um todo no que tange a prevenção da lavagem, sendo acrescidas, em 2001, após os atentados terroristas nos EUA de 11 de setembro, de mais 9 recomendações relacionadas ao financiamento ao terrorismo. Ainda que seus pronunciamentos não sejam vinculantes em termos técnico-jurídicos, a sua capacidade de influência tem tornado possível a renovação da normativa interna de muitos países de acordo com os critérios essenciais apontados nas 40 recomendações.

As recomendações, ainda que não tenham eficácia jurídica direta, revelam uma orientação que, em muitos pontos, permite vislumbrar parte dos conteúdos proclamados poucos meses depois pelo *Convênio de Estrasburgo*. Segundo complementa Fabián Caparrós (2006, p. 14):

¹⁴ O documento pode ser acessado, na versão em português, no site do COAF, por intermédio do link <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>

“Preparadas en primera instancia con la finalidad de elaborar nuevas medidas destinadas a luchar contra la trama económica del tráfico de drogas a la luz de la Convención de Viena de 1988, constituyen un completo cuadro general de contramedidas contra el blanqueo de activos per se, implicando en el proyecto a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional”.

O GAFI conta atualmente com 34 membros, sendo 32 países e 2 organismos regionais (Conselho de Cooperação do Golfo e Comunidade Europeia), além de 27 instituições internacionais na qualidade de observadores (FMI, Banco Mundial, Interpol, OEA/CICAD, etc)¹⁵, possuindo ainda dois países com *status* de observadores para posterior ingresso (Índia e República da Coreia), possuindo sua sede em Paris.

Atualmente é composto por Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Comissão Europeia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Conselho de Cooperação do Golfo¹⁶, Holanda, Hong Kong, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Federação Russa, Cingapura, África do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos.

Considerando a pequena composição representativa do GAFI, ele é composto ainda, por “associate members” que seriam como representações regionais: APG – Grupo de Lavagem de Dinheiro da Ásia e Pacífico; CFATF – Grupo de Ação Financeira do Caribe, MONEYVAL – Comitê do Conselho da Europa de *Experts* em Avaliação de Políticas Antilavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo;

GAFISUD – Grupo de Ação Financeira da América do Sul; e MENAFTF – Grupo de Ação Financeira do Médio Oeste e Norte da África.

As 40+9 Recomendações consistem no documento mais importante do GAFI, sendo o instrumento por meio do qual os países se autoavaliam bem como são submetidos a avaliação mútua por seus pares, quanto ao seu sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. O Brasil foi avaliado em 2004 e recentemente, em nova avaliação concluída em 2010. No processo de avaliação mútua, um grupo de avaliadores do organismo analisa toda a estrutura do país no que tange à prevenção e combate à lavagem de dinheiro, sendo emitido um relatório que é submetido a aprovação em reunião plenária do organismo.

Outra atividade de suma importância do GAFI é a observação fenomenológica da lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar a vertente prática do problema e assim adequar suas iniciativas, o que torna o órgão bastante dinâmico e atuante, sendo frequentes os estudos publicados pelo Grupo de Tipologias¹⁷. Anualmente, o GAFI publica um *Informe* que descreve as novas formas sob as quais se manifesta a lavagem (tipologias).

O GAFI elabora, ainda, desde 2000, uma lista negra de *Países e territórios não cooperantes* em matéria de lavagem de dinheiro (NCCT's), com base nos *standards* internacionais em que se encontram as jurisdições cuja conduta impede a cooperação internacional. A incorporação de uma jurisdição à lista depende de sua adequação às 40 Recomendações, conforme 25 critérios publicados no primeiro informe do GAFI sobre NCCT's. A falta de adequação pode derivar da falta de normas ou da falta de

¹⁵ Dados extraídos em setembro de 2009, no site do GAFI, no link http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3343,en_32250379_32237295_34027188_1_1_1_1,00.html#FATF_Members, onde se pode consultar a lista completa e atualizada dos membros e observadores.

¹⁶ Grupo composto por Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos.

¹⁷ O GAFI tem publicado estudos sobre a utilização do setor de futebol, cassinos e jogos, *websites* e métodos de pagamento pela Internet, setor imobiliário, fraudes no IVA, novos métodos de pagamento, comércio internacional, entre outros, com o inteiro teor disponível, em inglês, no site do GAFI na Internet www.fatf-gafi.org.

aplicação das normas que existam. A inclusão de um país ou jurisdição como NCCT's não tem um caráter coativo, em termos jurídicos, mas constitui um elemento de pressão política que se pode traduzir, em última instância, na aplicação de contra-medidas. Atualmente, apenas Myanmar consta na lista sob observação, sendo que a lista já foi integrada por Bahamas, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Panamá, Indonésia, Nauru, entre outros¹⁸.

O Brasil assumiu a presidência do GAFI no ano de 2008, em mandato de um ano, o que demonstra a participação ativa na organização.

1.5. O GAFISUD – Grupo de Ação Financeira para a América do Sul

O GAFISUD¹⁹ (Financial Action Task Force of South America Against Money Laundering) consiste numa projeção regional do GAFI para a América do Sul, com sede em Buenos Aires, agregando 10 membros (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru e Uruguai), contando ainda com a participação da OEA – Organização dos Estados Americanos, CICAD – Comissão Interamericana contra o Abuso de Drogas), dos países observadores (França, Alemanha, Portugal, Espanha e Estados Unidos) e das organizações observadoras (Grupo de Egmont, BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento, Nações Unidas e Banco Mundial).

Sua criação se deu em 8 de Dezembro de 2000, em Cartagena, Colômbia por meio de um Memorando de Entendimento pelos representantes dos governos de nove países sul-americanos, em atendimento a esforços de combate à lavagem de dinheiro na América do Sul.

¹⁸ Para maiores informações, o último informe do GAFI sobre NCCT encontra-se disponível na internet no link <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/14/11/39552632.pdf>.

¹⁹ Para maiores informações, consultar o site do GAFISUD: <http://www.gafisud.org/>.

1.6. O Comitê de Supervisão Bancária de Basileia – BCBS

O Comitê de Supervisão Bancária de Basileia (BCBS, sigla de *Basel Committee on Banking Supervision* em inglês) consiste numa organização internacional formada por autoridades de supervisão bancária, tendo por objetivo fortalecer a solidez dos sistemas financeiros. O Comitê emitiu importantes recomendações sobre a questão da lavagem de dinheiro.

Criado em 1975 pelos presidentes dos bancos centrais dos países do Grupo dos Dez (G-10), o Comitê se reúne no Banco de Compensações Internacionais, na Basileia, Suíça, onde se localiza sua secretaria permanente.

Desde seu surgimento, o BCBS constituiu-se em um fórum de discussão para o melhoramento das práticas de supervisão bancária, buscando aperfeiçoar as ferramentas de fiscalização internacionalmente. Apesar de não ter autoridade para fazer cumprir suas recomendações, a maioria dos países, membros ou não, tendem a implementar as políticas ditasas pelo Comitê.

O Comitê de Basileia é constituído por representantes de autoridades de supervisão bancária dos bancos centrais de Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Países Baixos, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos, além de Luxemburgo e Espanha, que não são membros do G-10.

Vale mencionar ainda, segundo Saadi (2007, p. 112-114), que “o Comitê de Basileia não tem uma autoridade de supervisão formal supranacional ou força de lei, fazendo apenas recomendações sem poder de punição e/ou controle sobre as instituições financeiras que não as seguirem”. Assim, emite recomendações que funcionam como *soft law*. Entre os padrões e diretrizes elaborados, o mencionado autor aponta três que se referem à lavagem de ativos:

“a) Declaração de Princípios sobre Lavagem de Ativos
Publicada em 1988, resume as políticas e procedimentos básicos que os

órgãos de gestão dos bancos deveriam assegurar para ajudar a eliminar a lavagem de ativos por meio do sistema bancário, tanto nacional como internacionalmente.

b) Princípios Básicos de Basileia

A fim de cumprir seus objetivos, em 1997 o Comitê de Basileia publicou os princípios básicos de supervisão bancária eficiente, em que o princípio número 15 refere-se à lavagem de ativos.

Princípio 15 – Os supervisores bancários devem determinar que os bancos tenham políticas, práticas e procedimentos adequados, que incluam a estrita regra do CONHEÇA O SEU CLIENTE, a qual promove altos índices de ética e profissionalismo no setor financeiro. Estas regras previnem que os bancos sejam utilizados por elementos criminais, de uma maneira voluntária ou involuntária.

c) Devida Diligência com o Cliente

Um aspecto que todos os organismos nacionais e internacionais têm salientado é a necessidade das instituições financeiras e outros setores da economia sensíveis à possibilidade de serem usadas para a lavagem de dinheiro conhecerem o cliente, somente aceitando-os caso tenham compatibilidade entre o patrimônio e os recursos movimentados.”

O documento mais importante do BCBS consiste no *Statement of Principles on the Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money Laundering*, desenvolvido paralelamente à Convenção de Viena e que, segundo Shams (2004, p. 37-38), tinha por foco a prevenção da lavagem de dinheiro, partindo da premissa de que as instituições financeiras eram frequentemente utilizadas e que a cooperação destas com os organismos de *law enforcement* era muito importante. Consistiu, assim, na outra face da moeda em relação à Convenção de Viena e ao

binômio regulação/prevenção-controle/criminalização.

1.7. O Grupo de Egmont

Como já foi abordado no tópico referente às obrigações administrativas e à participação do sistema bancário na prevenção à lavagem de dinheiro, pode-se observar que as instituições financeiras são uma importante fonte de informações sobre lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros. Paralelamente, os governos ao redor do mundo, reconhecendo o perigo corrosivo que desmarcada crimes financeiros que ameaça os seus sistemas econômicos e políticos.

A participação do sistema bancário e financeiro na prevenção à lavagem de dinheiro, como importante fonte de informações sobre lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, aliada ao perigo corrosivo da lavagem de dinheiro enquanto ameaça aos seus sistemas econômicos e políticos, levou à criação de agências governamentais especializadas geralmente referidas como “unidades de inteligência financeira – UIF) (Financial Intelligence Units – FIU), que têm por função, em síntese, o recebimento, processamento e análise de informações acerca de movimentações financeiras atípicas suspeitas de lavagem de dinheiro.

Por iniciativa das UIF da Bélgica (CTIF) e dos Estados Unidos (FINCEN), foi criado, assim, em 1995, um grupo de UIF no Palácio de Egmont Arenberg em Bruxelas, consistindo num grupo informal para a estimulação da cooperação internacional, que passou a ser chamado o Grupo de Egmont. Essas UIF se reúnem regularmente para encontrar formas de cooperação, especialmente nas áreas de intercâmbio de informação, formação e partilha de conhecimentos (PINTO, 2007, p. 201).

Atualmente existem 108 países²⁰ reconhecidos com unidades operacionais

²⁰ Para listagem completa dos membros e outras informações sobre o funcionamento do Grupo de Egmont, pode ser consultado o *site* do organismo: www.egmountgroup.org.

UIF, com os outros em vários estágios de desenvolvimento. Os países devem passar por um procedimento formal estabelecido pelo Grupo de Egmont, a fim de serem reconhecidos como membros.

Embora cada UIF opere sob orientações diferentes, a maioria das UIF, sob certas disposições, pode trocar informações com as UIF contrapartes estrangeiras, tendo utilidade também no fornecimento de dados do governo administrativo e outras informações de registro público com os seus homólogos, o que também pode ser muito útil para os investigadores.

O Grupo de Egmont foi responsável pela elaboração da coletânea *Cem Casos de Lavagem de Dinheiro*, editado no Brasil pelo COAF, consistindo na reunião de cem casos reais da luta contra a lavagem de dinheiro, compilados pelo Grupo de Egmont e oriundos de 58 Unidades de Inteligência Financeira. Os casos são agrupados em seis diferentes modalidades de lavar dinheiro: Ocultação dentro de Estruturas Empresariais; Utilização Indevida de Empresas Legítimas; Uso de Identidades ou Documentos Falsos e de Testas-de-ferro; Exploração de Questões Jurisdicionais Internas; Uso de Ativos ao Portador; e Uso Efetivo do Intercâmbio de Informações²¹.

Assim, observa-se que a atuação do Grupo de Egmont pode ser muito importante na investigação de crimes financeiros e lavagem de dinheiro, tendo em vista o instrumento do intercâmbio de informações entre as UIF. Para se utilizar do instrumento, no Brasil, durante um procedimento investigatório, deve ser feita uma Solicitação de Intercâmbio de Informações, via COAF, que, por sua vez, na condição de UIF, por meio da rede de Egmont, entra em contato com a outra UIF a ser demandada com o pedido de informações.

²¹ A íntegra da publicação é disponibilizada no site do COAF, podendo ser acessível pelo link https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/100_Casos.pdf.

1.8. Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Mundial

O Fundo Monetário Internacional – FMI consiste numa organização de 185 países, criado em 1945 e tem como objetivo básico zelar pela estabilidade do sistema monetário internacional, notadamente por meio da promoção da cooperação e da consulta em assuntos monetários entre os seus 184 países membros. Com exceção de Coreia do Norte, Cuba, Liechtenstein, Andorra, Mônaco, Tuvalu e Nauru, todos os membros da ONU fazem parte do FMI. Juntamente com o BIRD, o FMI emergiu das Conferências de Bretton Woods como um dos pilares da ordem econômica internacional do pós-Guerra. O FMI objetiva evitar que desequilíbrios nos balanços de pagamentos e nos sistemas cambiais dos países membros possam prejudicar a expansão do comércio e dos fluxos de capitais internacionais. O Fundo favorece a progressiva eliminação das restrições cambiais nos países membros e concede recursos temporariamente para evitar ou remediar desequilíbrios no balanço de pagamentos. Além disso, o FMI planeja e monitora programas de ajustes estruturais e oferece assistência técnica e treinamento para os países membros.

A atuação do FMI no ambiente de combate à lavagem de dinheiro está na grande experiência que o mesmo possui em conduzir avaliações financeiras, auxílio técnico e inspeção sobre sistemas cambiais dos membros, contribuindo com o GAFI e suas projeções.

O Banco Mundial, por sua vez, é uma agência do sistema das Nações Unidas, fundado a 1º de Julho de 1944 por uma conferência de representantes de 44 governos em Bretton Woods, New Hampshire, EUA. É composto por 184 países membros e a sua sede é em Washington DC, EUA.

O Banco Mundial e o FMI, conforme aponta Edson Pinto, formam parceria destinada ao auxílio técnico aos membros,

objetivando realizar avaliações de setores financeiros e dos centros financeiros *off-shore*.

1.9. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE

A OCDE (*Organization for Economic Cooperation and Development*) consiste numa organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado, motivo pelo qual é chamada de “grupo dos ricos”. Foi criada em 30 de setembro de 1961, sucedendo a Organização para a Cooperação Econômica Europeia e está sediada em Paris, França. Originalmente, contava com vinte países que firmaram sua convenção e, atualmente, conta com trinta membros²² e um observador (Taiwan). Na âmbito da OCDE, os países membros se reúnem para a troca de informações e para a definição de políticas objetivando maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países membros.

Como principal iniciativa da OCDE pode-se apontar o Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais denominado “Concorrência fiscal desleal: um problema mundial (ORGANIZAÇÃO..., 1998)”, abordando a questão da captação de recursos internacionais de qualquer espécie, que passou a ser o documento base do Comitê na luta pela transparência na troca de informações entre os Estados, destacando-se na luta contra os paraísos fiscais e sigilo bancário. Pode ser apontado como o embrião do GAFI e, no ano de 2009, foi de fundamental importância na pressão exercida para que países não cooperantes firmassem tratados para a tro-

²² Alemanha (1961), Austrália (1971), Áustria (1961), Bélgica (1961), Canadá (1961), Coreia do Sul (1996), Dinamarca (1961), Eslováquia (2000), Espanha (1961), Estados Unidos (1961), Finlândia (1969), França (1961), Grécia (1961), Hungria (1996), Irlanda (1961), Islândia (1961), Itália (1962), Japão (1964), Luxemburgo (1961), México (1994), Noruega (1961), Nova Zelândia (1973), Países Baixos (1961), Polônia (1996), Portugal (1961), Reino Unido (1961), República Checa (1995), Suécia (1961), Suíça (1961) e Turquia (1961).

ca de informações. A OCDE registra, desde 2001, noventa e nove acordos²³ firmados, sendo que, destes, cinquenta e oito foram assinados no ano de 2009, ou seja, mais da metade dos acordos assinados até hoje. É mais importante ainda é frisar que muitos desses acordos foram estabelecidos com jurisdições tidas como não cooperantes, tais como Ilhas Cayman, Ilha de Man, Bermuda, Ilhas Virgens Britânicas, Liechtenstein, Guernsey, entre outros.

1.10. Organização dos Estados Americanos – OEA

A Organização dos Estados Americanos – OEA²⁴, fundada em 30 de abril de 1948, constitui-se num dos organismos regionais mais antigos do mundo. Possui 21 países signatários, entre eles o Brasil, da Carta da Organização dos Estados Americanos, na qual a organização se define como um organismo regional dentro das Nações Unidas. Tem por objetivo defender os interesses do continente americano, buscando soluções pacíficas para o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Atualmente conta com 35 estados-membros que, a partir de 1990, definiram como prioridade dos seus trabalhos o fortalecimento da democracia e assuntos relacionados com o comércio e integração econômica, controle de entorpecentes, repressão ao terrorismo e corrupção, lavagem de dinheiro e questões ambientais, mazelas comuns a certos membros da OEA, inclusive EUA.

A Comissão Internamericana para o Controle de Drogas de Abuso (CICAD) é um órgão da OEA, especializado em programas de ação para reduzir a produção, o tráfico e o uso de drogas na América, atuando também para combater práticas

²³ Dados de acordos firmados até 15 de agosto de 2009, disponíveis no site da OCDE, http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_33767_38312839_1_1_1,00.html.

²⁴ Maiores informações sobre a OEA podem ser obtidas no site <http://www.oas.org/pt>.

ligadas ao tráfico, como a lavagem de dinheiro.

A Assembleia Geral solicitou à CICAD que reunisse um grupo de estudiosos de países americanos, para estudar a influência da lavagem de dinheiro no hemisfério e, a partir do estudo, preparar medidas para o controle. Assim foi materializado o Regulamento Modelo da CICAD/OEA sobre controle de lavagem de dinheiro, aprovado na Assembleia Geral de 1992. O Regulamento Modelo não é um acordo ou convenção internacional vinculante, mas mero *soft law* destinado a harmonizar a legislação dos países americanos.

Em 1999, criou a Unidade contra Lavagem de Ativos e Financiamento ao Terrorismo, com função de capacitação, treinamento e desenvolvimento de políticas públicas em matéria de cooperação jurídica internacional.

Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo apresentar, em linhas gerais, a estrutura internacional da prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, apontando as contribuições de cada organismo para o tema.

Foi evidenciado o caráter eminentemente transnacional do crime de lavagem de dinheiro, o que aponta para a premente necessidade de instrumentos de cooperação internacional que têm sido reforçados mediante iniciativas do GAFI, Grupo de Egmont, bem como de diversos acordos de cooperação jurídica multilaterais e bilaterais que vêm sendo firmados.

Como restou evidenciado, a estrutura internacional de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro tem-se ampliado constantemente, de forma que a integração entre organismos internacionais e nações é ferramenta fundamental no combate a esse tipo de criminalidade que tem na transnacionalidade uma de suas características mais evidentes.

De acordo com Sieber (2008, p. 270), ao tratar dos desafios atuais do direito penal:

“Essas modificações sociais ocorrem em alta velocidade na atual sociedade mundial, de informação e de risco. Elas têm efeitos graves no desenvolvimento da criminalidade, do direito penal e na política criminal, podendo – como o princípio da prevenção, que avança no direito penal – conduzir a uma mudança de paradigmas. Esta mudança faz-se presente por meio da criação de novas formas de cooperação internacional e do direito penal supranacional não apenas no direito penal europeu e no direito penal internacional.”

Assim, os organismos internacionais tornam-se peças fundamentais nas iniciativas de prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro, e somente mediante a atuação articulada desses organismos é que crimes de alta gravidade como a lavagem de dinheiro podem ser coibidos de forma eficiente.

Referências

- ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. 551 p. Tesis de Doctorado – Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
- AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2007.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: RT, 2004.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. 3. ed. Washington: CICAD/OEA, 2006.
- CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei nº 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. 3. ed. Washington: CICAD/OEA, 2006.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MACHADO, Maira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.
- MITSOLEGAS, Valsamis. *Money laundering countermeasures in the European Union: a new paradigm of security governance versus fundamental legal principles*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- ORGANIZAÇÃO para cooperação e desenvolvimento econômico. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OECD Publications, 1998.
- PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SAADI, Ricardo Andrade. *O combate à lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)–Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.
- SHAMS, Heba. *Legal globalization: money laundering law and other cases*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2004.
- SIEBER, Ulrich. Limites do Direito Penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal estrangeiro e internacional. *Revista Direito GV*, n. 4, p. 269-330, jan./jun. 2008.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de dinheiro: comentários à lei nº 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 2000.

