

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2012 – Ano 49 – Nº 196



Eneida, “São Francisco”. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 196
outubro/dezembro – 2012

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: Thiago Adjuto e Walfrido Vianna
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Jéssica Fernandes Costa e Vanessa Cristina Pacheco
REVISÃO DE PROVAS: Débora Oliveira e Yara da Silva
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku e Letícia Tôrres
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.
Pidesse 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)



“São Francisco”, de Eneida,
técnica óleo sobre eucatex de 0,48 m x 0,39 m.

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 49 · nº 196 · outubro/dezembro · 2012

- Thomas Bustamante O argumento *ad absurdum* na interpretação do direito. Seus usos e significado normativo 7
- Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz Anotações sobre o conceito do direito à própria imagem do Código Civil 27
- Maurin Almeida Falcão A teoria do fato social em Durkheim e os elementos de conexão para uma análise sociológica do tributo 39
- Daniella S. Dias O que vem a ser Nação no contexto atual? 53
- Amandino Teixeira Nunes Junior Projovem trabalhador e *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*. Análise comparativa dos programas brasileiro e argentino 69
- Ricardo José Pereira Rodrigues Mudança e continuidade na regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos 83
- Fernanda Santinelli e Cléria Donizete da Silva Lourenço O ensino de direitos humanos nos cursos de graduação em Administração Pública 95
- Roberto Moreira de Almeida Alistabilidade e elegibilidade do silvícola no ordenamento jurídico brasileiro 111
- Geilza Fátima Cavalcanti Diniz Cultura e internacionalização dos direitos. Da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo 133
- Antonio Carlos Torrens Representação política, inovações institucionais e novas subjetividades 149
- Tarcisio Vieira de Carvalho Neto O princípio da alternância no regime democrático 165
- Beatriz Martins Teixeira e Carlos José Saldanha Machado Marco regulatório brasileiro do processo de descomissionamento ambiental da indústria do petróleo 183

João Gaspar Rodrigues	Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13 205
Antonio da Silva Campos Junior	Biodireito e desenvolvimento sustentável 221
Gabriela Verona Pércio, Flávio Ramos e Ricardo Stanziola Vieira	A Lei 12.349/2010 e a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações. Uma análise crítica à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável 233
Taylisi de Souza Corrêa Leite e Patrícia Borba Marchetto	Bioética na sociedade técnica. Uma reflexão sobre os avanços da biotecnologia e a ética por meio dos conceitos de Jacques Ellul 249
Vitor Luís de Almeida	A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono. Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro 259
Louise Menegaz de Barros Mota	Jeremy Bentham. Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário 283
Caio Henrique Lopes Ramiro	Direito, literatura e a construção do saber jurídico. Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico 297
André Luis Bitar de Lima Garcia e José Anijar Fragoso Rei	O <i>distinguishing</i> realizado pelo STF no julgamento da ADIN 3.421-PR 311

Seção Resenha Legislativa
da Consultoria Legislativa do Senado Federal

Claudio Demczuk de Alencar	O direito penal do inimigo e os crimes políticos. Um espelho da sociedade do risco global 329
----------------------------	---

O argumento *ad absurdum* na interpretação do direito

Seus usos e significado normativo

Thomas Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. A acepção estritamente lógica do *argumentum ad absurdum*. 3. O *argumentum ad absurdum* como um caso especial de argumento pragmático. 3.1. O problema da indeterminação dos argumentos pragmáticos e a nota distintiva do argumento *ad absurdum*. 3.2. A diferença entre o argumento *ad absurdum* e os argumentos consequencialistas em geral. 3.3. O contexto do argumento *ad absurdum*. 3.4. O fundamento do *argumentum ad absurdum*. 3.4.1. A natureza da hipótese do legislador racional. 3.4.2. Novas considerações sobre a natureza do argumento *ad absurdum*: o absurdo como ausência de razoabilidade. 3.4.3. Sobre o fundamento do argumento *ad absurdum* e da hipótese do legislador racional. 3.5. As exigências práticas da versão pragmática do argumento *ad absurdum*. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Neste ensaio, busca-se explicar como o *argumentum ad absurdum* pode ser utilizado na argumentação jurídica e formular um conjunto de diretivas para auxiliar os juristas a justificar as suas pretensões ou decisões baseadas em tais argumentos. O principal propósito deste esforço é definir as principais *regras de interpretação* que podem ser derivadas de sua estrutura ou de suas pressuposições de fundo. Ao descrever essas regras, acredita-se ser possível compreender o significado normativo de tal forma de argumento, isto é, as exigências que derivam de tal argumento e as condi-

Thomas Bustamante é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais e *Honorary Lecturer* na Universidade de Aberdeen, Reino Unido. É doutor em Direito pela PUC-Rio, com período de investigação na Universidade de Edimburgo, Reino Unido, e mestre em Direito pela UERJ.

ções sob as quais se pode confiar nele como uma base sólida para uma decisão jurídica.

Na literatura recente sobre argumentação jurídica, há duas versões diferentes do argumento *ad absurdum* que são aceitas pelos teóricos como capazes de justificar uma pretensão jurídica. Primeiramente, ele pode ser entendido em um sentido estritamente lógico, ou seja, como uma forma de comprovação por contradição. Não obstante, como se arguirá na primeira seção, esse sentido do *argumentum ad absurdum* é de muito pouca utilidade para a argumentação jurídica, na medida em que ele apenas torna explícito um erro que pode ser facilmente identificável no argumento do falante. Em segundo lugar, em um sentido menos estrito, que é o sentido em que os juristas normalmente se referem a esta forma de argumentação, o argumento apagógico pode ser classificado como um argumento pragmático ou um argumento acerca da desejabilidade ou indesejabilidade de uma certa proposição. Não obstante, como pretendemos demonstrar, as interpretações correntes desta última versão do *argumentum ad absurdum* ainda não desenvolveram uma compreensão precisa de tal forma de argumento, já que elas não têm ciência de que a *reductio ad absurdum* é um caso especial de argumentação pragmática cuja força é sensivelmente superior à das formas gerais de argumentação pragmática. Portanto, a fim de se identificarem as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* pode ser corretamente empregado no discurso jurídico, iremos determinar, na segunda seção deste ensaio, a natureza do argumento, como ele pode ser diferenciado dos argumentos consequencialistas em geral, seu contexto e as regras de interpretação que dele podem ser derivadas e que definem o seu significado normativo.

2. A acepção estritamente lógica do *argumentum ad absurdum*

O primeiro sentido em que o argumento *ad absurdum* pode ser entendido é a sua formulação estritamente lógica, que é a sua

forma mais forte. Nesse sentido, ele é um esquema argumentativo formal que ajuda a identificar uma conclusão inaceitável independentemente da plausibilidade do conteúdo das premissas, já que o argumento em questão é internamente defeituoso.

Nesta acepção, a *reductio ad absurdum* “consiste em se deduzir de uma proposição ou um complexo de proposições consequências que são inconsistentes umas com as outras ou com a proposição original” (RYLE, 1945, p. 6). Por conseguinte, em sua formulação estritamente lógica, a *reductio* está fundada no princípio da não contradição:

“Contradições são asserções absurdas ou logicamente falsas. Qualquer asserção que implique uma contradição ou uma falsidade lógica deve em si ser falsa; e é exatamente este fato que é explorado na aplicação da *reductio*; se uma contradição puder ser demonstrada como derivável de uma fórmula; então, com base apenas nesse fato, podemos validamente enunciar a negação de tal fórmula. Portanto, a *reductio* é frequentemente referida como uma ‘prova por contradição’” (TOMASSI, 1999, p. 102).

Em síntese, estabelece-se um silogismo ao demonstrar que a conclusão do oponente é inconsistente com as premissas.

Esse não é, entretanto, o tipo de argumento *ad absurdum* que normalmente atrai a atenção dos juristas e teóricos do direito, pois de fato ele nada mais afirma do que a exigência geral de consistência em qualquer tipo de discurso. Na argumentação jurídica, diferentemente da matemática, as premissas e as conclusões não são enunciadas de forma não ambígua, e portanto os juristas tendem a aplicar o argumento apagógico de modo muito menos rigoroso (DAUBE, 1969, p. 177-179).

3. O *argumentum ad absurdum* como um caso especial de argumento pragmático

Enquanto a versão estritamente lógica do *argumentum ad absurdum* aponta para uma in-

consistência *interna* em um argumento, já que o falante demonstra que o seu oponente está comprometido com visões contraditórias, a versão ordinária ou pragmática do argumento consiste em se deduzir da pretensão de um oponente uma falsidade ou um enunciado que leva a consequências inaceitáveis.

Um argumento pragmático pode ser definido como “uma argumentação defendendo a desejabilidade ou indesejabilidade [ou, podemos adicionar, a aceitabilidade ou a inaceitabilidade] de um ato específico ou um curso de ação” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 72). Nessa interpretação, que é a “construção mais geral” do argumento *ad absurdum*, pode-se defini-lo como “um processo de refutação sob o fundamento de que consequências absurdas – e patentemente inaceitáveis – iriam derivar da aceitação da proposição em questão” (RESCHER, 2005).

Essa parece ser, de fato, a forma como os juristas usam o *argumentum ad absurdum*. Golding, por exemplo, entende a “*reductio ad absurdum* prática” como o argumento segundo o qual “se uma dada regra, juízo, ou decisão levar a consequências inaceitáveis, então a regra, juízo ou decisão deve ser rejeitada” (GOLDING, 2001, p. 38). E Alexy, em sua famosa Teoria da Argumentação Jurídica, a descreve como um argumento empregado para “fundamentar a tese de que uma interpretação específica (I) de uma regra (R) através do uso semântico (W) é inadmissível” sob o fundamento de que esse uso “levaria a resultados inaceitáveis, sem sentido ou incompreensíveis” (ALEXY, 1989, p. 283). Este autor descreve o argumento *ad absurdum* como uma forma de argumento – ou seja, uma “estrutura que compreende uma proposição afirmada por um falante juntamente com outras proposições erigidas ou pressupostas como fundamentando diretamente essa proposição” (ALEXY, 1989, p. 92) – que poderia ser expressa da seguinte forma:

- (1) $O \neg Z$
- (2) $R' \rightarrow Z$
- (3) $\neg R'$

Nesse esquema, O é um operador deôntico que expressa a obrigatoriedade de fazer algo; \neg significa uma negação; Z é uma consequência considerada proibida pelo intérprete da norma; e R' é uma interpretação particular da regra R . Com a ajuda desse esquema formal, Alexy (1989, p. 280) descreve a estrutura lógica do *argumentum ad absurdum* e enfatiza o caráter não lógico do processo de determinar as premissas que nele estão compreendidas.

Para Alexy (1989, p. 283-284), uma vez que as premissas (1) e (2) no esquema acima estão dadas, é possível inferir a conclusão (3) por uma simples operação lógica. Não obstante, o passo mais difícil no processo de justificação de um argumento é o que Wróblewski denomina “justificação externa” de uma decisão, que denota o processo de se enunciar e justificar a premissa maior (1), que deve estar baseada em argumentos práticos gerais, e a premissa menor (2), que está baseada em argumentos empíricos¹.

Pode-se ver, portanto, que Alexy descreve o argumento *ad absurdum* como uma conjunção de um argumento prático na premissa maior e de um argumento empírico na premissa menor. Enquanto a primeira lida com um argumento interpretativo para estabelecer o significado de uma norma, a última lida com enunciados de fato.

Para concluir este tópico: o argumento *ad absurdum* na interpretação jurídica é um tipo especial de *argumentação pragmática* onde a principal razão para decisão é um juízo sobre a desejabilidade ou indesejabilidade da interpretação proposta para uma lei (FETERIS, 2005, p. 461).

¹ Wróblewski (1974, p. 39) diferencia, em um ensaio famoso, dois estágios da justificação de um silogismo jurídico. Enquanto a justificação *interna* é estritamente lógica e se refere à relação entre as premissas de uma forma de argumento, a justificação *externa* não é um processo lógico e consiste na justificação das próprias premissas, com base em considerações pragmáticas ou empíricas.

3.1. O problema da indeterminação dos argumentos pragmáticos e a nota distintiva do argumento *ad absurdum*

Há, no entanto, fortes objeções ao uso do *argumentum ad absurdum* se ele é entendido como um esquema para argumentação referida às consequências ou à deseabilidade de uma interpretação jurídica particular.

O maior problema é que há múltiplas razões que podem ser classificadas como “consequencialistas”. Como adverte MacCormick (1983, p. 255),

“Juizes frequentemente aludem à justiça, às políticas públicas e/ou ao bem comum da comunidade, à conveniência ou efetividade do direito e ao senso comum como fundamentos ou critérios de avaliação ostensivamente diferentes, que são aplicados para as consequências jurídicas e possíveis desenvolvimentos futuros de decisões em casos controvertidos.”

Ao mesmo tempo, Maximiliano (1992, p. 166) argumenta que as premissas compreendidas no argumento *ad absurdum* podem assumir um vasto campo de sentidos e configurações que podem se referir a “injustiça evidente”, “incoerências”, “autocontradições”, “impossibilidades”, “inequidade”, incompatibilidade com o “senso comum” etc.

À luz de tais incertezas sobre os conteúdos de razões pragmáticas e consequencialistas, muitos juristas são céticos quanto à força do argumento apagógico nos discursos jurídicos. Tarello, por exemplo, argumenta que o argumento *ad absurdum* é ao mesmo tempo frágil e capaz de levar a mal entendidos quando aplicado como um argumento independente para uma decisão jurídica. Ele é frágil porque a noção de absurdo é impregnada de argumentos históricos falseados e intrinsecamente mutável, e é capaz de levar a mal entendidos devido a sua ambiguidade natural (TARELLO, 1980, p. 371). Guastini, da mesma forma, sustenta que a ideia de absurdo é de fato

subjetiva, “e portanto sempre controversa”. Para esse autor, nos raros casos em que certa interpretação de uma disposição legislativa pode ser inequivocamente classificada como “absurda”, o argumento *ad absurdum* seria completamente inútil, já que ele iria “excluir apenas uma interpretação que ninguém jamais sonharia em sugerir” (GUASTINI, 2004, p. 177).

Embora talvez seja insensato simplesmente rejeitar o argumento *ad absurdum*, classificando-o como um mero truque retórico, essas objeções nos devem levar a restringir o âmbito de tal argumento.

É provável, portanto, que não seja suficiente definir o argumento *ad absurdum* como um argumento pragmático. Como Daube argumenta de forma convincente, se o argumento apagógico for concebido como “apoiando-se em uma decisão ao demonstrar que uma decisão alternativa seria inconsistente com o que é desejável, razoável, justo, jurídico”, então “qualquer decisão fundamentada é uma *reductio ad absurdum*, ao menos por implicação”, já que “qualquer decisão é escolhida em preferência à decisão oposta, tida como menos aceitável” (DAUBE, 1969, pp. 179-180). Por conseguinte, de acordo com o autor, devemos entender a *reductio ad absurdum* como significando que uma conduta é não apenas inconveniente ou indesejável, mas “flagrantemente incongruente, em conflito com o propósito óbvio, professado pelo próprio agente” (DAUBE, 1969, p. 180). Se este é o caso, então podemos dizer que o argumento significa algo mais do que um tipo de incompatibilidade pragmática, como é visível no seguinte excerto:

“Não se você simplesmente sair sem um guarda-chuva, mas se um valedutidário que carrega um guarda-chuva quando está chovendo sair sem um em meio a uma tempestade. Não se um comprador não pagar, mas se um homem que compra por caridade de um amigo empobrecido, com a finalidade de assisti-lo, não pa-

gar. Um caso particularmente claro é a conduta auto-incompatível, quando ao se levar um argumento ao extremo se chega exatamente ao pólo contrário, atingindo precisamente o oposto do planejado” (DAUBE, 1969, p. 180).

Como esses exemplos demonstram, Daube entende o *argumentum ad absurdum* como um ponto de vista normativo que exclui a possibilidade de qualquer decisão jurídica manifestamente incoerente, em vez de considerá-lo sempre como uma contradição no sentido lógico.

Comparado aos outros cânones da interpretação, o argumento *ad absurdum* caracteriza-se pelo fato de que ele implica uma *avaliação forte* contra uma interpretação proposta. Assim, o seu traço distintivo é que ele implica uma *desaprovação forte* das consequências de uma certa interpretação, garantindo um *grau especial* de certeza sobre a inaceitabilidade do ponto de vista do oponente.

No direito inglês, por exemplo, há duas regras básicas de interpretação da lei que não podem ser tidas como compatíveis a não ser que o argumento *ad absurdum* seja interpretado nesse sentido.

A primeira regra de interpretação da lei é a chamada “Regra Literal” (*Literal Rule*), segundo a qual “o juiz deve considerar o que a lei de fato diz, em vez de considerar o que ela poderia significar” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 196). O propósito da regra é que o juiz deve entender as palavras na lei, no seu “significado literal – ainda que o efeito disso seja o de produzir o que pode ser considerado um resultado injusto ou indesejado” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 196).

A segunda regra, por sua vez, é a “Regra de Ouro” (*Golden Rule*), que é utilizada para excluir uma interpretação que provavelmente levará a um resultado “obviamente absurdo” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 197). Como Lord Blackburn argumentou em *River Wear Commissioners v Adamson*, devemos interpretar as leis de acordo com o significado ordinário das palavras usadas

pelo legislador, a não ser que eles levem a uma inconsistência ou a “um absurdo ou inconveniência tão grande a ponto de convencer o Tribunal de que a intenção não poderia ter sido a de usá-las no seu significado ordinário”².

Como se nota claramente, a Regra de Ouro só pode ser compatível com a Regra Literal se o argumento *ad absurdum* for entendido no sentido descrito acima, isto é, como um tipo especial de argumento pragmático cujo traço distintivo é o grau especial de certeza quanto ao caráter absurdo de uma conclusão particular.

No que resta deste ensaio, tentaremos ressaltar as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* pode adquirir o tipo de força que o distingue das espécies ordinárias de argumentação pragmática.

3.2. A diferença entre o argumento *ad absurdum* e os argumentos consequencialistas em geral

Nosso primeiro passo é distinguir o argumento *ad absurdum* dos argumentos consequencialistas em geral. Com efeito, pode-se classificar o argumento apagógico não apenas como um tipo de argumento pragmático, mas também como um tipo especial de argumento consequencialista. Tomemos um exemplo que Dworkin tornou famoso em seu grande ensaio intitulado “The Model of Rules”. Em *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, um tribunal de Nova Jersey teve de decidir, em 1960, se “um fabricante de automóveis pode liminar a sua responsabilidade no caso de o automóvel ser defeituoso”³. Como Dworkin (1978, p. 23) sintetiza, “Henningsen comprou um

² *The River Wear Commissioners v William Adamson and Others*. [1876-77] L.R. 2 App. Cas. 743, 764 -765. A Regra de Ouro sobre a Interpretação da lei foi originalmente enunciada por Lord Wensleydale em *Becke v Smith* [1836] 2 M. &W. 195 e novamente enunciada com mais precisão em *Grey v. Pearson* [1857] 6 HL Cas 61, 106; 10 ER 1216.

³ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N. J. 358, 161 A.2d [1960].

carro, e assinou um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos no produto ficava limitada a ‘consertar’ as partes defeituosas. Ele sustentou que, ao menos nas circunstâncias do seu caso, o fabricante não deve ser protegido por essa limitação, e deve ser responsável pelas despesas médicas e de outra natureza sofridas por pessoas feridas em um acidente”.

Dworkin usa esse exemplo para sustentar que as fontes formais do direito não exaurem o conceito de juridicidade, já que sistemas jurídicos desenvolvidos necessariamente incluem princípios de moralidade política que são vinculantes na argumentação jurídica. Em tal caso, de fato, o tribunal confiou em ideias morais como a proibição de inequidade e injustiça como fundamentos para a decisão de que o fabricante era responsável apesar da literalidade do contrato (DWORKIN, 1978, p. 24).

Não obstante, podemos usar o mesmo exemplo para um propósito diferente. Podemos imaginar, por exemplo, argumentos hipotéticos a favor e contra a pretensão de Henningsten. Primeiramente, o juiz A poderia rejeitar a pretensão de Henningsten ao fundamento de que tal interpretação iria contra os interesses da comunidade, já que levaria a um aumento nos preços de automóveis e transferiria os custos da responsabilidade do fabricante para os demais compradores. Em segundo lugar, o juiz B poderia aceitar o argumento de Henningsten ao fundamento de que a responsabilidade contratual seria contra os princípios da justiça e da equidade porque ela imporia um ônus excessivo para o consumidor e deixaria desprotegidos os terceiros que sofressem com os defeitos na fabricação do produto.

Nesses dois argumentos hipotéticos, apenas o juiz B estaria empregando um argumento *ad absurdum* de forma genuína. Com efeito, um dos critérios importantes para distinguir entre um emprego plausível e um emprego falacioso de uma argumentação consequencialista é analisar a natureza

das consequências que são levadas em consideração pelo falante. No argumento do juiz A, estamos lidando com consequências probabilísticas que não se seguem logicamente da aceitação da interpretação em análise (já que a transferência dos custos do fabricante para o consumidor é um fenômeno econômico que pode nunca acontecer e não é uma implicação necessária da decisão), enquanto no argumento do juiz B estamos lidando com consequências lógicas ou hipotéticas que inevitavelmente se seguem da decisão do caso, já que os fatos de que “um ônus será imposto sobre o consumidor” e de que “a decisão irá constituir um precedente que deixa os consumidores desprotegidos” são consequências que necessariamente se seguem da decisão rejeitada pelo argumento.

É por isso que MacCormick restringe o âmbito do seu consequencialismo a fim de considerar primariamente relevantes apenas as *consequências jurídicas* de uma regra ou interpretação proposta (MACCORMICK, 1983, p. 249-254), as quais podem ser definidas como os fatos que *se seguem logicamente* de uma decisão particular e suas implicações jurídicas⁴.

Podemos dizer, portanto, que o principal critério para diferenciar um uso genuíno do *argumentum ad absurdum* de um argumento consequencialista genérico é o caráter hipotético, em vez de probabilista, do primeiro⁵.

⁴ Se MacCormick estiver correto, então uma argumentação consequencialista no direito envolve dois estágios. No primeiro estágio, pode-se estabelecer uma premissa fática anunciando que o curso de ação é considerado pelo falante como implicando a consequência C. Então, em um segundo estágio, deve-se subsumir C em uma norma universal que é tida como parte do sistema jurídico. O argumento é confiável somente se o falante pode provar que C está proibido por tal norma.

⁵ Para um argumento poderoso contra a proposta de consequencialismo jurídico de Dewey, que fala de uma “lógica de consequências como uma lógica de probabilidades ao invés de certezas”, veja MacCormick (1983, p. 251), em que ele sustenta

3.3. O contexto do argumento ad absurdum

Um segundo passo para se determinarem as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* adquire sua força distintiva na argumentação é identificar os contextos em que ele pode ser empregado.

Como todo argumento pragmático, o argumento *ad absurdum* encontra lugar “no contexto de uma *disputa* em que uma parte sustenta que uma regra particular deve ser aplicada no caso concreto e a outra parte sustenta que essa regra não deve ser aplicada” (FETERIS, 2005, p. 462). O contexto típico do argumento, portanto, é a *comparação* de casos, conclusões e interpretações alternativas de uma provisão legal.

Nesse sentido, Jansen relembra que muitos dos exemplos na literatura sobre a *reductio ad absurdum* “dizem respeito a um uso específico do argumento comparativo” que é conhecido como *analogia refutacional* (“refutational analogy”). “A principal linha de argumentação seguida em tal argumento”, como observa a autora, “é que se alguém aceita uma certa forma de pensar, deve aceitar também uma forma comparável, mas absurda, de se pensar” (JANSEN, 2007, p. 253).

Os juristas romanos do período clássico, por exemplo, eram *experts* em retórica grega e usavam o argumento apagógico para comparar soluções alternativas aos problemas jurídicos⁶. A *reductio ad absurdum* era uma ferramenta metodológica chave para se escolher entre as alternativas que se seguiriam da aplicação analógica de uma regra jurídica ou de sua interpretação restritiva com base no argumento *a contrario* (WACKE, 2008, p. 477).

que apenas consequências hipotéticas podem ser relevantes na argumentação jurídica.

⁶ Sobre o *argumentum ad absurdum* no Direito Romano, ver Wacke (2008), Reggi (1974), Capone (1997) e Daube (1969). Este autor, por exemplo, sustenta que essa forma de argumento teve os seus dias de glória na era clássica do Império Romano (DAUBE, 1969, p. 193).

Ademais, o argumento tem sido utilizado desde antes do período clássico do Direito Romano a fim de superar a ambiguidade ou a indeterminação da linguagem utilizada para expressar um enunciado normativo. Em um interessante ensaio histórico, Reggi demonstra que, em casos de *ambiguitas*, retóricos latinos como Cícero e juristas romanos como Celso Filho construía os seus argumentos tentando demonstrar “o absurdo da visão do oponente” e, ao mesmo tempo, “sustentando as suas próprias teses ao demonstrar que elas escapam de tais vícios” e se conformam com o princípio da *aequitas* (REGGI, 1974, p. 163).

O contexto do *argumentum ad absurdum*, portanto, é determinado pela presença de interpretações diferentes de um dado enunciado, e com uma valoração forte contra as consequências de uma das soluções disponíveis. Ele é, portanto, sempre um *argumento comparativo*.

3.4. O fundamento do argumentum ad absurdum

O terceiro passo para construir um modelo com o objetivo de determinar as condições sob as quais o argumento apagógico, entendido como um caso especial de argumento pragmático, pode ser legitimamente aplicado na argumentação jurídica é identificar o fundamento de tal argumento.

Há consenso entre a maioria dos teóricos do direito da tradição continental europeia de que o fundamento do *argumentum ad absurdum* no raciocínio jurídico reside na *hipótese do legislador racional*, que exclui a possibilidade de se aceitar uma interpretação abertamente irracional de uma norma porque o legislador deve ser considerado como racional e razoável (TARELLO, 1980, p. 369; GUASTINI, 2004, p. 177; LA TORRE; PATTARO; TARUFFO, 1991, p. 222; MAXIMILIANO, 1992, p. 166; EZQUIAGA, 1994, p. 97; ZIEMBINSKI, 1978, p. 183).

Sem embargo, parece claro que a proibição de absurdo na interpretação (o

argumento *ad absurdum*) e a exigência de racionalidade na interpretação da legislação (a hipótese do legislador racional) têm uma importante área em comum e desempenham uma função semelhante na argumentação jurídica. Ambas são versões fortes de argumentos pragmáticos que repelem interpretações inaceitáveis de uma lei.

Nesse ponto, acreditamos que Bobbio está correto quando ele sustenta que as *regras de interpretação essenciais* que se seguem da ideia regulativa do “legislador racional” são somente aquelas que podem ser também deduzidas da proibição de “absurdo” no raciocínio jurídico” (BOBBIO, 1971, p. 245).

O núcleo do argumento *ad absurdum* é, pois, semelhante ao do argumento baseado na hipótese geral do legislador racional, o que torna difícil dizer que o último possa ser o fundamento do primeiro. Com efeito, nossa análise demonstra que não seria muito útil sustentar que o fundamento do argumento apagógico se encontra na presunção de racionalidade do legislador, pois seria igualmente possível mudar a direção do argumento e sustentar que é o último que fundamenta o primeiro. De fato, o que parece mais plausível é a tese de que ambos os *standards* de argumentação podem ser fundamentados pelo mesmo princípio.

Qual é, então, esse princípio que pode ser usado para fundamentar tanto o argumento *ad absurdum* quanto a “hipótese do legislador racional”?

Antes de responder a esse questionamento, devemos fazer uma pequena pausa e indagar sobre a natureza da presunção de racionalidade do legislador.

3.4.1. A natureza da hipótese do legislador racional

Em que pese o fato de a hipótese do “legislador racional” ser ambígua e poder ser interpretada em sentidos diferentes, para os fins deste ensaio iremos entendê-la como um “parâmetro normativo que prescreve

que os juristas devem interpretar o direito *como se* o legislador fosse racional” (NINO, 1989, p. 90). A hipótese do legislador racional, nesse sentido, não é uma hipótese empírica para ser testada, mas uma hipótese que é dogmaticamente assentada e aceita sem qualquer verificação empírica. Em outros termos, é uma “tese metodológica” que é “confessadamente contrafática”, mas que é necessária para criar uma obrigação de se diminuir a distância entre o direito “tal como ele é” e o direito “tal como ele deve ser” (IGUARTUA SALAVERRÍA, 1990, p. 115-116).

O ponto nodal da hipótese do legislador racional é criar uma “teoria modelo” cujo propósito não é epistemológico, mas *normativo* ou *crítico* no sentido de que ela pode ajudar os juristas e os cientistas do direito a “construir um sistema de normas que seja bem adaptado para desempenhar o papel de um sistema jurídico racional” (ZIEMBINSKI, 1978, p. 186). Ao invés de um enunciado fático sobre a natureza psicológica do legislador real, é uma “pretensão idealizante imposta sobre o poder legislativo, isto é, uma condição para a racionalidade do legislador” (NOWAK, 1987, p. 138). Ela é, portanto, um modelo desenvolvido pela dogmática jurídica. Como o autor explica,

“O traço distintivo do método de interpretação legal provido pela dogmática é que ele ambiciona otimizar a lei, é dizer, reconstruir a partir dos textos as melhores normas possíveis do ponto de vista das exigências das doutrinas morais e políticas dominantes” (NOWAK, 1969, p. 82).

A hipótese do legislador racional, portanto, é uma quase-hipótese dogmaticamente assentada pela dogmática jurídica, é um ideal normativo a partir do qual podemos derivar um conjunto de *regras de interpretação jurídica* (NOWAK, 1969, p. 67) ou meta-normas que podem guiar o processo de interpretação e excluir todas as possíveis interpretações que sejam ma-

nifestamente desarrazoadas e irracionais. Assim, a hipótese da racionalidade do legislador estabelece um parâmetro por meio do qual uma interpretação possível de uma lei pode ser avaliada: “que o legislador é racional significa que ele satisfaz certos critérios de racionalidade” (NOWAK, 1987, p. 138). Portanto, podemos defini-lo como uma estrutura normativa (ou um conjunto de critérios) para a argumentação jurídica.

3.4.2. *Novas considerações sobre a natureza do argumento ad absurdum: o absurdo como ausência de razoabilidade*

Como mencionado anteriormente, mesmo no seu sentido não estritamente lógico, o *argumentum ad absurdum* é uma espécie forte de forma de argumento, já que ele pressupõe um grau especial de certeza sobre a inaceitabilidade de uma asserção jurídica. Pode-se notar, portanto, que o conceito de absurdo pode ser entendido de modo semelhante à hipótese do legislador racional, ou seja, como uma estrutura normativa para a argumentação jurídica.

O argumento apagógico é uma exigência normativa de um grau mínimo de justificabilidade para qualquer enunciado jurídico. A noção de absurdo, aqui, é interpretada como aquilo que é contrário ao conceito básico de “razoabilidade” ou “aceitabilidade social”. Como Perelman argumenta de forma persuasiva, essa ideia “vaga, mas indispensável” funciona sempre como um ponto de vista normativo para a interpretação correta do direito. A distinção entre o “razoável” e o absurdo, sustenta o autor, tem a ver com as fronteiras entre o que pode ser compreendido como dentro da margem de apreciação das autoridades jurídicas e o que está fora dessa área, e pode portanto ser considerado como “socialmente inaceitável” (PERELMAN, 1978, p. 41). Sempre que um oficial do direito está numa posição em que ele pode pretender que certa norma ou solução jurídica pode ser universalmente descartada por sua marcante injustiça, ele pode contar com o *argumentum ad absurdum*

para rejeitar a interpretação que levar a tal norma. Podemos ver, assim, que para Perelman (1978) não é possível identificar o “razoável” sem determinar o “absurdo”.

Mais uma vez, pode-se perceber que a concepção de razoabilidade de Perelman, apesar de inspirada pelo uso de tal noção por juristas continentais, se amolda perfeitamente bem na jurisprudência britânica sobre o controle judicial de atos administrativos. Com efeito, no direito administrativo do Reino Unido, o teste geral para a aceitabilidade do uso da discricionariedade é o famoso “teste de Wednesbury”, enunciado por Lord Greene no caso *Associated Provincial Picture Houses, Limited v Wednesbury Corporation*, onde ele estabelece que as autoridades administrativas devem evitar qualquer decisão que seja “tão absurda que nenhuma pessoa razoável poderia sonhar que ela se encontra dentro dos poderes outorgados à autoridade”⁷. Como é visível, esse teste conecta as ideias de razoabilidade e absurdo da mesma forma que Perelman o faz em seus escritos teóricos.

Se o argumento *ad absurdum* for interpretado nesse sentido fortemente avaliativo, como acreditamos que deva ser, então ele se torna um parâmetro poderoso que desempenha a mesma função que a hipótese do legislador racional.

3.4.3. *Sobre o fundamento do argumento ad absurdum e da hipótese do legislador racional*

A análise dos dois argumentos acima reforçou a nossa convicção de que há uma área comum importante entre o argumento *ad absurdum* e a hipótese do legislador racional. Ambos fazem referência aos mesmos ideais – racionalidade e razoabilidade –, estão dogmaticamente assentados, e pretendem constituir uma estrutura normativa para o raciocínio jurídico.

⁷ *Associated Provincial Picture Houses, Limited v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B 223, 229, per Lord Greene, M.R. (Court of Appeal)

O fundamento das duas formas de argumentação pode ser encontrado no princípio da *razoabilidade*, possível de ser vindicado com a ajuda do conceito de contradições performativas.

Como explica Alexy (2000, p. 141),

“Uma contradição performativa é uma contradição no sentido clássico. O caráter performativo resulta do fato de que somente uma parte da contradição deriva do que é explicitamente estabelecido ao se realizar um ato jurídico, ao passo que a outra parte está implícita na pretensão necessariamente conectada com a realização de tal ato. (...) Ela [uma contradição performativa] está baseada no conceito clássico de contradição, que pode ser aplicado aos atos de produção do direito porque esses atos expressam e implicam conteúdos assertóricos ou proposicionais”.

Pode haver vários tipos de contradições performativas, e todos eles parecem levar a conclusões absurdas ou a “atos ilocucionários autoderrotáveis”⁸. Com a ajuda dessa definição de contradições performativas, Alexy (2000) sustenta que o direito necessariamente erige uma pretensão de correção, pois todos os atos de fala que estabelecem normas compreendem uma asserção implícita de que tais atos são justos e razoáveis.

Para tornar essa noção clara, podemos retomar os exemplos do próprio Alexy. Imaginemos uma assembleia constitucional promulgando uma constituição em um novo Estado, com a seguinte redação para o seu artigo primeiro: “X é uma república injusta”. Imagine, também, um juiz que pronuncie uma sentença com os seguintes conteúdos: “Eu, por meio desta, condeno Y

⁸ Nesse sentido, Searle e Vanderveken (1985, p. 151) classificam uma ilocução como autoderrotável quando “suas condições de sucesso não podem ser obtidas”. Para esses autores, “já que um conjunto de atos ilocucionários é consistente se ele é realizável, nenhum ato ilocucionário autoderrotável é consistente” (SEARLE; VANDERVEKEN, 1985, p. 151).

a 10 anos de prisão, embora isso seja uma decisão incorreta”.

De acordo com Alexy (1989, 1998, 1999a, 1999b, 2000, 2003), esses tipos de enunciados incorreriam em uma contradição performativa porque nenhum oficial do direito pode realizar um ato de fala que estabelece normas sem implicitamente afirmar que a provisão normativa criada por meio da realização de tal ato é justa e correta. Ao explicitamente negar a correção das normas estabelecidas por intermédio de seus próprios atos de fala, a assembleia estaria entrando em uma contradição com a pretensão implícita que ela erigiu quando esse ato estava sendo realizado. Alexy acredita, portanto, que todo oficial do direito necessariamente erige uma pretensão de correção, e ele usa a noção de contradições performativas para fundamentar essa asserção.

Se isso for correto, então não será muito difícil fundamentar a pretensão de que o princípio da razoabilidade está implicitamente enunciado por todos os sistemas jurídicos. A exigência de razoabilidade, na verdade, está sempre incluída na ideia de correção e parece estar também incluída na pretensão de correção que é necessariamente contida em cada ato de criação ou aplicação do direito⁹. Assim, negar a razoabilidade do direito seria tão absurdo como incluir uma “cláusula de injustiça” em um enunciado legislativo. A asserção explícita de que o sistema jurídico é “desarrazoado” iria contradizer a parte implícita dos atos de fala que são realizados ao se

⁹ De acordo com Alexy (1998, p. 208), no núcleo da pretensão de correção haveria: (1) a asserção de que o ato jurídico é substancial e procedimentalmente correto; (2) a pretensão (que gera uma garantia) de justificabilidade de tal asserção; e (3) a expectativa de aceitação da correção por todos os destinatários da norma. Ademais, ele sustenta que a pretensão de correção não é apenas uma pretensão moral, mas também uma pretensão jurídica. E essa pretensão jurídica “guarda correspondência com uma obrigação jurídica, necessariamente conectada aos julgamentos judiciais, de tomar decisões corretas” (ALEXY, 1998, p. 216).

promulgarem quaisquer normas jurídicas. Como Alexy demonstra em seus escritos, a pretensão de correção inclui uma pretensão de razoabilidade e justiça (Alexy 1999a, p. 381), e isso provê o fundamento para a nossa interpretação do argumento *ad absurdum* e para a hipótese do legislador racional.

Visto que uma contradição performativa é também uma contradição em sentido clássico, é analiticamente verdadeiro que todos os sistemas erigem uma pretensão de correção¹⁰.

3.5. As exigências práticas da versão pragmática do argumento *ad absurdum*

O desafio final deste ensaio é prover uma explicação adequada das exigências práticas ou regras de interpretação que podem ser associadas ao argumento *ad absurdum*. Se tentarmos encontrar um catálogo de tais regras na literatura jurídica sobre o argumento apagógico, os resultados serão desapontadores, já que muito pouco é dito sobre essas regras nos escritos sobre o tema. A maior parte da literatura em tal assunto ou é empírica, analisando os tipos de usos do argumento que se pode encontrar na prática jurídica, ou é puramente analítica, lidando com a estrutura do argumento¹¹. Muito pouco se diz acerca de seu significado normativo¹². A principal razão para tanto é a de que o argumento *ad absurdum* ou é um esquema formal, que é capaz de acomodar

¹⁰ Segundo Alexy (2003, p. 39), seus exemplos demonstram que “os participantes em um sistema jurídico necessariamente, em todos os níveis, erigem uma pretensão de correção”.

¹¹ Para enfoques empíricos, que consideram sistemas jurídicos particulares, ver Lazzaro (1970), Wacke (2008), Reggi (1974), Capone (1997) e Daube (1969). Para estudos analíticos, ver Alexy (1989), Klug (1990), Tarello (1980), Guastini (2004), Golding (2001) e Jansen (2007).

¹² Quando se trata da hipótese do legislador racional, a literatura jurídica tende a ser um pouco mais proveitosa em sua dimensão normativa. Veja-se, por exemplo, Bobbio (1971), Ziembinski (1978), Nowak (1969, 1987), Iguartua Salaverría (1990) e Nino (1989).

quaisquer premissas que se possa imaginar, ou um argumento pragmático genérico que apela para consequências tidas como meramente indesejáveis. Em ambos os casos, não é dada uma atenção suficiente ao significado normativo da ideia de “absurdo” e a sua relação com as ideias de racionalidade e razoabilidade. Essa relação só se torna clara quando as identidades entre o argumento *ad absurdum* e a hipótese do legislador racional são estabelecidas, e ambas essas formas de argumentação são reconhecidas como derivando da pretensão de razoabilidade que é entranhada nos atos de fala que estabelecem normas jurídicas válidas.

1. A primeira regra de interpretação que podemos estabelecer exige que o intérprete evite qualquer interpretação que poderia comprometer a *autoridade* do direito. Com efeito, tal interpretação levaria a um ato de fala autoderrotável do legislador, pois uma de suas condições preparatórias estaria ausente, e pode ser obviamente qualificada como absurda. De fato, uma das contribuições mais interessantes da filosofia do direito anglo-saxã foi ter demonstrado a dimensão autoritativa do direito e as condições sob as quais um sistema jurídico pode adquirir o tipo de autoridade efetiva que sustenta a sua normatividade.

Como Raz demonstrou desde seus escritos mais iniciais, “o direito possui autoridade se a existência de uma lei exigindo certa ação é uma razão protetiva para a realização de tal ação; isto é, uma lei possui autoridade se a sua existência é uma razão para se conformar com a ação exigida e para excluir outras considerações que com ela conflitem” (RAZ, 2009, p. 29). Portanto, se alguém propõe uma certa pretensão ou enunciado jurídico que levaria a uma ameaça “à autoridade do direito” ou à rejeição da natureza peremptória das razões jurídicas, essa pretensão ou enunciado deve ser considerada inaceitável em sentido forte.

O caráter autoritativo do direito fornece a base para o tipo de argumento que se encontra em alguns dos usos mais signi-

ficativos do *argumento ad absurdum*. Para citarmos um exemplo, podemos mencionar o voto mais famoso na história do direito constitucional, prolatado quando o Chief Justice Marshall decidiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos era competente para recusar a implementação de leis inconstitucionais. Como McCormick (1983, p. 240) aponta, esse foi um caso típico de argumento baseado em consequências absurdas ou inaceitáveis, como se pode ler na seguinte passagem do voto:

“Aqueles... que contendem acerca do princípio de que a Constituição deve ser considerada, em juízo, como direito permanente, estão reduzidos à necessidade de manter que os tribunais fecham os seus olhos para a constituição, e veem apenas o direito. Esta doutrina subverteria a própria fundação de todas as constituições escritas. Ela declararia que um ato que, de acordo com os princípios e a teoria sobre o nosso governo, é completamente nulo, apesar disso, é na prática completamente obrigatório”¹³.

Podemos ver, portanto, que a principal razão pela qual a interpretação rejeitada por Marshall é considerada absurda é que ela constituiria uma ameaça à autoridade da Constituição. Esse parece ser, de fato, um *standard* de argumentação que é aceito em culturas jurídicas muito diferentes. Está claro, portanto, que a seguinte regra de interpretação pode ser definida como uma diretiva para o argumento *ad absurdum*:

RI-1: *Ao se determinar o sentido de uma lei, deve-se rejeitar qualquer interpretação que possa comprometer a autoridade do sistema jurídico.*

2. A segunda regra de interpretação que pode ser deduzida da proibição do absurdo é a denominada “regra da justiça”, segundo a qual devemos tratar igualmente os que se encontram na mesma situação e desigualmente os que não se encontram. Essa regra

¹³ *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch) 137 (1803), p. 178.

pode ser reconduzida ao princípio da igual consideração e respeito pelas pessoas, que é considerado por Dworkin (2002) como a virtude soberana em uma sociedade democrática. A formulação mais clássica do princípio pode ser encontrada no Digesto de Justiniano [D.I,1,10,1], como a obrigação de “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*) (MACCORMICK, 2005, p. 115).

Podemos encontrar um exemplo paradigmático do uso do argumento *ad absurdum* na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã sobre se os decretos nazistas que retiraram a nacionalidade de judeus e confiscaram as suas propriedades podem ser considerados juridicamente válidos. Uma vez que nenhuma lei posterior à guerra foi promulgada para lidar com esse problema específico, as autoridades assumiram que o Decreto 11 no que se refere à Lei da Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, ainda se encontrava válido, e que a propriedade perdida por um advogado judeu com base nesse decreto não poderia ser recuperada. Com base nos escritos de Radbruch (2006) no pós-guerra, que negavam validade jurídica a quaisquer leis que atingissem um grau horrível ou “insuportável” de injustiça, a Corte decidiu que o advogado não havia perdido a sua propriedade porque os decretos nazistas em consideração eram desde o início nulos, já que eles “contradizem de forma tão evidente os princípios fundamentais de justiça que o juiz que os aplicar ou lhes reconhecer consequências jurídicas estará pronunciando injustiça ao invés de direito”¹⁴.

O absurdo aqui afetaria a legalidade de leis promulgadas de forma apropriada, já que a sua validade foi repelida sob o fundamento de que agir de acordo com elas

¹⁴ BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198). Cito o caso a partir de Alexy (1999b), cuja tradução foi utilizada. Alexy cita esse exemplo como um caso de aplicação da Fórmula de Radbruch, que estatui que uma lei perde validade jurídica quando ela expressamente renega a ideia de justiça ou atinge um grau intolerável de injustiça. Sobre os argumentos de Radbruch, ver: Radbruch (2006), Paulson (2006) e Alexy (1999b, 2003).

seria entrar em uma “contradição” em um “grau intolerável” com a regra da justiça (ALEXY, 1999b, p. 18)¹⁵.

Podemos ver que no exemplo acima o argumento da injustiça é levado ao extremo, já que o tribunal o empregou para negar validade e aplicabilidade a uma lei apropriadamente promulgada sem ser capaz de apontar qualquer disposição constitucional que levaria à inconstitucionalidade de tal lei.

Esse não é, entretanto, o uso normal do *argumentum ad absurdum* como proibição de injustiça, já que em casos ordinários nós não precisamos ir tão longe.

De fato, nós podemos mencionar também um outro exemplo do Direito Romano, quando Pomponius sustentou que a única interpretação aceitável da *lex commissoria* em um contrato de compra e venda – uma cláusula segundo a qual “ se o preço não é pago a tempo a compra e venda pode ser rescindida” – é a que beneficia exclusivamente o vendedor, pois se não fosse assim o comprador seria capaz de frustrar o contrato a seu bel-prazer, mesmo se o objeto do contrato estivesse danificado ou destruído, como no caso de um prédio construído em um pedaço de terra atingido por fogo ou desastres naturais¹⁶. Como aponta Long (1870, p. 240),

“A *lex commissoria* não tornou a transação uma venda condicional, pois, nesse caso, se a propriedade fosse

¹⁵ Alexy obviamente apresenta esse argumento como uma crítica ao positivismo. Sem embargo, um positivista normalmente iria sustentar que é incorreto concluir que o argumento da injustiça funciona na aplicação do direito apenas se o positivismo for rejeitado. Nos debates de Hart com Radbruch sobre a validade das leis nazistas, por exemplo, Hart deixa muito claro que o positivismo é apenas uma teoria da validade do direito, e não uma teoria sobre como casos difíceis devem ser decididos. Para Hart (1977) seria perfeitamente possível decidir casos envolvendo legislação nazista sem rejeitar o positivismo, desde que se atribuisse efeitos retrospectivos ao direito do pós-guerra.

¹⁶ D.18,3,2-3 (Pomponius). Para um comentário, ver Wacke (2008, p. 456-457).

danificada ou destruída, a perda seria a perda do vendedor, enquanto o comprador, ao não pagar o dinheiro na data em que ele convencionou, falharia em realizar a condição; seria, portanto, uma compra e venda absoluta, sujeita a ser rescindida somente de acordo com a vontade do vendedor, se o dinheiro não for pago na data convencionada; e conseqüentemente se após o acordo a propriedade for perdida ou destruída antes da data acordada para o pagamento, a perda atinge o comprador”.

Como se vê, o argumento de Pomponius para classificar a *lex commissoria* como um privilégio do vendedor, em vez de uma compra e venda condicional, é a única forma de se atingir um equilíbrio no contrato e evitar injustiças flagrantes que poderiam eventualmente ocorrer caso o comprador pudesse beneficiar-se com sua própria torpeza. Nesse caso, a interpretação criticada com base no argumento *ad absurdum* é de fato incorreta do ponto de vista da justiça distributiva, já que ela falha ao tratar diferentemente sujeitos que se encontram em situações completamente diferentes, permitindo que o comprador obtenha vantagem do fato de ele próprio não cumprir a sua obrigação.

De fato, em ambos os casos (o alemão sobre a validade do direito nazista e a do argumento de Pomponius sobre a interpretação da cláusula da *lex commissoria*) aplicou-se a “Regra da Justiça” para rejeitar uma interpretação que levaria a resultados severamente injustos.

As duas regras de interpretação que seguem parecem ser implicadas pela formulação de Radbruch sobre a Regra da Justiça, e podem ser geralmente aceitas em todos os sistemas jurídicos desenvolvidos:

RI-2: *Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que traga injustiça insuportável para o sistema jurídico.*

RI-2': *Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que poderia levar à con-*

clusão de que o legislador explícita ou implicitamente desdenha da ideia de justiça.

Sem embargo, essas regras podem ser interpretadas em diferentes sentidos. Quando comparamos as decisões alemãs sobre a validade das leis nazistas com o argumento de Pomponius sobre a *lex commissoria*, podemos ver que eles se diferenciam em um importante sentido, pois a primeira implica a perda da validade de leis formalmente promulgadas, ao passo que a segunda meramente seleciona uma das interpretações compatíveis com o significado ordinário das palavras contidas na cláusula.

Na sua interpretação forte, as regras RI-2 e RI-2' afetam a *validade* de uma disposição legal, já que nenhuma lei pode ser aceita como válida se ela alcança o nível mais extremo de injustiça. Na sua formulação frágil, por sua vez, elas ajudam a escolher entre as interpretações de uma lei que são permitidas pelo sentido literal dos seus textos, mas elas não vão tão longe a ponto de pretender que uma lei é nula por causa de seu conteúdo injusto.

Tanto no direito britânico, por exemplo, quanto no direito brasileiro, parece que os juízes tendem a aceitar a versão frágil e a rejeitar a forte, já que a famosa Regra de Ouro da interpretação legal está limitada à “construção do sentido das leis”¹⁷.

Sem embargo, há fortes argumentos para ambas as versões do argumento *ad absurdum* enquanto Regra da Justiça, e podemos por enquanto deixar em aberto

¹⁷ *Grey v. Pearson* [1857] 6 HL Cas 61, 106; 10 ER 1216, 1234. No direito brasileiro, de modo semelhante, o Ministro Marco Aurélio se manifestou nos seguintes termos: “Senhor Presidente, desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possui. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo” (BRASIL, 1993).

a questão de qual dessas interpretações deve prevalecer na aplicação do direito. Para o momento é suficiente dizer que a interpretação frágil das regras RI-2 e RI-2' tende a ser geralmente aceita em sistemas jurídicos desenvolvidos.

3. A terceira regra de interpretação que decorre da proibição do absurdo exige que se evite uma interpretação que levaria uma norma a entrar em conflito com outra norma do sistema.

Talvez uma das explicações mais interessantes dessa interpretação do argumento *ad absurdum* seja a de Kloosterhuis (2007), que distingue duas formas do argumento apagógico. Enquanto a forma mais fraca é a dos argumentos pragmáticos genéricos, a forma mais forte (ou o argumento *ad absurdum* em sentido estrito) faz referência a uma norma indiscutível ou a um conjunto hipotético de consequências que são logicamente derivadas dela. Uma decisão holandesa sobre o âmbito normativo da locução “ato de vontade”, na Seção 5:23 do Código Civil Holandês, foi citada como um caso paradigmático de uso do argumento *ad absurdum* nesse sentido estrito. Nesse caso, um balão de ar quente pousou nas adjacências de duas propriedades, causando dano aos seus proprietários devido ao fato de que vários animais fugiram ou morreram sufocados. Os fazendeiros processaram os proprietários do balão e ameaçaram proibir a remoção do balão de suas propriedades até que eles recebessem compensação financeira pelas perdas causadas pelo pouso. Na defesa, os proprietários do balão argumentaram que, uma vez que o evento em questão (o pouso) não foi um ato de vontade no sentido do artigo 5:23 do Código Civil, não havia direito de retenção do balão. Os fazendeiros, por sua vez, argumentaram que o pouso do balão foi um ato de vontade no sentido do artigo 5:23. Esse artigo estabelece que quando um objeto (ou um animal) encontra o seu caminho em direção à propriedade de outra pessoa por qualquer maneira que não

seja por um ato de vontade ou negligência do proprietário, esse objeto pode ser capturado e removido pelo proprietário se e quando ele assim o requerer. Portanto, se o pouso de um balão for considerado um ato de vontade, há um direito de retenção para os fazendeiros; se não, o balão pode ser removido sem prévio pagamento de indenização pelos danos causados por ele (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 68).

À luz desses fatos, e levando em consideração outra norma cujo significado é incontroverso (uma regra legal expressamente autorizando o pouso de balões em qualquer lugar exceto em áreas densamente povoadas), o tribunal sustentou que:

“A interpretação de que um ‘ato de vontade’ como definido na Seção 5:23 do Código Civil Holandês deve ser tido como realizado ao se escolher um local específico para o pouso na última fase do vôo é falsa;

Porque: Se essa interpretação for verdadeira, todo pouso com sucesso será um ato de vontade;

E: a premissa de que todo pouso de sucesso é um ato de vontade se encontra em confronto com o provimento no direito holandês da aviação que permite balões de ar pousarem em qualquer lugar exceto em estradas públicas e áreas densamente povoadas, industriais ou de porto” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 71).

Aqui, a Corte não está se referindo a um tipo genérico de argumentação pragmática, mas a um argumento *sistemático*. De acordo com a classificação de McCormick e Summers (1991) dos argumentos interpretativos¹⁸, o caso poderia ser um

¹⁸ Ao se referir à classificação dos argumentos interpretativos de McCormick e Summers, Kloosterhuis sustenta que o argumento *ad absurdum* pode expressar de um lado um argumento sistemático que envolve uma “contradição ou inconsistência entre uma interpretação proposta de uma regra jurídica e uma interpretação ou premissa incontroversa, geralmente aceita” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 72), ou, de outro lado, uma forma de argumento a partir de

exemplo de argumento sistemático do grupo dos argumentos de “harmonização contextual”¹⁹. Esse argumento entra em cena para preservar a consistência da legislação. O argumento *ad absurdum* em sentido estrito expressa uma contradição entre o conteúdo de uma norma cujo significado é pressuposto pelos participantes do discurso e o conteúdo de uma interpretação de outra norma testada hipoteticamente pelo falante²⁰.

Como é visível, essa terceira versão do argumento descreve-o como equivalente ao requisito geral da consistência na aplicação do direito. Ao se decidir um problema jurídico, o juiz deve descartar qualquer interpretação que leve a uma contradição no sistema jurídico²¹.

A seguinte regra de interpretação, portanto, deve ser afirmada:

razões substantivas em que a força da argumentação “não depende da natureza autoritativa que as razões possam ter” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 73). O primeiro é o sentido estrito do *argumentum ad absurdum*, enquanto o último é o sentido amplo de tal argumento.

¹⁹ Os onze tipos de argumentos propostos por McCormick e Summers (1991, p. 512-516) são esses: 1) Argumentos linguísticos: (i) argumentos a partir do sentido ordinário e (ii) argumentos a partir do sentido técnico; 2) Argumentos sistemáticos: (iii) argumentos de harmonização contextual, (iv) argumentos por precedentes, (v) argumentos por analogia, (vi) argumentos lógico-conceituais, (vii) argumentos a partir dos princípios gerais do direito e (viii) argumentos a partir da história; 3) Argumentos teleológicos/avaliativos: (ix) argumentos sobre o propósito da lei e (x) argumentos a partir de razões substanciais; 4) Argumentos transcategoriais: (xi) argumento da intenção.

²⁰ A diferença entre o argumento *ad absurdum* nesse sentido e a versão estritamente lógica do argumento, analisada acima (ver supra, n.1) é que enquanto o último pressupõe uma contradição interna do falante, o primeiro aplica-se quando a interpretação proposta não é consistente com outra norma pertencente ao sistema jurídico.

²¹ No mesmo sentido, ver Bobbio (1971, p. 244-245) e Lazzaro (1970, p. 96). A diferença entre o uso de Kloosterhuis do *argumentum ad absurdum* e a versão estritamente lógica da *reductio ad absurdum* é que na primeira a norma que contradiz a interpretação proposta não é uma premissa adotada pelo falante, de sorte que não há “contradição interna” no argumento em consideração.

RI-3: *Nenhuma regra jurídica deve ser interpretada em um sentido que entre em conflito com uma norma cujo sentido e validade estejam fora de disputa em um sistema jurídico.*

4. Outro parâmetro de argumentação que está associado ao argumento *ad absurdum* é o que não admite a interpretação uma lei em qualquer sentido que torne suas prescrições ineficientes do ponto de vista da racionalidade instrumental (NOWAK, 1969, p. 68). Nesse sentido, a premissa do legislador racional – e o mesmo poderia ser dito sobre o argumento *ad absurdum* – supõe que o legislador possui um “sentido crítico” e um “conhecimento adequado da realidade” (ZIEMBINSKI, 1978, p. 180), de forma que não se pode interpretar um enunciado normativo particular de tal modo que ele venha a desmentir essa suposição.

Ademais, do ponto de vista da racionalidade instrumental, não se pode admitir uma interpretação que levaria a uma norma empiricamente defeituosa de acordo com o conhecimento disponível (NOWAK, 1987, p. 141), já que as leis em consideração devem ser construídas de modo que preservem a sua eficácia (LAZZARO, 1970, p. 96). De maneira sucinta, o intérprete deve “basear a sua interpretação na ideia de que a norma é o meio mais adequado que uma pessoa razoável pode encontrar para atingir os fins do legislador em uma dada situação” (BOBBIO, 1971, p. 245).

Em um caso relativamente recente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve de decidir sobre o significado da expressão “gleba” no artigo 243 da Constituição, cujo teor literal é o seguinte:

“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O problema aqui estava em definir o significado da palavra “gleba”. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região havia decidido que uma “gleba” era apenas a porção de uma propriedade rural onde plantas psicotrópicas fossem cultivadas, em vez da propriedade inteira. Em recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, entretanto, uma interpretação diferente prevaleceu. Após dizer que “o direito, qual ensinou Carlos Maximiliano, deve ser interpretado ‘inteligentemente de modo que a ordem legal não envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis,’” o tribunal decidiu que a interpretação proposta pela corte inferior “não pode ser aceita, já que ela leva à conclusão absurda” de que 150 metros quadrados de terra seriam expropriados para assentar trabalhadores para cultivar alimentos e plantas medicinais nessa porção insignificante de terra (BRASIL, 2009). O tribunal decidiu, por unanimidade, seguir o voto do Ministro Eros Grau e considerar que a totalidade da propriedade (no caso, uma fazenda de 28.000 metros quadrados) deveria ser expropriada como uma sanção pela cultura de drogas e plantas psicotrópicas, já que se não fosse assim o direito perderia a sua força coercitiva e não obteria a necessária eficácia social.

Como ilustra o caso, a seguinte regra de interpretação pode também ser associada ao argumento *ad absurdum*:

RI-4: *Ao interpretar um enunciado normativo, deve-se construir a norma em um modo tal que os meios adotados pelo legislador sejam adequados para os fins que a norma pretende alcançar.*

5. Finalmente, a última diretiva de argumentação que parece estar conectada ao *argumentum ad absurdum* proíbe que se interprete a norma N em um sentido tal que sua aplicação leve a uma impossibilidade ou a um estado de coisas que pode ser facilmente desmentido pela observação empírica.

No caso *Maclennan v. Maclennan*, por exemplo, a Court of Session escocesa baseou-se no argumento apagógico para determinar o sentido do termo “adultério” no direito de família escocês²². Nesse caso, um homem processou a sua esposa sob o fundamento de que ela teria cometido adultério, já que ela havia dado à luz uma criança mais de um ano depois do último encontro do casal. Na defesa, entretanto, a esposa argumentou que a criança havia sido concebida por meio de inseminação artificial com um doador anônimo, e portanto nenhum ato adúltero de natureza sexual havia ocorrido. O problema chave era decidir se uma gravidez com material genético de um doador anônimo poderia contar como adultério para o propósito de justificar o divórcio. O tribunal decidiu de acordo com o voto de Lord Wheatley, que sustentou que uma inseminação artificial por doador anônimo não constitui adultério de acordo com o direito escocês. Ainda que isso “constitua uma séria ofensa material contra um marido que não consentiu”, ele diz, o direito não pode aceitar esse fato como fundamento sob o qual o divórcio pode ser deferido, já que se fosse assim uma esposa poderia cometer adultério com um homem morto, o que seria um absurdo²³.

Pode-se dizer, portanto, que o argumento *ad absurdum* implica que nenhuma regra pode ser interpretada de modo que ela exija ações impossíveis ou asserções fáticas contrárias à evidência empírica.

Portanto, a seguinte regra de interpretação pode ser estabelecida:

RI-5: *Ao interpretar uma lei, deve-se construir a norma de modo que nenhuma ação impossível ou asserção fática que pode ser facilmente falsificada pela evidência empírica possa resultar de tal norma.*

²² *Maclennan v. Maclennan* (1958) S. C. 105, per Lord Wheatley.

²³ (1958) S. C., 114.

4. Considerações finais

Nossa análise levou-nos às seguintes teses, que são enunciadas à guisa de conclusão.

1. O *argumentum ad absurdum* pode ser entendido em dois sentidos. Como um argumento estritamente lógico, ele pode ser descrito como uma clássica *reductio ad absurdum*, de acordo com a qual uma conclusão pode ser rejeitada quando quer que o seu proponente esteja comprometido com visões contraditórias. Nesse caso, o argumento é internamente defeituoso, no sentido de que a conclusão não pode ser suportada por suas premissas. A *reductio ad absurdum* é um argumento válido que pode levar a uma demonstração indireta desse defeito.

2. Ademais, o argumento *ad absurdum* pode ser entendido também como um argumento pragmático. Um argumento pragmático é um argumento sobre a desejabilidade ou a não desejabilidade de uma dada consequência. No raciocínio jurídico, entretanto, o *argumentum ad absurdum* é um caso especial de argumento pragmático cujo traço distintivo é que ele pressupõe uma avaliação forte contra a interpretação rejeitada por tal argumento. Na argumentação jurídica, juristas tendem a entender o *argumentum ad absurdum* nesse segundo sentido, já que a clássica *reductio ad absurdum* se torna trivial e desnecessária, pois as regras elementares da lógica são suficientes para rejeitar a conclusão considerada pelo falante.

3. Para entender a força especial da versão pragmática do argumento *ad absurdum*, que parece ser o tipo de argumento adotado pelos juristas como fundamento para suas pretensões e decisões, devem-se considerar os fatores seguintes.

4. Primeiramente, o argumento *ad absurdum* não é o mesmo que uma forma genérica de argumentação consequencialista. Enquanto o primeiro lida apenas com fatos hipotéticos e consequências jurídicas, a última costuma incluir consequências proba-

bilísticas que não podem ser demonstradas pelo falante. Portanto, apenas o primeiro possui uma força argumentativa relevante.

5. O contexto em que o argumento *ad absurdum* é empregado é o da argumentação acerca da interpretação correta de uma lei. O falante analisa a sua própria interpretação à luz de uma alternativa, que é considerada inaceitável. O *argumentum ad absurdum*, portanto, é sempre um argumento comparativo.

6. O *argumentum ad absurdum* possui uma importante área comum à hipótese do legislador racional. Ambos são parâmetros normativos que exigem que o intérprete estabeleça o sentido de uma norma de modo que este seja racional e razoável. O princípio básico que fundamenta a ambos é o princípio da razoabilidade. Com efeito, como Perelman (1978) demonstrou, não se pode saber o que é razoável sem determinar o que é absurdo, pois esses predicados são correlatos no sentido de que onde quer que um esteja presente, o outro estará ausente.

7. A validade do princípio da razoabilidade pode ser demonstrada com a ajuda do conceito de contradições performativas. Quando Alexy demonstra que os oficiais do direito necessariamente erigem uma pretensão de correção quando eles enunciam os atos de fala que estabelecem normas, essa demonstração é também útil para fornecer o fundamento da exigência de razoabilidade na argumentação jurídica. A pretensão de correção inclui uma pretensão de razoabilidade e a proibição de absurdo e irracionalidade.

8. Nos usos da versão pragmática do argumento *ad absurdum*, as seguintes regras de interpretação parecem vincular juristas de diferentes tradições jurídicas: RI-1: Ao se determinar o sentido de uma lei, deve-se rejeitar qualquer interpretação que possa comprometer a autoridade do sistema jurídico. RI-2: Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que traga injustiça insuportável para o sistema jurídico. RI-2': Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que possa levar

à conclusão de que o legislador explícita ou implicitamente desdenha da ideia de justiça. RI-3: Nenhuma regra jurídica deve ser interpretada num sentido que entre em conflito com uma norma cujo sentido e validade estejam fora de disputa em um sistema jurídico. RI-4: Ao interpretar um enunciado normativo, deve-se construir a norma de modo tal que os meios adotados pelo legislador sejam adequados para os fins que a norma pretende alcançar. RI-5: Ao interpretar uma lei, deve-se construir a norma de modo que nenhuma ação impossível ou asserção fática que pode ser facilmente falsificada pela evidência empírica possa decorrer de tal norma.

Essas teses são importantes e alcançam o objetivo deste ensaio porque, consideradas conjuntamente, as regras de interpretação enunciadas acima definem o significado normativo do *argumentum ad absurdum* na interpretação da lei. Pode-se confiar nelas e considerá-las um conjunto confiável de diretivas para a argumentação jurídica, permitindo-nos distinguir entre usos corretos e incorretos de tal tipo de argumento, de modo a esclarecer o papel específico desempenhado pelo argumento apagógico no contexto dos discursos jurídicos.

Referências

ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. New York: Oxford University, 1989.

_____. *Law and correctness*. Current Legal Problems, Oxford, v. 51, p. 205-221, 1998.

_____. A defence of Radbruch's formula. In: DYZENHAUS, David (Ed.). *Recrafting the rule of law: the limits of the legal order*. Oxford: Hart, 1999a.

_____. The special case thesis. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999b.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: bulygin's critique. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.

_____. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University, 2003.

- BOBBIO, Norberto. Le bon législateur. In: HUBIEN, Hubert (Org.). *Le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*. Bruxelles: Bruylant, 1971.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Especial nº 140265/SP, de 20 de outubro de 1992. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 28 maio 1993.
- _____. Superior Tribunal Federal (Plenário). Recurso Especial nº 543974/MG, de 26 de março de 2009. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2009.
- CAPONE, Piera. Valore ed uso giurisprudenziale di absurdus/e. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, v. 63, p. 197-257, 1997.
- DAUBE, David. Reductio ad absurdum. In: _____. *Roman law: linguistic, social and philosophical aspects*. Edinburgh: Edinburgh University, 1969.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 1978.
- _____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2002.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, v. 1, p. 69-98, 1994.
- FETERIS, Eveline. The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: a pragma-dialectical perspective. *Argumentation*, v. 19, n. 4, p. 459-470, Nov. 2005.
- GOLDING, Martin. *Legal reasoning*. Toronto: Encore, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: DWORKIN, Ronald (Org.). *The philosophy of law*. New York: Oxford University, 1977.
- IGUARTUA SALAVERRÍA, Juan. El postulado del legislador racional. *Revista Vasca de Administración Pública*, Onāti, n. 28, p. 113-125, 1990.
- JANSEN, Henrike. Refuting a standpoint by appealing to its outcomes: reductio ad absurdum vs. argument from consequences. *Informal Logic*, Ontario, v. 27, n. 3, p. 249-266, 2007.
- JUSTINIAN. *The digest of Justinian*. Tradução de Charles Henry Monro. Cambridge: Cambridge University, 1904.
- KLOOSTERHUIS, Harm. Ad absurdum arguments in legal decisions. In: AGUILÓ-REGLA, Josep (Org.). *Logic, argumentation and interpretation: proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005*. Stuttgart: Franz Steiner, 2007. 5 v.
- KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Tradução de J. C. Gardella. Bogotá: Temis, 1990.
- LAZZARO, Giorgio. *Argomenti dei giudici: estratto dai lavori della ricerca sulla argomentazione giuridica patrocinata dal C.N.R.* Turim: Emilio Bono, 1970.
- LA TORRE, Massimo; PATTARO, Enrico; ARUFFO, Michele. Statutory Interpretation in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- LONG, George. Commissaria lex. In: SMITH, William (Org.). *Dictionary of greek and roman antiquities*. Boston: C. Little and J. Brown, 1870.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.
- _____. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. New York University Law Review, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.
- _____. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005.
- _____; SUMMERS, Robert. Interpretation and justification. In: _____. (Org.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- NOWAK, Leszek. De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. In: PERELMAN, Chaïm (Org.). *Études de logique juridique*. Brussels: Bruylant, 1969.
- _____. A concept of rational legislator. In: ZIEMBINSKI, Zygmunt (Org.). *Polish contributions to the theory and philosophy of law*. Amsterdam: Rodopi, 1987.
- NINO, Carlos Santiago. El modelo dogmático del legislador racional. In: _____. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: con referencia particular a la dogmática penal*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- PAULSON, Stanley L. On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, p. 17-40, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. Le raisonnable et le déraisonnable en droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 23, p. 35-42, 1978.
- RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

- RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2009.
- REGGI, Roberto. L'argomentazione per assurdo e Celso Figlio. In: GROSSO, Giuseppe. *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Torino: Giappichelli, 1974.
- RESCHER, Nicholas. Reductio ad absurdum. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, May 2005. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/reductio>>. Acesso em: 28 jul. 2011.
- RYLE, Gilbert. *Philosophical arguments*. Oxford: Clarendon, 1945.
- SEARLE, John R.; VANDERVEKEN, Daniel. *Foundations of illocutionary logic*. Cambridge: Cambridge University, 1985.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. New York: Routledge-Cavendish, 2006.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.
- TOMASSI, Paul. *Logic*. 8. ed. London: Routledge, 1999.
- WACKE, Andreas. La consideración de las consecuencias de las decisiones jurídicas mediante deductio ad absurdum: en derecho romano y en derecho moderno. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, v. 20-21, p. 451-480, 2008.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decisions. *Rechtstheorie*, Berlin, v. 5, p. 33-46, 1974.
- ZIEMBINSKI, Zygmunt. La notion de rationalité du législateur. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 23, p. 175-187, 1978.

Anotações sobre o conceito do direito à própria imagem do Código Civil

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Sumário

1. Introdução. 2. O direito constitucional à própria imagem. 3. A redação do artigo 20 do CC-2002. 4. Anotações conceituais sobre o artigo 20 do CC-2002. 5. Conclusões.

1. Introdução

É manifesta a projeção da imagem na sociedade do século XXI. A representação gráfica das evocações visíveis do aspecto físico externo que tornam reconhecível e individualizam a figura da pessoa humana teve uma incomensurável expansão, não só quantitativa como também qualitativa. Constata-se essa afirmação com a atual e crescente preponderância da informação visual sobre a escrita-verbal. Em um primeiro instante, a informação visual chega à sensibilidade crítica sem obedecer, necessariamente, às inflexões do raciocínio, pois os efeitos visuais cognitivos, *a priori*, são indolentes às capacidades intelectuais e culturais do sujeito receptor. Dadas essas peculiaridades, a progressiva substituição do verbal pelo visual pode atenuar os traços de racionalidade e, via de consequência, potencializar o descenso e o demérito do discurso crítico.

A fulgente participação da imagem na vida social, utilizada seja para informar, seja como produto de relações comerciais ou qualquer outra relação jurídica, incita o juízo sobre os reflexos não só teóricos, se-

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz é doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Professor Titular III e pesquisador acadêmico do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes.

não também prático-jurídicos da aplicação desse direito. O protagonismo da imagem como um determinante instrumento de informação para a sociedade, a habitual associação da própria imagem com outros bens da personalidade, e sua influência nos meios de publicidade, servem de mote para que se teorize sobre sua proteção jurídica, o que se fará a seguir.

Com efeito, a evolução da sociedade agrária do século XIX à sociedade urbana e industrial do século XX e a transição desta à sociedade digital do século XXI, a maior participação dos indivíduos no exercício do direito de sufrágio e o conseqüente fenômeno da “repersonalização” do Direito outorgaram um significativo destaque e coadjuvaram à conseqüente proteção constitucional da inviolabilidade pessoal. Influenciada pelas Constituições portuguesa e espanhola, a Constituição brasileira estabeleceu expressamente que a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem são direitos invioláveis da pessoa. Decerto, a articulação entre o desenvolvimento social e o direito individual à própria imagem levou à sua inclusão no texto constitucional, e é de se anotar que a força normativa da Constituição possibilitou a deferência à sua autonomia, além de favorecer seu estudo pelos outros ramos do Direito.

Nesse sentido, não basta o direito à própria imagem incursionar na *norma normarum*, pois, dada sua congênita imanência social, também há de ser observado dentro do contexto da legislação infraconstitucional. Passados dez anos da publicação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC-2002) e quase completos dez de sua vigência, o presente texto tem por objeto o exame do conceito do direito à própria imagem nesse diploma normativo, com a finalidade de se perquirir qual interpretação conceitual do direito a própria imagem do Código Civil melhor se compatibiliza com a *Cidadã*. Para tal fito, pautado no método dedutivo, o curso metodológico deste trabalho inicia-se com o oferecimento de algumas precisões

conceituais, contextualiza-se o texto legal com fulcro no método hermenêutico clássico e nos elementos de exegese (genético, histórico, filológico, teleológico e sistemático) aplicáveis à espécie, elabora-se um juízo sobre uma possível interpretação reducionista que beire a inconstitucionalidade, e ao final são feitas as conclusões.

2. O direito constitucional à própria imagem

Nada mais pedagógico que se buscarem as origens conceituais antes de desenvolver qualquer tema a ser pesquisado. Nesse sentido, convém aduzir que a necessidade de proteção contra a arbitrária publicação da imagem humana deriva de uma vindicação individual, segundo a qual a pessoa deve ser o sujeito que consente com a possibilidade de se representar graficamente a sua própria imagem. A própria individualidade cria dois aspectos na configuração jurídica de tal direito: por um lado, uma de exigência de circunscrição, de reserva, de exclusão; e, de outro, estabelece a autonomia jurídica individual e a autodeterminação do indivíduo para projetar socialmente sua figura humana. A primeira garante a exclusão dos demais nesse âmbito individual, protegendo, pois, a inviolabilidade pessoal. Com a segunda, assegura-se a exteriorização da liberdade do indivíduo nas relações sociais: o direito à própria imagem emerge, nessa linha, como uma manifestação concretizada da autonomia privada. Ambas as perspectivas incluem-se no valor da dignidade da pessoa humana e são reforçadas com a proteção constitucional dos direitos fundamentais. O conceito do direito fundamental à própria imagem transita na essência, portanto, sobre estas duas ideias.

Configura-se, dessa forma, uma realidade jurídica na que a imagem humana se afirma como um bem jurídico eminentemente pessoal no plano teleológico e no material-axiológico, com estrutura de

direito fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio sobre uma característica personalíssima: ao titular lhe assiste o direito exclusivo de determinar quem pode representar, gravar, registrar, utilizar ou divulgar sua figura humana (ANDRADE, 1996, p. 132).

Relativamente a isso, convém observar que alguns significados da palavra imagem – do latim *imago, imaginis, imagine* – podem ilustrar essa linha lógico-jurídica antes descrita. Segundo o dicionário Michaelis (2009), a imagem pode ser entendida como: reflexo de um objeto na água, num espelho; representação de uma pessoa ou coisa, obtida por meio de desenho, gravura ou escultura; representação de um objeto por meio de certos fenômenos de óptica ou pela reunião dos raios luminosos emanados desse objeto depois de uma reflexão; representação mental de qualquer forma; imitação de uma forma; semelhança; aquilo que imita ou representa pessoa ou coisa. Essas concepções mostram o que a palavra imagem pode compreender; isto é, que pode referir-se a qualquer imagem, seja de uma coisa, seja de uma pessoa. Sem embargo, importa precisar que a imagem objeto deste trabalho se concebe como uma representação, uma plasmação dos traços essenciais do aspecto físico externo da pessoa humana. A imagem que se está estudando refere-se à individualidade e à capacidade visual comunicativa que integra a dignidade pessoal própria do ser humano (AZURMENDI ADÁRRAGA, 1997, p. 22). Dessa definição inicial já se exclui qualquer outra obra, figura ou representação que não se conecte com a pessoa humana.

Feita essa delimitação, é forçoso concluir como adequado o raciocínio de Royo Jara (1987, p. 25-29), que enumera os elementos que se protegem juridicamente quando se fala do direito à própria imagem: a obra figurativa, produzida por meios tradicionais como a pintura, a escultura, o desenho; a imagem transmitida por meios mecânicos (litografia, gravação etc.); químicos, como

a fotografia ou o cinema; ou eletrônicos (televisão, vídeo); que represente ou reproduza de uma forma visível e reconhecível os traços da figura de uma pessoa humana. O mesmo autor explica que se deve entender a representação como a obra figurativa que substitui a realidade. A reprodução significa a cópia em um ou em vários exemplares. Há quem defenda outra distinção, afirmando que a fixação da figura humana por meio da pintura, da escultura, do desenho, seria uma representação da imagem, ao passo que seria uma reprodução a feita pela fotografia, pelo vídeo, pela televisão (PASCUAL MEDRANO; PABLO CONTRERAS, 2003, p. 63).

É pertinente pontuar que, quando alude à questão terminológica, não sem razão Azurmendi Adárraga (1997, p. 29) considera que é mais adequada a expressão “direito à própria imagem”, pois evoca as ideias de individualidade e reconhecimento como determinantes da realidade jurídica da imagem humana, pois o direito só atua se a representação visível de uma figura humana possa ser atribuída a um sujeito concreto. De outro lado, quando se fala “direito à imagem” *in genere* – e no mesmo sentido “direito de imagem” –, o âmbito de aplicação de tal direito seria demasiado amplo e se estenderia a outras diversas formas externas de referência à personalidade (ou não ligadas à pessoa). Deve-se admitir que se poderia definir esse conceito inicial do direito à própria imagem como a proteção jurídica que se outorga à representação gráfica que se faz, por qualquer meio (tradicional, mecânico, químico, eletrônico) das evocações e/ou expressões visíveis do aspecto físico externo que lhe conferem singularidade (individualidade) e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

Esse direito foi inserido na parte dogmática da Constituição da República de 1988 no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e é citado em três incisos distintos do art. 5º. Essas menções originaram uma discussão doutrinal sobre se se trata do mes-

mo objeto de proteção jurídica ou se existe diferença conceitual entre elas. Apesar de não poder discorrer de forma aprofundada no espaço facultado a este trabalho, é inevitável admitir que o conceito constitucional do direito à própria imagem é único, e não bi ou tripartite (CRUZ, 2008, p. 661).

Ao analisar as três citações no texto constitucional, pode-se conjecturar que, de fato, a intenção do constituinte ao tratar a imagem no inciso X do art. 5º foi inseri-la no contexto da inviolabilidade pessoal, junto com os demais direitos da personalidade ali localizados: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Por outra parte, segundo entendimento doutrinário (ASCENSÃO, 1984, 1987, 1992; CHAVES, 1982; COSTA NETTO, 1981; RABELLO, 1978; SANTIAGO, 2005; TERREL, 2003), no inciso XXVIII, alínea “a”, do artigo 5º, a mensagem principal deste dispositivo é a proteção da imagem de uma pessoa, de forma subsidiária, no contexto do direito de arena, pois se protege o titular da imagem que contribuiu em uma obra coletiva ou espetáculo: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Seguindo essa linha de pensamento, a proteção do disposto no inciso V do art. 5º da Norma Máxima se relaciona com o direito de resposta: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem”. O *iter constituinte* ao se referir ao “dano a imagem” não criou nova fórmula de indenização, porquanto essa espécie de dano se insere no dano moral. Pretendeu sim garantir, de modo eloquente, o direito de resposta e ao mesmo tempo a indenização pela violação ao direito à própria imagem, conferindo a este um papel relevante. Com efeito, a interpretação que se deve

fazer, considerando-se a Constituição um texto normativo articulado, sistematizado e lógico, é que os citados dispositivos constitucionais aludem a um unívoco conceito: a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana (CRUZ, 2008, p. 661).

Sem embargo, a doutrina majoritária brasileira divide o direito à própria imagem em imagem-retrato, que coincide com a proteção das exteriorizações visuais cognitivas da personalidade humana; e imagem-atributo, que consiste na tutela do conceito de imagem social do indivíduo, procedente do desenvolvimento de suas relações sociais (ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; BAPTISTA; VALLE, 2004; BONJARDIM, 2002; DINIZ, 2002b, JABUR, 2000, 2004; NETTO FRANCIULLI, 2004; RODRIGUES, 2005; SOUZA, 2003). Contudo, ao examinar as argumentações da expressiva maioria doutrinária, comprova-se que grande parte dos autores, alguns de maneira manifestamente explícita, e outros por via obliquamente reflexa, aproximam ou confundem o conceito de imagem-atributo com a concepção fática de honra, bem como com o moderno conceito do direito à identidade pessoal.

Efetivamente, a fragilidade da referida tese reside em não delimitar, de modo convincente, o objeto do direito à própria imagem nem aclarar seus objetivos, entrelaçando, de forma confusa, o que seria ofensivo à suposta figura jurídica com as vulnerações à honra e à identidade pessoal. Muitos consideram que os conceitos de “reputação” e “fama” estão protegidos pelo direito à imagem-atributo, não obstante tais figuras serem inerentes ao bem jurídico *honra*. Já dizia Beccaria (2005, p. 47) que *honra* é uma das palavras sobre as quais se fizeram os mais brilhantes raciocínios, sem se *fixar* uma ideia precisa. A concepção fática de *honra* leva a entendê-la como o conjunto de valores, qualidades morais, intelectuais que

determinam o mérito do indivíduo no meio em que vive; é a projeção pessoal a partir da consideração alheia. Representa o valor social do indivíduo, pois está conectado à sua aceitação ou aversão dentro dos círculos sociais em que se desenvolve (CRUZ, 2008, p. 216). A *honra* possui, porém, um duplo aspecto: o subjetivo, compreensivo das representações que o sujeito tem de si mesmo e a vontade de afirmar o próprio valor, e o objetivo, que seria a boa reputação ou fama; isto é, a *honra* pode ser considerada como a estima/sentimento que a pessoa tem de si mesma e a reputação que cada pessoa goza na sociedade ou grupo ao qual pertence (GONZÁLEZ PEREZ, p. 32-33). Na tese que conecta a imagem-atributo a esses conceitos, portanto, predomina, por certo, o conceito vulgar de imagem, ou seja, concepção que não é científica.

De outro lado, não se pode pretender tampouco incluir no conceito de imagem-atributo a verdade pessoal, a história pessoal, a identidade genética ou o “ser você mesmo”, isto é, a exigência de não ver distorcido o perfil individual-social da personalidade da pessoa, pois são bens jurídicos que constituem o objeto do direito constitucional à identidade pessoal. O moderno direito à identidade tem sua gênese positivo-constitucional na Constituição portuguesa de 1976. A doutrina constitucional autorizada tende a conceituá-lo como o direito de a pessoa exigir que sua personalidade não seja representada de maneira infiel, tergiversada, desnaturalizada ou alterada por meio de imputação de condutas, atributos ou qualidades que não tem relação com ela ou pela omissão das características determinantes para sua configuração: o direito a não ver alterado o próprio perfil, psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional (GARCIA, 2001; CUNHA E CRUZ, 2012). Assim, caso se ligue o direito à imagem-atributo a tais conteúdos, não pode ser ele considerado autônomo, porquanto carece de objeto jurídico, não tem regras

próprias, nem se determina por si mesmo, subsumindo-se ou no conceito do direito à honra ou no direito à identidade pessoal.

Em síntese: não pode prevalecer a “híbrida” concepção de imagem-atributo, que ora compartilha imanentes raízes conceituais com a teoria do direito à honra, ora converge com os fundamentos do moderno direito à identidade pessoal, pois suas bases doutrinárias, que sustentam sua hipotética configuração conceitual constitucional, não apresentam consistência teórico-jurídica.

Apesar de instado em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal não discutiu a aqui combatida distinção conceitual do direito à própria imagem (retrato-atributo), talvez porque não se chegou a suscitar essa delimitação. O que se denota, com uma análise percuciente, é que o Máximo intérprete da Constituição ainda mescla, em suas decisões (RE-91328; RE-95872; RE-101280; RE-115838; HC-76689; RE-215984; MS_MC-24832; HC-89429; MS-21468; HC-70668; HC-72212; HC-82405; HC-84778; INQ-496; MS-24405; RE-426561; Rcl-QO-2040), os conceitos de imagem, honra e intimidade¹.

3. A redação do artigo 20 do CC-2002

Atendo-se a uma exegese histórica, a Lei nº 10.406 (CC-2002), diferentemente da Lei nº 3.071 (CC-1916), dedicou-se a proteger, de forma expressa, alguns direitos da personalidade. A inserção desta categoria de direitos deve-se à influência que o Código Civil italiano de 1942 (CCI-1942) teve na redação do correlato brasileiro. Basta uma simples análise comparada dos preceitos referentes a este tema no CCI-1942 para se constatar a similitude com os do anteprojeto de Orlando Gomes (art. 35) e do Projeto

¹ Em curso ante a Primeira Turma do STF (RE-438406, Relator Min. Luiz Fux) um interessante caso sobre o consentimento para a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

de Lei nº 634/75 (art. 21), os dois textos que subsidiaram o CC-2002.

No chamado Anteprojeto Orlando Gomes de reformulação do CC-1916 de 1963, adotou-se, como era de se esperar, a teoria da honra para justificar a inclusão da proteção jurídica imagem. A preponderância da figura da honra nessa época é justificada pela já aludida repersonalização dos ordenamentos democráticos, os quais se voltavam para a proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, esse foi o momento decisivo da gênese da teorização dos direitos da personalidade que se conectavam com a integridade moral, que tinha a honra como a sua maior representante.

Nesse contexto, tanto a intimidade como a imagem eram, portanto, (con)fundidas ou disciplinadas no mesmo enunciado normativo que conferia proteção à honra/integridade moral. Para corroborar esta afirmação, constata-se essa referência no artigo 5º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948², e no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³.

No caso específico da imagem, todo esse contexto normativo reproduziu-se na redação do artigo 35 do mencionado Anteprojeto Orlando Gomes (1989 apud FACHIN, 1999, p. 126), de 1963:

“Art. 35. A publicação, a exposição ou a utilização não autorizadas da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo de indenização.

§1º A proibição só se justificará se da reprodução resultar um atentado à

honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

§2º Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa.”

Convém comentar que Orlando Gomes (1965, p. 133-135), alicerçado pela experiência do Código Civil português de 1867 (art. 359 et seq.) e pelo CCI-1942, foi um dos maiores defensores da inclusão da proteção da integridade moral. Era favorável à proibição da reprodução ou exposição da imagem quando o fato atentasse contra a honra, a boa fama e à respeitabilidade da pessoa retratada. Mas naquela época de interpretação, própria de um tempo e de um espaço, resultava que somente nesses casos o interessado poderia requerer a interrupção da vulneração e exigir a indenização pelo dano que houvesse sofrido.

Seguindo essa linha de pensamento, numa exegese genética, Orlando Gomes (1965, p. 135) justificou a inserção do direito à própria imagem na proteção da integridade moral, pois era necessária a organização de um sistema defensivo contra os abusos que podiam ser cometidas contra a “reputação” de alguém por motivo da reprodução de sua imagem. No mesmo sentido, ao comentar sobre o direito à honra e à integridade moral defendia que “Quando ocorre pela desfiguração injuriosa da imagem reproduzida nos periódicos, no cinema ou na televisão, pode o prejudicado impedir que continue a ser publicada e pleitear o ressarcimento dos danos.” Advogava, pois, que a própria imagem não deveria ser reproduzida sem consentimento, salvo se a fotografia tivesse sido obtida por ocasião de acontecimentos públicos. Poderia, pois, proibir a publicação, sobretudo se, da reprodução, resultasse uma violação à respeitabilidade do titular.

Mais que justificado, portanto, que os doutrinadores da época, incluindo Orlando Gomes, não fizessem uma distinção tão

² “Artigo 5º Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

³ “Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

meticulosa entre os direitos que protegiam a integridade moral. O que se pode concluir que não se considerava ou estudava o direito à própria imagem de modo autônomo, porque subsumida a sua violação unicamente se houvesse ofensa à honra de uma pessoa. Ainda que arquivado, o Anteprojeto de 1963 teve densa influência na redação do posterior CC-2002, e, por certo, serve de apoio para uma correta explicação deste texto.

Por seu turno, voltando a uma exegese histórica, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é um resultado tardio do Projeto de Lei nº 634/75, o qual foi capitaneado, a princípio, por Miguel Reale em 1972, e revisado por uma Comissão em 1973, sendo proposto na Câmara dos Deputados em 1975. Tramitou no Congresso Nacional durante vinte e sete anos, e, desde o término do seu período de *vacatio legis* é a lei genérica para as relações civis do Brasil. É considerado mais moderno e inovador que o Anteprojeto Orlando Gomes; entretanto, absorveu a confusão técnico-jurídica quando trata o direito à própria imagem. Uma exegese meramente gramatical do artigo que versa sobre o direito à própria imagem pode levar ao questionamento sobre sua autonomia:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Este preceito não foi modificado, nem pelo Senado Federal, tampouco pela Câmara

dos Deputados durante a tramitação do mencionado projeto (DINIZ, 2002c, p. 31-33; PASSOS; LIMA, 2012a, p. 7). Por isso, ao se fazer um contraste entre o artigo 35, do “Anteprojeto Orlando Gomes” e a redação do artigo 20, do CC-2002, observa-se que a mensagem informadora do conteúdo material do direito à própria imagem dos dois textos é basicamente a mesma. A diferença manifesta é a inserção dos limites do direito à própria imagem e a forma de redigir a linguagem técnica do artigo 20.

Apesar das apontadas confusões conceituais com a honra/integridade moral, nas duas redações o conceito do direito à própria imagem converge, indisputavelmente, com aquele ofertado no apartado anterior: a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

4. Anotações conceituais sobre o artigo 20 do CC-2002

Ab initio, ressalte-se que, ante o uso dos elementos de exegese (genético, histórico, filológico, teleológico e sistemático), a imagem à qual se refere o legislador civil é a representação gráfica das evocações ou expressões visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana, pois todo o contexto que precede a palavra imagem leva a essa inexorável dedução.

Com efeito, o dispositivo estabelece a regra da limitação voluntária do consentimento quando afirma “salvo se autorizadas”, e prevê alguns limites jurídicos na primeira parte da redação “ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”. Sem embargo, deve ser estimada como incompleta a regulação desses dois institutos, pois, por um lado, não diz o texto se a autorização há de ser inequívoca, tácita ou expressa, onerosa ou

gratuita, tolerante ou autorizante. Omite, também, a possibilidade da revogação e seus efeitos.

É conveniente dizer, no entanto, que há a regra da interpretação restritiva do consentimento, que não necessariamente tem de ser explícita em tal artigo, pois tal signo interpretativo é inerente a qualquer interpretação que se faça dos direitos da personalidade, direitos que desenvolvem o valor da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 1989; CASAS VALLÈS, 1989; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, 1994; GITRAMA GONZÁLEZ, 1962; IGARTUA ARREGUI, 1991; SANTIUMENGE I FARRÉ, 1990). Por outro lado, é elogiável que o CC-2002 haja incluído a palavra “necessária” precedendo os limites do direito à própria imagem, pois o requisito da necessidade, de certa forma, limita o mal uso ou a utilização incondicionada.

Não obstante, o texto legal descreve duas possibilidades de limitar o direito à própria imagem, deixando uma ampla margem para o labor do hermenêuta nesses casos. Não que se diga que fosse exigível uma previsão que incorporasse todos os casos nos que o direito à própria imagem costuma estar em conflito com o interesse público, mas a redação poderia estar, quiçá, mais bem elaborada. Para corroborar esta assertiva, noticia-se, enquanto redigidas estas linhas, que a Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 no STF com o propósito de questionar uma interpretação que se faz dos artigos 20 e 21 do CC-2002, para afastar a necessidade de consentimento do biografado ou demais retratados para a publicação de obras literárias ou audiovisuais, pois em confronto com a liberdade de expressão (EDITORES PEDEM..., 2012).

Essas omissões no artigo 20 do CC-2002 guardam uma grande congruência interna com os demais elementos ali descritos. A circunstância mais criticável é o modo como está concebida a imagem: o seu conceito.

Da redação gramatical, conclui-se que só se protege a imagem da pessoa humana quando sua utilização não seja consentida e [se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais].

Efetivamente, um exame apressado e exclusivamente literal do artigo 20 do CC-2002 pode dar guarida a uma interpretação de que a proteção da imagem do titular está condicionada, a par dos limites e da vulneração do consentimento, à violação concomitante de pelo menos um dos quatro requisitos: 1) ofensa à honra; 2) intromissão ilegítima na boa fama; 3) conspurcação da respeitabilidade ou 4) exploração comercial da imagem sem permissão.

De pronto, é iniludível identificar uma impropriedade técnico-jurídica na redação do preceito, pois se o legislador queria frisar honra, ou somente honra como sinônimo das demais expressões substantivas nucleares, não deveria citar boa fama e respeitabilidade. Entretanto, com uma leitura imediata, a principal discrepância que se deve apontar é a desconsideração da autonomia do direito à própria imagem. Observa-se, todavia, que houve neste artigo um direto influxo do “Anteprojeto Orlando Gomes”, o qual, como visto, ratificava, de modo explícito, a subsunção do direito à própria imagem na proteção jurídica da honra.

Esta inferência “subsumida” é perigosa, pois incompatível com a “vontade da Constituição” (VERDÚ, 1985, p. 06; HESSE, 1991, p. 19). Pelo modo como foi redigido o aludido texto normativo, por exemplo, Francisco Amaral (2006, p. 43-55) interpretou que tal norma pode ser traduzida como “A honra, a boa fama e a respeitabilidade são protegidos pelo art. 20, segundo o qual poderão ser proibidos a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa.” Não que a honra não esteja ali também protegida; contudo, se prevalente um entendimento unicamente

te textual, opta-se por uma clara adoção da teoria da absorção do direito à própria imagem pelo direito à honra – aquele como mero instrumento deste.

Outra incoerência mais grave que se deve indicar é a conflituosa redação do parágrafo único do citado artigo e o parágrafo único do artigo 12, ambos do CC-2002, cuja redação é a seguinte:

“Art. 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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

No entanto, a lei não explicita a existência de um motivo de lógica jurídica para diferenciar, de modo específico, a proteção *post mortem* do direito à própria imagem da regulação dedicada aos demais direitos da personalidade. O equívoco técnico-legislativo ao elaborar o parágrafo único do artigo 20, tal e como está redigido, pode restringir, de maneira infundada e inadequada, a defesa da representação da figura humana de pessoa falecida (CAMPOS, 2007; CABEZUELO ARENAS, 1999; MIRANDA; MEDEIROS, 2005; PASCUAL MEDRANO; PABLO CONTRERAS, 2003; PINTO, 2000).

Em que pesem todas as impropriedades técnico-jurídicas da redação do artigo 20 do CC-2002, é imprescindível e juridicamente necessário analisá-lo de acordo com a Constituição. É imperioso admitir que se deve rechaçar qualquer intento de alteração ou menosprezo do conceito do direito à própria imagem, porque tal interpretação vulneraria diretamente os incisos IV; X e XXVIII, “a”, do art. 5º, que lhe conferiram robusta, gramatical, inequívoca e indisfarçável autonomia. A pura literalidade do artigo 20 do CC-2002 diante de uma leitura

reducionista poderia, portanto, contrariar a emancipação do direito à própria imagem, augurada pelo texto constitucional de 1988. Neste sentido, a interpretação míope do citado artigo deve ser nominada de flagrantemente inconstitucional.

Com efeito, apoiando-se em uma exegese histórica, não foi uma interpretação minimalista a empregada por Miguel Reale na “Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, escritas em 16 de janeiro de 1975. Segundo Reale (1975 apud PASSOS; LIMA, 2012b, grifo nosso):

“17.c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. *Tratando-se de matéria de per se complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.*”

Na mesma “Exposição de Motivos”, há exortação para que o intérprete daquele texto, no momento de examinar as diretrizes fundamentais que informam o projeto do CC-2002, deve ter em conta que “4.a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global do Direito Privado [...] 4.p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade (...)”. No mesmo sentido, o senador Josaphat Marinho (BRASIL, 1997, grifo nosso), relator-geral do Projeto de Código Civil no Senado Federal, argumentou que:

“há de se compreender que o atual Projeto de Código Civil adota critério de normas concisas e flexíveis, destinadas a facilitar a abrangência da realidade e das concepções jurídicas sempre em mutação (...) *As leis por*

mais bem feitas que sejam não abrangem nunca toda a realidade que avança sempre além da norma. Captada a essência das mudanças, como no caso está, é de recomendável técnica legislativa reservar ao saber dos doutrinadores e à objetividade da jurisprudência a depuração, no tempo, dos aspectos demasiados polêmicos e de minúcias excessivas. O Projeto de Código Civil reflete essa imagem de segurança e flexibilidade, no tocante aos direitos da personalidade, como no conjunto de suas disposições."

Ante tais circunstâncias, é pertinente fazer algumas ponderações. De um lado, tanto o supervisor do projeto embrionário como o relator-geral no Senado Federal afirmam que o CC-2002 não regula de forma completa o tema dos direitos da personalidade, nos quais está inserto o direito à própria imagem. De outro, pode-se separar a última parte dessa explicação, na qual se afirma que a doutrina e a jurisprudência ajudarão no labor de concretizar os direitos da personalidade. É patente, portanto, que o CC-2002 não trata com profundidade o tema dos direitos da personalidade, e que tampouco foi exaustivo quando regulou o direito à própria imagem, pois não era essa a *mens legislatoris*, e não é essa sua exegese histórica.

O que se deve inferir, portanto, é que o texto do artigo 20 do CC-2002 trata de exemplos abertos (*numerus apertus*) das formas de violação – e consequentemente de proteção – do direito à própria imagem. Em outras palavras, o que se quer frisar com este trabalho é que há uma vívida e periclitante possibilidade de imputar uma inconstitucionalidade ao artigo 20 do CC-2002: quando interpretado tendo em mente um conceito do direito à própria imagem sem a autonomia que a Constituição outorgou. Para que se faça uma interpretação *in harmony with the Constitution* (CANOTILHO, 2003, p. 1310 et seq.) do dispositivo normativo objeto desse texto, deve-se examiná-lo aplicando os elementos de exegese genético, histórico,

teleológico e sistemático, o que, por certo, recairá no entendimento de que o artigo 20 do CC-2002 somente exemplifica algumas das possibilidades de ofensa à imagem humana, não as considera taxativas, exaustivas, fechadas, enclausuradas ou absolutas. Por derradeiro, que a redação do texto legal admite tantas outras mais possibilidades de violações ao direito à própria imagem quantas forem as constitucionalmente adequadas, pois esta é a teleologia do preceito.

5. Conclusões

As conclusões podem ser condensadas em três tópicos:

a) O artigo 20 do CC-2002 tratou o direito à própria imagem como a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana;

b) Numa interpretação conforme a Constituição, a qual confere indevassável autonomia ao direito à própria imagem, deve prevalecer o entendimento de que o artigo 20 do CC-2002 somente exemplifica algumas das possibilidades de ofensa à imagem humana, não as considera taxativas, exaustivas, fechadas, enclausuradas ou absolutas; e

c) A redação do artigo 20 do CC-2002 admite tantas outras mais quantas forem as constitucionalmente adequadas, pois esta é a teleologia do preceito.

Referências

AMARAL, Francisco. A parte geral do novo Código Civil Brasileiro: influência do Código Civil Português. In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 43-55. (A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, v. 2).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. *Revista do Advogado*, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

_____. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 515-531.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos de não-atletas participantes de espetáculo desportivo público. *Tabulae*, Juiz de Fora, v. 16, n. 13, p. 23-52, dez. 1984.

_____. Direito ao Espectáculo. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 366, p. 41-55, maio 1987.

_____. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n. 167, p. 37-42, 1992.

AZURMENDI ADÁRRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Civitas, 1997.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer final nº 749, de 1997*. Relator: Senador Josaphat Marinho. Diário do Senado Federal, Brasília, 15 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=57207&tp=1>>. Acesso em: 09 jul. 2012.

CABEZUELO ARENAS; Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen. *La Ley*, Madrid, n. 1, p. 1577-1586, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. *Revista O Direito*, Lisboa, ano 139, v. 2, p. 245-253, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978: Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Madrid, n. 6, 2003.

CASAS VALLÈS, Ramón. Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación. *Poder Judicial*, Madrid, n. 14, p. 131-41, jun. 1989.

CHAVES, Antônio. *Direito de arena: transmissão, via rádio e TV dos grandes espetáculos esportivos, carnavalescos, etc.* Campinas: Julex Livros, 1988.

_____. Direito de arena. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 235-256, jan./dez. 1982.

_____. Direito de arena, também um direito do juiz. *Revista brasileira de educação física e desportos*, São Paulo, v. 11, n. 50, p. 33-35, abr./set. 1982.

CHINCHILLA MARÍN, Maria Carmen. Sobre el derecho de rectificación. *Poder Judicial*, Madrid, n. 6, p. 71-82, 1987.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad e la propia imagen. *Anuario de derecho civil*, Madrid, v. 47, n. 3, p. 31-69, 1994.

COSTANETTO, Jose Carlos. Direito de arena, a defesa do atleta. *Revista brasileira de Educação Física e Desportos*, São Paulo, v. 10, n. 47, p. 11-12, jul./set. 1981.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988*. 2008. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/866/la-configuracion-constitucional-del-derecho-la-propia-imagen-en-la-constitucion-brasilenade-1988/>>. Acesso em: 21 ago. 2012

_____. Anotações sobre o Direito Constitucional à Própria Identidade. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BAETA NEVES, Mariana de Barboza (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 477-494.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

_____. Direito à imagem e a sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002b. p. 79-106.

_____. Comentários ao Código Civil Brasileiro. In: FIUZA, Ricardo et. al. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002c.

EDITORES pedem fim da necessidade de autorização para publicação de biografias. *Portal do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 06 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211804>>. Acesso em: 09 jul. 2012.

FACHIN, Zulmar Antônio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: C. Bastos Ed., 1999.

GARCIA, Enéas Costa. Direito à identidade pessoal. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 165-197.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Imagen: derecho a la propia. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, v. 11, p. 301-376, 1962.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor. Madrid: Civitas, 1993.

IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 11-44. v.1.

MICHAELIS. Dicionário de Português Online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=imagem>>. Acesso em: 21 ago. 2012

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. v.1.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

NETTO FRANCIULLI, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a constituição federal. *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 19-38, jan./jun. 2004.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional. *Ius et Praxis*, Talca, v. 7, n. 2, p. 327-356, 2001.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012a. v. 1. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2012.

_____; _____. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012b. v. 4. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2012.

PASCUAL MEDRANO, Amelia; PABLO CONTRE-RAS, Pedro de. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Navarra: Aranzadi, 2003.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PUYOL MONTERO, Francisco Javier; GENEROSO HERMOSO, Flor. *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de Derecho al honor, a la intimidad y Derecho de rectificación*. Madrid: Edigener, 1991.

RABELLO, Jose Geraldo de Jacobina. Do Direito de arena. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 13-18, set./out. 1978.

RODRIGUES, Cláudia. Direito autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 59-68, set. 2005.

ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen, actores e personas de notoriedad publica: según la ley 5 de mayo de 1982*. Madrid: Colex, 1987.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Direito de arena. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 226- 240, abr./jun. 2005.

SANTIUMENGE I FARRÉ, Josep. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo. In: CODERCH, Pablo Salvador et al (Coord.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 380-381.

SORIA, Carlos. El Derecho de Rectificación: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de diciembre de 1986. *Documentación de las ciencias de la información*, Madrid, n. 12, p. 27-40, 1989.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Forense*, São Paulo, v. 99, n. 367, p. 45-68, maio/jun. 2003.

TERRELL, Joseph Robert. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 9, n. 11, p. 17-21, nov. 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Reus, 1985.

A teoria do fato social em Durkheim e os elementos de conexão para uma análise sociológica do tributo

Maurin Almeida Falcão

Sumário

1. Introdução. 2. A noção de fato social e de solidariedade em Durkheim. 3. Do fato social de Durkheim à sociologia financeira de Schumpeter. 4. O intervencionismo como meio de coesão social e motor das transformações sociais. 5. Conclusão.

*“Hélas ! Qu'y a-t-il de certain dans ce monde, hormis la mort et l'impôt ?”,
Benjamin Franklin, 1789.*

1. Introdução

O tributo como fato social constitui-se em um traço importante para entender a evolução dos povos, das instituições políticas e de suas transformações. Presente nas mais remotas formas de organização social, o tributo justificou as conquistas na Antiguidade, revelando-se então como meio de extorsão. As relações sociais eram marcadas pelas diferenças nítidas entre as classes sociais sendo que apenas a parte mais frágil da sociedade era submetida ao sacrifício fiscal. Nessa situação insustentável, determinados indivíduos chegavam até abandonar a vida em sociedade, embrenhando-se em regiões desertas para escapar da obrigação de pagar tributo e da pena de morte em função do descumprimento do dever perante a sua organização social. Mais tarde, no medievo, o tributo passou a ter uma configuração dominial,

Maurin Almeida Falcão é doutor em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Paris XI-Sud. Professor no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Pesquisador-visitante no Grupo Europeu de Pesquisa em Finanças Públicas da Universidade de Paris I-Panthéon-Sorbonne.

em que os indivíduos eram submetidos às pesadas corveias impostas pelo senhor feudal que, em contrapartida, lhes oferecia terra e proteção. Com a crise econômica no medievo, o tributo torna-se propriedade do senhor absolutista, inaugurando o período regaliano. Bem antes, o inconformismo dos barões ingleses levava ao surgimento do princípio do consentimento ao tributo. Em 1215, a Magna Carta do Rei João sem Terra deu o primeiro passo ao que seria mais tarde, por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a consagração daquele princípio, juntamente com o princípio da capacidade contributiva, lançando as bases da tributação moderna.

A passagem do Estado de natureza para o contratualismo social trouxe consigo a legitimação do sacrifício fiscal. Diante da necessidade de os indivíduos arcarem com o ônus da vida em sociedade, mais precisamente com vistas à eficiência coletiva, é que o tributo começa a ser esboçado como o motor da coesão social. Deve ser observado que o fim do Estado mínimo em proveito do Estado-providência, marcou a passagem da tributação liberal para o modelo da tributação social-democrata, o que trouxe grandes transformações nas estruturas tradicionais do Estado em decorrência da eclosão do intervencionismo. Os efeitos sociais perversos da Revolução Industrial, causados pelas falhas do mercado liberal, demandaram a ação do Estado com o intuito de equilibrar as relações desiguais entre o capital e o trabalho. Esse cenário seria propício ao florescimento de uma nova ciência: a sociologia. Durkheim, influenciado pelo socialismo de cátedra, publicou duas obras importantes para a afirmação da sociologia, *Da divisão do trabalho social* e *As regras do método sociológico*, as quais se fundamentaram, em sua essência, nos conceitos de solidariedade e de fato social. Por outro lado, Schumpeter esboçou conceitos que estariam na origem da sociologia financeira, ao observar que para compreender a natureza e a evolução do Estado, seria preciso recorrer à

sociologia histórica das finanças. Nessa hipótese, a origem e a evolução do Estado fiscal estariam estreitamente relacionados à economia e às mudanças sociais, o que se coaduna com o próprio objetivo da sociologia como ciência das instituições.

Com o escopo de demonstrar quais seriam os elementos de conexão entre essa nova ciência e o tributo, este trabalho propõe-se a analisar, em um primeiro momento, a teoria do fato social em Durkheim e o seu conceito sobre a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. Em uma segunda abordagem, a análise estabelece uma aproximação entre o fato social de Durkheim e os pressupostos da sociologia financeira de Schumpeter. Finalmente, no último tópico, tentar-se-á reforçar a noção do tributo e de seus efeitos econômicos, políticos e sociais, por meio dos fundamentos da doutrina intervencionista, a qual se revelou terreno fértil para a aplicação das teorias desenvolvidas por Durkheim.

2. A noção de fato social e de solidariedade em Durkheim

Durkheim (2002, p. 6) definiu a sociologia como “a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento”. A sociologia se ocupa, ainda, do estudo dos chamados fenômenos sociais totais, os quais estão relacionados com os fatos sociais decorrentes do comportamento instituído pela coletividade. Compõem esse estudo, a elaboração de dados estatísticos, dados de observação e a constituição de modelos descritivos, permitindo, dessa forma, a obtenção da amostragem necessária à melhor compreensão dos estratos sociais, o que proporcionou à disciplina a sua natureza científica. A sociologia sendo entendida como observação metódica dos fatos sociais busca a descoberta de regularidades e a formulação de leis próprias (QUINTANEIRO, 2001, p. 9). Esse pressuposto tem a sua origem nas lições de Henri de Saint-Simon (1760-1825), que propôs a

aplicação do método científico aos fatos sociais (LAJUGIE, 1994, p. 39). Contudo, seria Émile Durkheim (1858-1917), em sua obra *As regras do método sociológico*, publicada em 1895, que proporia uma teoria do fato social a partir de uma ciência sociológica objetiva e científica, como nas ciências físico-matemáticas. É importante notar que a teoria do fato social definiria finalmente o objeto da sociologia, tendo se consolidado, a partir de então, como disciplina científica. Com efeito, Durkheim teve como preocupação a definição precisa do objeto, o método e as aplicações da nova ciência.

Durkheim (2002, p. 11), denominou de fatos sociais os fenômenos compreendidos por “toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”. Nesse sentido, os fatos sociais exercem uma coerção sobre os indivíduos, não lhes permitindo qualquer manifestação de vontade ou de escolha. Durkheim (2002, p. 12), observou que

“[o] fato social é reconhecível pelo poder de coerção externa que exerce ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos; e a presença deste poder é reconhecível, por sua vez, seja pela existência de alguma sanção determinada, seja resistência que o fato opõe a qualquer empreendimento individual que tenda a violentá-lo”.

Esta seria a segunda característica dos fatos sociais que, para Durkheim, deveriam ser tratados como coisas para que se obtivesse um resultado satisfatório das observações realizadas. Dessa forma, estaria garantido o êxito das ciências, sem as interpretações distorcidas da realidade social. A coerção social é tida, então, como a primeira característica dos fatos sociais.

A conduta do indivíduo sem observância às regras que lhe foram impostas pelo seu grupo social submete-o – às sanções

definidas segundo a gravidade do ato. A segunda característica dos fatos sociais decorre da submissão do indivíduo a um conjunto de regras, costumes e leis existentes antes do seu nascimento, cabendo a esse apenas a adesão e a obediência, sob o risco de punição. Trata-se por isso, de uma adesão tácita aos regramentos da vida coletiva. Como última característica, Durkheim (2002) apontou a generalidade, na qual os fatos sociais se manifestam por meio da natureza coletiva ou por um estado comum ao grupo, a exemplo, os sentimentos e a moral. Com o intuito de justificar a terceira característica dos fatos sociais, Durkheim (2002) afirmou que é social todo fato que é geral. Dessa constatação, advém o primado da sociedade sobre o indivíduo, sendo que essa assertiva influenciaria sobremaneira a construção de diversos princípios nas relações jurídicas contemporâneas.

Sem dúvida, as características dos fatos sociais criam uma unanimidade ou um consenso social forçado, pois todos se submetem à vontade coletiva. Em consequência, o indivíduo contempla a sociedade e a consciência coletiva como entidades morais, antes mesmo de ter uma existência tangível. Nesse aspecto, o indivíduo vê-se dentro de um contexto social que o leva a se integrar em um sentimento de solidariedade, aspecto que contribuiu fortemente para a eficiência da ação coletiva. Na etapa posterior deste trabalho, uma ênfase será dada, justamente, à ação coletiva que levou à construção da grande sociedade solidária, o que coaduna com o conceito de fato social inicialmente firmado. Esse instituto alterou profundamente o Estado e as suas organizações na fase pós-Revolução Industrial e dos novos horizontes sociais do século XIX, tornando-se por isso um importante objetivo da sociologia.

Nesse diapasão, a influência do socialismo de cátedra influenciou Durkheim na definição não apenas do fato social como também na acepção do que ele entendia como solidariedade. Em sua obra decorren-

te *Da divisão do trabalho social*, decorrente da sua tese apresentada à Faculdade de Letras de Paris em 1893, Durkheim (2004) coloca duas questões sobre as relações entre os indivíduos e a coletividade. A primeira questão relaciona-se à possibilidade que um conjunto de indivíduos tem em constituir uma sociedade. Por sua vez, a segunda questão trata do consenso para assegurar essa convivência. Assim, a estrutura política de uma sociedade não é mais do que o modo pelo qual os diferentes segmentos que a compõem tomaram o hábito de viver uns com os outros (DURKHEIM, 2004, p. 10). Sem dúvida, a sociedade não seria composta exclusivamente pela soma de indivíduos, mas pela sua associação traduzida em uma realidade própria. Ao construir o seu entendimento sobre o vínculo comum entre os indivíduos, Durkheim esboçou uma dupla noção de solidariedade que se coadunava de forma pontual com os acontecimentos que marcaram a sociedade industrial do século XIX. Nesse sentido, definiu a solidariedade mecânica como sendo típica das sociedades pré-capitalistas, nas quais os indivíduos se identificam por meio da família, da religião, da tradição, dos costumes. Por sua vez, a solidariedade orgânica, característica das sociedades capitalistas, em que, mediante a divisão do trabalho social, os indivíduos tornam-se interdependentes, garantindo, assim, a união social, mas não pelos costumes ou tradições. Assim, o efeito mais importante da divisão do trabalho resulta em uma maior solidariedade entre os indivíduos, o que se sobrepõe ao objetivo pragmático do aumento da produtividade. Ao consolidar a sua percepção de solidariedade, Durkheim notou que a passagem da solidariedade mecânica para a solidariedade orgânica atua como o motor de transformação de toda e qualquer sociedade. Os fatos que marcaram as transformações sociais e os novos modos de produção do século XIX confirmam a validade da lição de Durkheim.

3. *Do fato social de Durkheim à sociologia financeira de Schumpeter*

Ao se retomar a definição de sociologia colocada por Durkheim, exposta anteriormente, como a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento, tornou-se possível examinar o Estado e a dinâmica das instituições públicas à luz da evolução do tributo. O sacrifício fiscal, como fato social, econômico e político, acompanhou a evolução do Estado até a sua configuração atual, tendo inicialmente se constituído em um dos pilares do contratualismo. Por isso, permitiu a materialização dos fundamentos da teoria normativa que seriam o de definir o papel ideal do Estado na sociedade e o incremento do bem-estar coletivo. Ao definir as regras relativas à observação dos fatos sociais, Durkheim recorreu inclusive a Stuart Mill para estabelecer um liame entre os fatos sociais e a economia política, sendo aqueles o objeto dessa disciplina no que se refere, principalmente, à aquisição de riquezas (DURKHEIM, 2002, p. 20). Em consequência, é possível estender o conceito de Durkheim também à sociologia fiscal com supedâneo nessa evolução da vida em sociedade pois, para ele, só existe fato social onde exista uma organização definida (DURKHEIM, 2002, p. 20). Assim, a conexão com o tributo e o estudo dos fenômenos sociais relacionados seria decorrente de um processo central de funcionamento da sociedade. A legitimação do poder tributante decorreu da convergência de fatos políticos que tinham na sua origem, razões de ordem econômica e social. De fato, o contratualismo trouxe em seu bojo a coerção que, imposta ao indivíduo, não lhe permitiu qualquer manifestação de vontade ou escolha. Somente por essa via seria possível alcançar a eficiência coletiva. Portanto, para Durkheim (2002, p. 4), “[a] função de um fato social deve ser sempre buscada na relação que mantém com algum fim social”.

A coerção que é exercida sobre o indivíduo decorre de sua adesão tácita ao contrato social, o qual lhe impõe regras comuns de comportamento, sendo-lhe infligidas penas em caso de desobediência. Conforme nota Quintaneiro (2001, p. 20), “[p]ara demonstrar que os fatos sociais são coercitivos Durkheim aponta para as dificuldades em que tropeçam aqueles que procuram não se submeter a uma convenção mundana, resistir a uma lei, violar uma regra moral”. Essa perspectiva foi definida pelo sociólogo como anomia, situação em que a sociedade estaria diante de uma desintegração das normas que regem a conduta dos homens e asseguram a ordem social. Como foi exposto acima, o fato social é formado pelas representações coletivas e está estreitamente ligado à noção de coerção; a partir daí, segundo Durkheim (2002, p. 105), “para conseguir que o indivíduo siga os fins coletivos, é necessário exercer sobre ele uma coerção, e a atividade social consiste justamente na instituição e na organização desta coerção”.

Leroy (2010, p. 22) definiu a sociologia fiscal como a disciplina das relações entre o tributo, o Estado e a sociedade. Estes foram os pressupostos que deram origem à sociologia fiscal e à legitimação do poder tributante. Em torno dessa trilogia, é possível estabelecer um nexos causal entre a definição construída por Durkheim e os objetivos da sociologia fiscal. Essas relações definiram o comportamento social a partir não apenas da modelagem da estrutura intervencionista do Estado mas também da aceitação e do despertar do sentimento de rejeição ao tributo. Na análise do percurso do Estado, a partir da transposição do modelo liberal para o modelo social-democrata, no século XIX, passando pela crise dos anos de 1970 do século XX, até as promessas da pós-modernidade, é perceptível que as transformações econômicas, políticas e sociais vieram acompanhadas da renovação tácita do contratualismo. Esse contexto foi acompanhado igualmente por

uma renovação do princípio do consentimento diante da profunda reforma ocorrida no campo das finanças públicas.

Leroy (2010, p. 292) afirmou com razão que “[p]our comprendre la nature et l’évolution de l’État, la problématique s’inscrit encore dans la sociologie historique des finances”. Com isso, justifica-se a aplicação de métodos científicos para explicar o comportamento da sociedade diante do tributo, da evolução do Estado e dos princípios políticos que culminaram no consentimento do cidadão-contribuinte, reafirmando a noção de fato social de Durkheim. Schumpeter (1984, p. 292) reforça o seu entendimento sobre o comportamento social em face do Estado fiscal quando ao notar que “[l]’histoire fiscale d’un peuple constitue une part essentielle de son histoire tout court (...) Les traits caractéristiques de la plupart des périodes historiques s’expliquent en grande partie par les effets directs des besoins financiers et de la politique financière des États”. Desse modo, uma relação estreita entre a sociologia e o tributo é estabelecida. O estudo dessa dinâmica seria uma das vertentes da análise sociológica do ônus fiscal da vida em sociedade. Por outro lado, a evolução do Estado, segundo Schumpeter (1984, p. 293), ocorreu em todos os domínios, contudo as finanças foram sempre o fato ativo dessa evolução e as necessidades financeiras do Estado estiveram sempre na origem do Estado moderno. Essa análise descarta os primórdios da tributação, uma vez que esta, em suas diversas tipologias – extorsiva, dominial e regaliana –, não faz parte do período marcado pelo advento do Estado moderno. Assim, essa delimitação temporal se justifica pelo fato de que “La crise de l’économie dominiale explique l’apparition de l’État fiscal moderne à la fin du Moyen-Âge” (SCHUMPETER, 1984, p. 295), sendo, nesse caso, o marco inicial da tributação em sua atual acepção.

A tributação não somente esteve presente na evolução do Estado, mas impôs-lhe

também um forma determinada (LEROY, 2010, p. 268). Além disso, o surgimento desse Estado moderno evidenciou a necessidade de uma sociologia financeira para consolidar de vez a noção de Estado fiscal. Esse conceito viria a merecer uma atenção especial de preclaros economistas durante todo o transcorrer do século XIX, dando início ao notável processo de aproximação da economia, da política, do direito, ramos que convergiram em direção à sociologia com o intuito de se justificar a natureza dos fatos sociais.

Mais tarde, a passagem do absolutismo para o Estado contemporâneo, em suas diversas formas, notadamente a partir da adoção do conceito de soberania, inaugurado com o Tratado da Westfália, em 1648, significou também o fim da fazenda real para o florescimento da noção de fazenda pública. Não se trata de um conceito aplicado a um determinado momento mas sim de um fenômeno que foi evoluindo com o tempo, estando embutido nas entranhas do avanço político da soberania. A partir daí, talvez se possa falar em sistema tributário uma vez que o elemento da soberania garantiu a autonomia técnica e a exclusividade de aplicação de um conjunto de normas em um determinado espaço territorial. De forma incontestável, todo esse processo foi construído segundo as variáveis econômicas, políticas e sociais dos Estados em um determinado momento.

Contudo, antes desse marco político, houve a consagração do princípio do consentimento ao tributo na Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215. Ao se apoiar no brocardo de que não há tributação sem representação, esse acontecimento político assentou os alicerces da tributação moderna os quais foram sustentados pela participação do povo e pelos desdobramentos do progresso da democracia. Além disso, incorporou o voto como meio de participação no processo legislativo e na dimensão do sacrifício fiscal. A emergência do Estado moderno inaugurou, ao mesmo tempo, o

Estado fiscal, impondo daí em diante, a supremacia absoluta do tributo como pedra angular da organização administrativa, econômica, política e social das sociedades contemporâneas, não havendo mais como viver em uma sociedade sem tributo. Essa perspectiva é reforçada pelo próprio alcance das três funções intervencionistas do Estado. Nesse entendimento, o tributo permitiu o aprimoramento das relações políticas entre o Estado e a sociedade. Conforme Durkheim (2002, 2004), a sociologia seria a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento. Ao marcar diversas etapas da evolução das instituições e da vida em sociedade, integrou um sofisticado debate econômico, passando a ser um importante instrumento da economia política. Ao esboçar os fundamentos, que no seu entender seria a teoria da economia política, Gilpin (2002, p. 26) colocou que seria necessária uma “compreensão genérica do processo da mudança social, incluindo-se aí os modos como interagem os aspectos social, econômico e político da sociedade”. Embora não se tenha referido especificamente ao tributo, Gilpin identificou as bases da economia política que permitem estabelecer uma análise na qual o tributo interagiria em todo o processo de mudança social. Por isso, pode ser considerado como um fato social e marco de civilização (SAMSOM, 2002, p. 21).

É importante notar que o aprimoramento das relações sociais decorrentes do momento econômico, político e social experimentado no transcorrer dos séculos XVIII, XIX e XX foi responsável pela gênese de uma nova estrutura do Estado. A passagem do estado de natureza para o contratualismo e, mais tarde, a substituição do *État-gendarme* pelo Estado-providência no século XIX seriam responsáveis pelo surgimento do intervencionismo. Com isso, foi demarcada a área de influência de uma teoria normativa cujo escopo era o de definir o papel ideal do Estado na sociedade, mais exatamente na economia (WOLFELSPERGER, 1995, p. 105). Inscrevia-se ainda nos objetivos dessa teoria

a forma de distribuição entre os indivíduos, dos encargos e das vantagens da ação coletiva do Estado, reforçando ainda mais os laços sociais que unem os indivíduos.

Nesse sentido, esse consciente coletivo, conforme estimou Durkheim (2002, 2004), culminou na influência política dos processos de transformação social e econômica e tem a sua origem nas duas revoluções que marcaram o fim do século XVIII e todo o século XIX. A Revolução Francesa foi responsável pela introdução de dois princípios que se tornaram os pilares da tributação moderna. Ao consagrar os princípios da capacidade contributiva e do consentimento, conforme delineados nos artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi inaugurada uma página da história do tributo como fato político e social. O tributo e as relações entre o Estado e o cidadão-contribuinte ganharam contornos cívicos e de justiça que sobrevivem até os dias atuais.

Por sua vez, a Revolução Industrial, ao expor as falhas do mercado liberal e demonstrar a sua incapacidade de gerar o bem-estar dos indivíduos, em função do desequilíbrio entre capital e trabalho, deu origem ao debate sobre classes e estrutura social. Conforme Quintaneiro e Oliveira (2001, p. 78), este seria “um dos temas principais do pensamento de Marx”. Essa constatação foi reforçada pelos conflitos sociais ocorridos no século XIX, os quais deram origem não apenas ao movimento sindical e à luta de classes, mas também à eclosão do intervencionismo. Se forem observados os ensinamentos de Durkheim, tratava-se, em realidade, de uma situação de anomia.

4. O intervencionismo como meio de coesão social e motor das transformações sociais

Lajugie (1994, p. 29) notou que a expressão “intervencionismo” foi o nome dado a uma “corrente de pensamento desencadeada em razão das misérias da Revolução In-

dustrial e que deu origem a uma legislação moderna de proteção dos trabalhadores”. Um dos seus principais formuladores, Sismonde Sismondi (1773-1842), defendia a intervenção do Estado com o intuito de frear as forças desencadeadas de forma imprudente pelo industrialismo nascente. O intervencionismo tinha ainda como escopo a proteção à classe trabalhadora, a interdição do trabalho infantil e das mulheres nas indústrias e a adoção de garantias contra os riscos decorrentes do trabalho, como a doença, os acidentes, a invalidez e o desemprego (LAJUGIE, 1994, p. 30).

Outra contribuição importante para a consolidação da doutrina viria da vertente germânica da corrente intervencionista. Os socialistas de cátedra, todos professores universitários e, segundo Lajugie (1994, p. 31), “impregnados pela filosofia de Hegel”, defendiam a ação do Estado no sentido de assegurar, entre outros, o trabalho para todos. A materialização dessas ideias deu-se com o Manifesto de Eisenach de 1872, em que os seus adeptos postulavam o aprofundamento da questão social. Como expoentes do socialismo de cátedra, Adolf Wagner e Gustav Schmoller garantiram as bases ideológicas do *Sozialpolitik*. Wagner, por exemplo, considerava o Estado como o segurador natural dentro da burocracia social alemã e que caberia ao tributo corrigir as injustiças distributivas (ROSANVALLON, 1995, p. 30). Era o tempo das lições memoráveis do *Verein für Sozialpolitik*, nas quais o Estado deveria concorrer para a eliminação das diferenças sociais, incompatíveis com o projeto de desenvolvimento da era Bismarck. Era a grande questão social que marcava o fim do século XIX. É interessante destacar, segundo Rosanvallon, que o termo “questão social” foi lançado, justamente, no final do século XIX e referia-se ao desfuncionamento da sociedade industrial nascente:

“La ‘question sociale’: cette expression, lancée à la fin du XIXe. Siècle, renvoyait aux dysfonctionnements

de la société industrielle naissante. Les dividendes de la croissance et les acquis des luttes sociales avaient ensuite permis de transformer en profondeur la condition du prolétaire de l'époque. Le développement de l'État-providence était presque parvenu à vaincre la vieille insécurité sociale et à éliminer la peur du lendemain" (ROSANVALLON, 1995, p. 7).

Por outro lado, o intervencionismo representou uma rejeição ao modelo do Estado mínimo e viria sustentado pelo tripé basilar da intervenção, composto pelas funções alocativa, redistributiva e estabilizadora, a base das finanças públicas modernas. Tais funções somente poderiam ser concretizadas por meio do tributo, o qual se tornou um instrumento de solidariedade social e gerou uma nova arquitetura para o Estado, tido a partir daí como provedor natural das necessidades dos indivíduos. Ao justificar a necessidade de uma moderna estrutura estatal voltada para a questão social, Falcão (2009, p. 152) observou que "[o]s novos arquétipos do bem-estar foram reafirmados pelas funções incorporadas pelo Estado intervencionista com o intuito de sustentar as novas relações entre capital e trabalho". Assim, o intervencionismo foi o meio encontrado para remediar as falhas do mercado liberal, o que importou em uma profunda reestruturação do papel do Estado. Ao analisar a concepção de Estado segundo Adam Smith, Bacache-Beauvallet e Mayneris (2006, p. 26) ressaltaram que esse mesmo Estado teria uma ação residual em resposta às falhas do mercado. Por ser movido por uma lógica voltada para os interesses do *homo economicus*, o mercado liberal não proporcionou o bem-estar aos indivíduos, sendo, então, necessária e inelutável a intervenção estatal.

Goldscheid (1917, p. 208), considerado um dos fundadores da sociologia financeira, afirmou que as "finanças públicas têm um lugar fundamental na evolução do Estado e da sociedade". Em consequência,

a definição das funções intervencionistas do Estado deu início à nova ciência das finanças em função da radical transformação do Estado e de suas organizações. Esping-Andersen (1999, p. 49) definiu a tipologia dos Estados-providência em três modalidades, entre as quais inclui, além do modelo liberal e conservador, a social-democracia. Por essa razão, o aparecimento da social-democracia no século XIX esteve intimamente ligado às demandas sociais decorrentes do já apontado desequilíbrio entre o capital e o trabalho. Em realidade, a necessidade de se fazer frente às novas demandas sociais exigiu que o Estado compatibilizasse a sua ação na busca dos recursos suficientes à sustentação da solidariedade social que se instalava na fase pós-Revolução Industrial. Como desdobramento natural do processo, toda a sociedade foi chamada a contribuir para o financiamento do Estado-providência, sendo que este passou a monopolizar as funções da solidariedade social. Surgia, assim, a grande sociedade solidária e cujos pilares eram constituídos pela intervenção pública para garantir e proteger os direitos sociais, influenciar o nível de renda e melhorar diretamente as competências dos indivíduos. Este seria o modelo que ditaria o comportamento do Estado por todo o século XX. Além disso, colocaria em lados opostos, as mais diversas correntes e escolas doutrinárias voltadas para explicar sob diversos prismas, os efeitos econômicos, políticos e sociais da ação intervencionista. Portanto, a evolução social ocorrida naquele período, juntamente com a emergência de um novo Estado preocupado com as falhas do mercado liberal, implicou diretamente a concepção de uma nova estrutura política. Como assinalou Merrien (2000, p. 30), a gênese e a consolidação do Estado-providência tornaram-se um objeto maior de pesquisa em sociologia e ciência política. Vê-se que essa consolidação só foi possível por meio da ação coletiva fundada na noção da grande sociedade solidária que, por sua vez, se materializou por meio do recurso ao

tributo como meio de sustentação financeira e política. As relações sociais foram estabelecidas em uma escala vertical em que o equilíbrio seria alcançado pelos esforços do Estado em promover a redistribuição.

Para entender o desenvolvimento da sociologia financeira, é preciso verificar que o tributo como reflexo da vida em sociedade conheceu uma lenta evolução. Conforme assevera Sevegnani (2009, p. 73), “desde os tempos mais remotos, os tributos marcaram de forma indelével os acontecimentos históricos, podendo afirmar-se que, num certo sentido, determinaram a própria direção da história universal”. Steichen (2004, p. 7), em suas memoráveis lições sobre direito tributário comparado, proferidas na Universidade do Luxemburgo, colocou que, se por um lado a história justificaria o tributo, por outro, o tributo justificaria a história. Na primeira hipótese, para cada época haveria uma estrutura tributária determinada. Por sua vez, a segunda hipótese de Steichen traz a lume, por exemplo, as razões da independência americana, as quais tiveram a sua origem na questão do chá, uma vez que os colonos não tinham representação no Parlamento britânico, e, ainda, a queda de Atenas e de Roma, em função, entre outros motivos, do pesado ônus tributário. Assim, o tributo segue justificando a história. Essas passagens históricas, entre tantas outras, demonstram a impossibilidade de se dissociar o tributo da evolução da vida em sociedade e do consciente coletivo.

Dessa forma, o desenvolvimento da ciência financeira incluiu o estudo das dimensões econômicas, políticas e sociológicas, conforme ressaltou Leroy (2010, p. 289), ao buscar as origens da sociologia financeira. Em notável trabalho sobre a contribuição austríaca à sociologia financeira, Leroy se apoiou em Rudolf Goldschied, Joseph Schumpeter e Thomas Mann, trazendo importantes lições que demonstraram a conexão entre o tributo, o fato social e a evolução do Estado. Ao afirmar que “todo problema social é, em realidade, um pro-

blema econômico e, em último caso, um problema financeiro”, Goldscheid (1917) justificou a aparição do Estado fiscal e da própria sociologia financeira. Essa perspectiva é complementada pelo pensamento de Shumpeter (1984) que prega que a origem do Estado e a sua evolução são ligados à economia e à mudança social. Mann (1943, p. 225) concorre para a consolidação definitiva desse entendimento, ao acrescentar que a tributação “preserva a estrutura social existente e a concepção das relações entre o Estado e a tributação remonta às causas mais profundas das mudanças sociais. Assim, o imposto não seria simplesmente um fenômeno superficial, mas a expressão desta evolução”. Leroy (2010, p. 43) observou que Mann foi um dos primeiros a conceber a necessidade de uma sociologia fiscal funcional destinada a integrar a dimensão sóciopolítica das finanças públicas.

A partir dessa afirmação, percebe-se que a dimensão sóciopolítica das finanças públicas, calcadas nas funções intervencionistas do Estado, se completa na íntima ligação entre este e o mercado. Aliás, Schumpeter reiterou que a ação do Estado fiscal completaria a do mercado. Nessa mesma direção, Gilpin (2002, p. 27), ao expor as bases da economia política, afirmou que “[e]mbora o Estado e o mercado sejam aspectos distintos do mundo moderno, incorporando respectivamente a política e a economia, é obvio que não podem ser separados de forma completa”. Estamos diante, portanto, de uma percepção que leva, sem dúvida, à construção das bases de uma economia política do tributo.

Ao citar Klindeberger, Gilpin (2002, p. 26) notou que

“[em] um mundo exclusivamente político, em que não existisse o mercado, o Estado distribuiria os recursos disponíveis de acordo com seus objetivos sociais e políticos... E em um mundo sem intervenção do Estado, em que só existe o mercado, este funcionaria na base dos preços

relativos das mercadorias e dos serviços; as decisões teriam a forma da busca do interesse individual”.

Além do mais, essa análise perpassa os domínios da teoria normativa do Estado. Foi justamente desse conflito que surgiu o Estado intervencionista que, sustentado nas suas funções naturais, definiu o seu alcance. Em face do risco da sobreposição do interesse individual, o Estado intervém no sentido de eliminar as falhas do mercado liberal, em que predominava o egoísmo do *homo economicus*. Dessa forma, essas falhas seriam a justificativa moderna para a ação governamental (MITCHEL; SIMMONS, 1994, p. 31).

A partir desses fundamentos é possível estabelecer que a Revolução Francesa e a Revolução Industrial se situam na origem das novas relações entre o Estado e a sociedade. A primeira, conforme asseverado, contribuiu com os princípios políticos da tributação, entre eles, o consentimento e a capacidade contributivo. Por seu turno, a Revolução Industrial inaugurou a fase harmônica entre capital e trabalho, ao estabelecer uma estrutura de financiamento destinada a sustentar as transformações sociais. Contudo, os valores do mercado não foram desprezados. Ao contrário, ambos constituíam os pilares de um Estado fiscal pleno. Cabe destacar, entretanto, que essa convivência não foi pacífica. Os acontecimentos registrados ao longo do século XX, período de consolidação e crise do Estado intervencionista, expuseram o debate entre os valores liberal e social-democrata, desencadeando um embate doutrinário importante. A expansão do Estado-providência verificada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial foi acompanhada por um movimento de contestação, o qual levou a crise do intervencionismo nos primeiros anos da década de setenta do século XX. Há de se concluir, portanto, sobre a absoluta predominância dos movimentos pela reforma do Estado e o fim de seus excessos intervencionistas.

A crise da estrutura econômica do me-dievo deu origem ao que seria, séculos mais tarde, o Estado fiscal. Se por um lado, os novos modelos de produção e de comercialização trazidos pela Revolução Industrial consolidaram os velhos ideais de mercado, por outro, as conquistas obtidas pelo proletariado nascente implicaram em profundas transformações sociais. Assim, a emergência do Estado-providência contribuiu de modo natural para o reencaixe parcial do econômico no social (ROSANVALLON, 1997, p. 37). A sociologia fiscal encontrou um campo propício à sua afirmação. De forma inegável, pode-se afirmar que as transformações do Estado e de suas instituições vieram no bojo da necessidade de produção de uma legislação social voltada para a materialização da grande sociedade solidária. Em consequência, o Estado fiscal encontra o seu ápice na efetivação das suas funções intervencionistas, as quais, como dito, estabeleceram as bases das finanças públicas modernas, sendo que as duas primeiras funções – alocativa e redistributiva – estavam voltadas primordialmente para a questão social. Por sua vez, a função estabilizadora seria a forma que o Estado teria para ditar o comportamento dos agentes econômicos por meio de ações destinadas a confirmar a primazia do interesse geral sobre o particular.

A interação entre o Estado e o mercado demonstrou que não seria possível dissociar a economia da política. A essa perspectiva, veio se juntar também a sociologia em função, justamente, do novo Estado e do comportamento social diante desse Estado provedor das necessidades mínimas. Essa tríplice relação foi enriquecida pelo novo papel atribuído ao tributo, o de promover a igualdade social. Antes, visto como financiador das extravagâncias pessoais dos soberanos ou como instrumento de dominação, ganhou nova roupagem com a transformação do Estado e de suas instituições. A conjunção dos ideais políticos galvanizados à época da Revolução

Francesa e as conquistas sociais registradas a partir do fim da primeira metade do século XIX demonstraram que o tributo seria a via destinada a garantir a sobrevivência das estruturas sociais. Entretanto, as diversas percepções sobre a necessidade de financiamento do Estado fiscal dariam lugar a um fascinante debate a partir de então. Deve-se ressaltar que não apenas os contornos da relação entre o Estado fiscal e os seus contribuintes alimentaram o debate em distintos momentos da história. O tributo revelou-se objeto de uma grandiosa discórdia entre correntes da economia e da ciência política, marcando diversas épocas e cada um procurando explicar, a sua maneira, as transformações econômicas, políticas e sociais do Estado e do seu tempo. As diferentes percepções dos eventos que marcaram em diferentes épocas o perfil do Estado fiscal contribuíram para o florescimento de um número importante de doutrinas. Apesar de conflitantes, deram origem a robustas teorias econômicas e políticas que influenciaram o perfil do Estado após a crise que impôs o fim dos “Trinta Gloriosos”, (1945-1975).

Nessa perspectiva, as falhas do mercado liberal e as manifestações ocorridas no século XIX e que deram origem ao sindicalismo poderiam ser consideradas como a gênese do Estado fiscal a partir do momento no qual este incorpora as suas funções intervencionistas. Conforme destacado acima, o prosseguimento da edificação do Estado fiscal ocorre ainda com as lições do socialismo de cátedra na Alemanha de Bismarck, que viria a lançar as bases definitivas da social-democracia. O desenvolvimento não seria alcançado com o desequilíbrio social, o qual precisaria ser estabelecido, afirmava o velho *Kaiser*. A Alemanha contribuiu ainda para o vigor do Estado fiscal com os avanços registrados na República de Weimar, no limiar do século XX, em que foram concretizados os valores do intervencionismo. Nesse aspecto, deve ser ressaltado o fato de que

a Alemanha expôs com maior veemência as virtudes do *Sozialstaat*. Contudo, os excessos intervencionistas verificados na era Weimar exaltaram os ânimos de Mises e Hayek, economistas expoentes da Escola Austríaca, os quais iniciaram, ainda nos anos vinte, suas pregações contra o modelo alemão da burocracia social. Assim sendo, a Alemanha gerou um modelo de intervenção social e, ao mesmo tempo, produziu o antídoto destinado a anulá-lo. A polêmica pregação de Hayek contra as falsas promessas de liberdade da social-democracia marcaria o debate por mais de meio século. As lições da *Société du Mont Pélérin* influenciariam toda uma geração de economistas, sendo responsáveis pela eclosão de diversas escolas, sendo exemplos notáveis o *Public Choice* e a Escola de Chicago, sob a batuta de Buchanan e Friedman. As transformações ocorridas no ocaso dos “Trinta Gloriosos”, decorrentes da crise econômica internacional, têm como origem na necessidade de redução do papel intervencionista do Estado, um dos objetivos sagrados desses movimentos. Hayek tinha razão, portanto. A atribuição do Prêmio Nobel ao economista, em 1974, coincidiria com o início da crise econômica internacional. A partir daí, o papel do Estado foi revisto e passou por um doloroso processo de readequação às diretrizes dos organismos internacionais. Passou a ser um novo Estado, com instituições adaptadas aos novos tempos de contenção dos gastos públicos. Era o início da crise do Estado-providência (RONSAVALLON, 1997, p. 42). A partir desses fatos, as relações sociais foram marcadas pela tensão, o que determinou um novo comportamento social. As políticas públicas e toda ação do Estado foram permeadas no sentido de preservar, pelo menos, parte das conquistas sociais e o capital político proporcionado pela barganha. Surgia, assim, uma nova questão social (ROSANVALLON, 1995, p. 7). Essa situação revelava, talvez, uma anomia nas relações sociais no final do século XX.

Retomando os fatos que marcaram a edificação do Estado fiscal, é importante assinalar o esforço keynesianista e o New Deal na busca de soluções para a crise dos anos trinta do século XX. Esse período foi marcado pelo revigoramento do Estado fiscal e ficou demonstrado que somente esse Estado poderia trazer um paliativo para os graves desequilíbrios macroeconômicos que grassavam no cenário político do entre-guerras. O arremate dessa escalada se daria com a expansão do Estado-providência ocorrido na fase seguinte à Segunda Guerra Mundial. A precariedade e as condições de vida predominante na Inglaterra levaram Lorde Beveridge a propor um novo modelo universal de proteção social. A renovação do contratualismo, com o advento do *welfare state*, foi responsável por uma nova dimensão do Estado intervencionista. Contudo, a expansão dos estados sociais não ocorreu sem as manifestações iradas, até certo ponto, dos seguidores de Hayek. A crise econômica internacional dos anos setenta do século XX demonstraria o equívoco. Os excessos intervencionistas e o incremento desmesurado das contribuições sociais levariam à degradação das bases econômicas e à redução do poder aquisitivo. Com isso, foram contrariados os ideais da livre iniciativa e foi demonstrada a necessidade de reestruturação do setor público nas últimas décadas.

Em suma, consolidado o intervencionismo estatal ao longo de todo o século XX, o Estado orientou a sua ação e as suas políticas públicas sempre dentro dos parâmetros da solidariedade social. Desde a adoção da doutrina keynesianista, passando pela renovação do contratualismo após o final da Segunda Guerra Mundial, até a crise do Estado-providência nos anos setenta, a estrutura do Estado foi concebida no sentido de permitir a expansão dos gastos públicos destinados à manutenção do Estado social. Sem dúvida, o Estado e suas instituições passaram por uma completa remodelação em decorrência da crise do modelo inter-

vencionista surgido no pós-guerra. A nova arquitetura do Estado e de suas instituições após a crise internacional dos anos setenta modificou as relações sociais e gerou tensões. Contudo, a amarga retomada com força dos valores liberais demonstrou o equívoco da euforia do pós-guerra. A redução do Estado e o saneamento compulsório do setor público deram novo alento às virtudes do mercado. As tensões sociais assinaladas acima decorreram, de forma inegável, da crise em que mergulhou o Estado-providência. Rosanvallon (1997, p. 17) expôs que os problemas atuais do Estado-providência devem ser abordados prioritariamente em termos sociológicos e políticos. Sem dúvida, trata-se de um retorno às grandes questões da economia política.

5. Conclusão

A análise proposta ao longo deste trabalho teve como objetivo primordial o de destacar o papel do tributo como resultado da vida em sociedade. Como assinalado anteriormente, não há como pensar em uma sociedade sem tributo. Assim, essa percepção desencadeia diferentes abordagens multidisciplinares uma vez que a interação entre o mercado e o Estado traz em seu bojo relações econômicas, sociais e políticas que se revelam como a verdadeira identidade de uma sociedade. Por isso, diversos domínios das ciências sociais intentaram, desde o início, explicar a partir de bases científicas a complexidade dessas relações. Dessa constatação, um número infindável de teorias ganharam os meios acadêmicos e o Estado na tentativa de orientar as grandes decisões da economia pública e assim, formar um consciente coletivo que pudesse satisfazer a coesão social.

Deve ser observado que essa natureza multidisciplinar do tributo o coloca em uma posição privilegiada no contexto político. Trata-se da verdadeira alma do Estado se analisarmos a questão a partir de suas

funções intervencionistas, as quais se constituem no objetivo primordial de sua razão de ser. Além de atuar como amálgama da vida em sociedade, define o ponto de equilíbrio nas relações do Estado com o mercado. Não haveria, portanto, como dissociar um do outro. São essas relações complexas que as ciências sociais tentam explicar.

Referências

- BACACHE-BEAUVALLET, Maya; MAYNERIS, Florian. *Le rôle de l'Etat*. Paris: Bréal, 2006.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 17. ed. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.
- _____. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ESPING-ANDERSEN, Gösta. *Lês trois mondes de l'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- FALCÃO, Maurin Almeida. A construção doutrinária e ideológica do tributo: do pensamento liberal e socialdemocrata à pós-modernidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). *Atividade empresarial e mudança social*. São Paulo: Artes & Ciências, 2009.
- GILPIN, Robert. *A economia política das relações internacionais*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2002.
- GOLDSCHIED, Rudolf. *Staatssozialismus oder Staatskapitalismus: ein finanzsoziologischer Beitrag zur Lösung des Staatsschulden-Problems*. Wien: Anzengruber, 1917.
- LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*. 15. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- LEROY, Marc. Les fondateurs autrichiens de la sociologie fiscale. In: BELTRAME, Pierre. *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.
- MANN, Fritz Karl. The Sociology of Taxation. *Review of Politics*, vol. 5, 1943, p. 225-235.
- MERRIEN, François-Xavier. *L'État-providence*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Beyond politics: markets, welfare, and the failure of bureaucracy*. Boulder: Westview, 1994.
- QUINTANEIRO, Tania. Émile Durkheim. In: _____. BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Maria Gardênia de. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- _____. OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. Karl Marx. In: _____. BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Maria Gardênia de. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'État-providence*. Paris: Seuil, 1995.
- _____. *A crise do Estado-providência*. Tradução de José Pimentel de Ulhôa. Brasília: UNB, 1997.
- SAMSON, William D. History of taxation. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic, 2002.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. La crise de l'Etat fiscal. In: _____. *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984.
- SEVEGNANI, Joacir. *A resistência aos tributos no Brasil: O Estado e a sociedade em conflito*. Florianópolis: Conceito, 2009.
- STEICHEN, Alain. *Notas de aula*. Disponível em: <http://www.bsslaw.net/optimized/pdf/541226743f>. Acesso em: 28 jun. 2004.
- WOLFELSPERGER, Alain. *Economie publique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

O que vem a ser Nação no contexto atual?

Daniella S. Dias

Sumário

1. Introdução. 2. Estado e Nação. 3. Novas reflexões sobre o conceito de Nação. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo enfrentar um tema complexo e extremamente atual: o conceito jurídico de Nação, em tempos globais.

Trata-se de uma proposta de análise doutrinária acerca do conceito de Nação a partir de autores clássicos – cujo maior expoente é Renan – para, então, realizarmos uma “desconstrução” do conceito, apontando a urgente mudança paradigmática do entendimento de Nação, uma vez que o conceito jurídico – até hoje ensinado nos manuais de Teoria Geral do Estado – não é mais adequado à realidade.

A necessidade de novas bases para o entendimento do conceito, tratado como conteúdo justificador da existência do poder político estatal, é analisada em face das transformações nos padrões culturais, econômicos, políticos e sociológicos causadas pela globalização. Se, na Modernidade, os paradigmas estruturantes do Estado estavam consolidados sob a ideologia da Nação, na atualidade, há uma “erosão” no conteúdo político da Nação para a consecução dos fins comunitários, o que

Daniella S. Dias é doutora em Direito Público pela UFPE, Professora de graduação e pós-graduação na UFPA, Professora de pós-graduação na UNAMA e Promotora de Justiça.

requer a redefinição do conceito por meio de propostas inovadoras.

2. Estado e Nação

Rinesi (2004, p. 169-70, 172) afirma que a palavra Nação é ilusória, uma ficção, um enigma. Trata-se de uma ideia falsa, uma ideologia. É uma palavra ambivalente. Ele chega a afirmar: "... la nación, evidentemente, no refleja una realidad preexistente dura, cerrada e idéntica a sí misma" (RINESI, 2004, p. 171).

Bobbio, Matteuci e Pasquino (2004, p. 798), por sua vez, salientam que a análise histórica do termo Nação permite perceber o verdadeiro paradoxo que a palavra encerra e consideram o fato de que, apesar de a palavra apresentar conteúdo emocional forte, seu conteúdo semântico ainda é confuso e incerto no dicionário político¹.

Vernik (2004, p. 19), ao tratar da Nação, afirma: "Quizá lo interesante del concepto de nación y de sus potencialidades y peligros para el accionar político, sea su carácter indeterminado".

Lvovich (2004, p. 66) afirma que a Nação é um fenômeno multiforme, o que colabora para limitar as construções teóricas. Sob a perspectiva das ciências sociais, as dificuldades refletem-se na conformação de conceitos básicos, justamente porque o

¹ O dicionário jurídico de Maria Helena Diniz (2005, p. 372), ao tratar do termo Nação, apresenta as seguintes definições: "Ciência política. 1. Conjunto de pessoas que habitam o mesmo território, ligadas por afinidades culturais, linguísticas etc., seguem os mesmos costumes e obedecem às mesmas leis. 2. Povo de um país. 3. Sociedade organizada política e juridicamente que constituiu o Estado. 4. Governo de um país. 5. Sociedade politicamente organizada que tem consciência de sua própria unidade e controla, com soberania, seu território. 6. Território habitado por um povo, que tem autonomia política; país. 7. Pátria. 8. Raça. 9. Grupo social que constitui um Estado, pois dele emana o poder. 10. Substrato espiritual ou cultural em que se forma o Estado (Pinto Ferreira). 11. Substância humana do Estado (Carré de Malberg). 12. É um meio composto de tantos elementos quantos os fatores capazes de influir na gênese de um indivíduo humano (Delos).

objeto de estudo é analisado sob diferentes perspectivas. Ressalta que há uma profusão de estudos muito maior do que o próprio conhecimento do nacionalismo, com aportes teóricos muito difíceis de serem integrados ou comparados. O problema se potencializa por razões metodológicas e históricas. Segundo Smith, as dificuldades de definição, classificação e explicação do tema Nação estão relacionadas com o problema temporal-geográfico, pois o estudo da Nação implica o manejo de vários idiomas e também um amplo conhecimento histórico² (SMITH *apud* LVOVICH, 2004, p. 67).

Vernik (2004, p. 13-14) utiliza-se dos ensinamentos de Max Weber para afirmar que o autor, nas primeiras décadas do século XX, já falava das dificuldades para se apreender o conceito de Nação. Weber, segundo Vernik, afirmava que o termo Nação, por ser multívoco, dependeria da sociologia para a interpretação da ação social, pois a Nação seria também uma forma de ação social.

Para Weber, haveria elementos sociológicos para se conseguir apreender o significado de Nação; todavia, o povo de uma Nação não necessariamente deveria coincidir com o povo de um Estado. Tratava Weber de afirmar que a definição de Nação como uma ideia relacionada ao povo de um Estado gerava uma tensão constitutiva em sua formação. "La tensión entre el pueblo

² Sobre a temática, afirma Lvovich (2004, p. 66): "... la nación y el nacionalismo han sido considerados como producto de alguna necesidad psicológica universal de pertenencia; como sustitutos modernos de la religión; como la variable dependiente de algún proceso más general que actúa como factor explicativo - la modernidad y la erosión de los modos de vida tradicionales, la modernización, el desarrollo del capitalismo, el carácter desigual y combinado de su expansión, el colonialismo y el imperialismo, la lucha de clases, el desarrollo de nuevas formas de comunicación y cultura, entre otros - como el tránsito de una doctrina filosófica y política hace el poder, además de las múltiples explicaciones singulares que se despliegan en las historias de nacionalismos particulares".

de una Nación como comunidad política y el pueblo de un Estado como sociedad política” (VERNIK, 2004, p. 14-15).

Em perspectiva similar, leciona Maluf (2003, p. 15) que os conceitos Nação e Estado são realidades totalmente distintas, que não se podem confundir. Para o autor, a Nação é “uma realidade sociológica”. E o Estado, “uma realidade jurídica”. Este apresenta um caráter necessariamente objetivo, enquanto aquela é um conceito de ordem subjetiva.

Maluf aponta os fatores de formação do conceito de Nação. São fatores naturais (território, unidade étnica e idioma comum), históricos (tradições, costumes, religião, leis) e psicológicos (aspirações comuns, consciência nacional) (MALUF, 2003, p. 15).

Com base nos ensinamentos de Maluf (2003), poderíamos afirmar que Nação é a expressão da reunião dos habitantes que possuem a mesma língua, são regidos pelo mesmo sistema jurídico e apresentam, por assim dizer, uma “identidade nacional”. Trata-se da confluência de interesses e sentimentos de uma comunidade em função da identidade de origem.

É interessante ressaltar que Maluf faz citação direta da obra de Renan, autor mundialmente conhecido e ainda hoje celebrado por ter analisado o conceito de Nação. Para Renan, os fatores subjetivos são bastante fortes para a definição do conceito. Ele considera que a Nação é uma alma, um princípio espiritual. Essa alma, esse princípio espiritual, é composta pelas ricas lembranças e pelo consentimento atual, pelo desejo de juntos viverem, pela vontade de fazer valer a herança histórica, recebida em decorrência das glórias do passado (RENAN *apud* MALUF, 2003, p. 16).

Trata-se também da vontade de, no presente, realizar coisas em conjunto, pois a Nação nada mais é do que esse sentimento de pertencimento, de agregação, essa consciência moral que une os homens em razão do passado e em função de um futuro comum.

Vernik (2004, p. 13) afirma, ao citar a obra de Renan, que duas ideias principais do autor foram discutidas por muitos pensadores. A primeira, a de que Nação é um plebiscito cotidiano. A segunda, a de que “la nación requiere una dosis de recuerdo como una de olvido”.

Para Renan, a Nação é um princípio espiritual, um princípio que resulta de complicações profundas na história. Segundo Vernik (2004, p. 13-14),

“Un principio espiritual que se ancla en el pasado común, un largo pasado de sufrimientos en común y de gloria (gloria: héroes y antepasados que ‘nos han hecho lo que somos’). Pero al mismo tiempo, la nación se ancla en un presente que nos proyecta hacia el futuro. Hete aquí el otro componente esencial de la nación: futuridad, deseo de vivir juntos, voluntad. La nación es una voluntad específica: la voluntad de constituirnos día a día como nación”.

Salienta Argumedo (2004, p. 181) que a análise da concepção de Renan sobre Nação não pode ser realizada de forma descontextualizada. Em outras palavras, o trabalho de Renan “¿Qué es una Nación?”, publicado em 1882, trazia ínsita a necessidade de consolidação da unidade nacional como forma de afrontar e justificar o imperialismo.

Quando Renan afirma que a Nação é um sentimento, um princípio espiritual, relacionado ao passado, às recordações, aos sacrifícios, afirma também que a Nação é formada por um presente – o consentimento em viver juntos e o desejo de manter a herança histórica recebida. “Por lo tanto, la nación se sustenta en el recuerdo de las glorias y pesares comunes en el pasado y en la voluntad de convivencia en el presente; ambas condiciones decisivas para constituir un pueblo” (ARGUMEDO, 2004, p. 182).

Renan, em sua construção teórica, alinha-se ao pensamento colonialista e justifica as ações do poder estatal e a hegemonia da Nação a partir das lembranças, recordações, glórias e vitórias do passado.

Bobbio, Matteuci e Pasquino (2004, p. 796), ao tratarem da Nação, afirmam ser ela uma reunião de pessoas ligadas por laços naturais e eternos “ou pelo menos existentes *ad immemorabili*”.

A Nação não é necessariamente a expressão de uma comunidade linguística.

Vernik (2004), ao analisar a perspectiva de Weber sobre Nação, afirma que, para a conformação de uma Nação, são necessários um conceito de comunidade de origem e uma semelhança de caráter, com conteúdo indeterminado.

Pode-se concluir, sob essa perspectiva, que somente se pode entender o que significa Nação a partir de uma análise sociológica, isto é, indagando-se, em sociedade, os sentimentos de solidariedade e de comunidade existentes e as atitudes que se congregam para a definição do laço social em direção ao sentimento ou à ideia de Nação.

Afirma Vernik (2004, p. 17): “... se aprecia que Weber pensa, como Renan, que una nación no puede identificarse ni con una lengua, ni con una raza, ni con factores étnicos o antropológicos, ni con una estructura social o de costumbres”.

Percebe-se que o conceito de Nação, por albergar inúmeros fatores objetivos e subjetivos, mantém-se nebuloso, pois não somente fatores étnicos, históricos, políticos, culturais, éticos e econômicos são suficientes para defini-lo. Pode-se afirmar que a solidariedade entre semelhantes e o interesse de viver em comunidade em razão de desejos, valores e costumes comuns possibilitam a comunhão de ideias, sonhos e aspirações; no entanto, esses valores e a unidade étnica e social são insuficientes para a definição do conceito de Nação.

Ainda assim, inúmeros autores se esforçam para defini-lo.

Streck e Moraes (2001, p. 154) afirmam que a Nação apresenta caracteres relacionados à origem, aos interesses, às aspirações e aos credos. Para os autores, a Nação apareceria como um conceito “psicossocio-antropológico”.

Para Maluf (2003, p. 16), a Nação é anterior ao Estado, é “a substância humana do Estado”. A Nação “é uma entidade de direito natural e histórico. Conceitua-se como um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais”. E aduz: a Nação pode perfeitamente existir sem o Estado, pois são realidades completamente distintas. E, por serem realidades distintas, há a possibilidade de várias Nações reunirem-se em um só Estado, assim como uma única Nação pode dividir-se em vários Estados.

Para Reale (2000, p. 132-33), a Nação não é uma noção artificial ou uma simples ficção política. Trata-se de uma realidade existente como formação cultural e histórica. E afirma:

“Ao contrário do que diz Jellinek, ela possui uma realidade exterior, resultante de fatores múltiplos, de ordem econômica, racial, linguística, religiosa etc., mas sobretudo de ordem histórica, por todos esses laços sutis e fortes que ligam os homens estabelecidos em um mesmo território com uma comunhão de usos e costumes. Representa, pois, também, um valor de ordem espiritual, que Renan viu renovar-se perenemente como um ‘plebiscito de todos os dias’”.

Reale considera que a Nação se apresenta como uma realidade subjetiva e objetiva, e é o elemento subjetivo que caracteriza a “consciência nacional”. E, por considerá-la uma realidade, o autor chega à conclusão de que a Nação já contém em si, de forma latente, a personalidade estatal, personalidade essa que só se completa, que só se realiza por meio do ordenamento jurídico. Sobre a questão, afirma Reale (2000, p. 135):

“Devido ao fato inegável da Nação constituir uma realidade, o grau mais alto de integração social até hoje alcançado pela convivência humana, e ao fato não menos importante de que a Nação já contém em esboço ou em

forma latente a personalidade estatal, que só se torna completa mediante o ordenamento jurídico, é que se costuma dizer que a Nação é *titular* da soberania. O termo “titular” neste caso não é empregado em sua acepção técnica, mas para indicar a sede, a fonte originária do poder estatal. É por isso ainda que dizemos que a *soberania é da Nação*, não em sentido contratualista-liberal, mas em sentido histórico-sociológico, visto como reconhecemos que toda Nação é um Estado em potência, tem o poder de se atualizar como pessoa jurídica na unidade de um ordenamento de Direito objetivo”.

Reale justifica seu posicionamento teórico afirmando que o fato de a soberania advir da Nação e, por consequência lógica, comunicar-se com o Estado propicia a análise da soberania em seus momentos social e jurídico. E chega a afirmar:

“Como pensamos ter demonstrado em um de nossos trabalhos, não há motivos para se contrapor a doutrina da *soberania nacional* à doutrina da *soberania do Estado*. Pelo contrário, é o estudo de uma em função da outra, como momentos de um único processo dialético de implicação e polaridade, que nos permite ver mais claro nesse problema, dos mais árduos da Ciência jurídica” (REALE, 2000, p. 135-36).

É interessante perceber que o posicionamento teórico de Reale, um dos mais brilhantes pensadores da cultura jurídica brasileira, segue as influências produzidas desde a Revolução Francesa, momento de nascimento do termo Nação no discurso político europeu.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, está claramente disposto que a soberania do Estado reside na Nação. Dessa forma, nenhum poder político poderia ser legítimo se não estivesse embasado na autoridade que emanava da Nação.

De acordo com os ensinamentos de Dallari (2006, p. 132), o conceito de Nação atingiu importante significação e recebeu uma conotação emocional forte como forma de justificar a afirmação dos Estados como ordens territoriais soberanas, cuja soberania residia na unidade popular, no povo.

A constituição de unidades políticas estáveis, sólidas, dependia da afirmação do Estado como ordem soberana; por consequência, o conceito de Nação – criação artificial – foi instrumento explorado no século XVIII para que a burguesia pudesse conquistar o poder político. Em nome da Nação, segundo Dallari, lutava-se contra a monarquia absoluta, e justificava-se a assunção do poder político pelo povo:

“... a Nação, em cujo nome se pretendia o governo do Estado, passa a ser identificada com o próprio Estado. Esse conceito era mais difícil de ser atingido pelo povo, por ser uma construção científica muito elaborada, enquanto que o termo *Nação*, muito vago e já utilizado com êxito como símbolo de reivindicações populares, prestava-se muito mais para despertar reações emocionais. E foi assim que, resolvido o problema interno com a derrubada ou o enfraquecimento das monarquias, os novos governantes dos grandes Estados passaram a utilizar a força mística da expressão para justificar suas investidas sobre os pequenos Estados” (DALLARI, 2006, p. 132-33).

Pode-se perceber que o conceito de Nação, apesar de conter elementos subjetivos e objetivos profundamente complexos, é absorvido pela teoria política e pela ciência jurídica como um conceito objetivo para justificar e legitimar o conceito de soberania. A soberania não mais reside no poder político exercido pelos monarcas, mas sim no poder político oriundo da Nação.

Nesse diapasão, podemos entender claramente a opção teórica de Reale por defender o conceito de soberania em

seus aspectos social e jurídico. Sob essa perspectiva, a soberania deixa de ser um termo duro e frio para expressar os valores sociais, o *ethos* cultural, a consciência nacional. Porém, é preciso que se diga que essa perspectiva resolve o problema do conceito teórico de soberania, mas não soluciona nem desvenda o significado de Nação.

Como acentua Dallari (2006, p. 133), não se podem questionar a importância do conteúdo sociológico da realidade Nação e a influência desse como este conceito sociológico sobre a organização e o funcionamento do Estado. Porém, é preciso que se diga: o conceito de Nação não possui significação jurídica.

Com embasamento nos estudos de Ferdinand Tonnies, nas obras *Comunidade e sociedade* e *Princípios de sociologia*, Dallari afirma que a diferenciação entre Estado e Nação se impõe, pois Nação é uma comunidade, enquanto Estado é uma sociedade. Logo, não se pode afirmar que o Estado seja a evolução da Nação ou mesmo produto da Nação. Ele assevera:

“Assim, a submissão a um governo comum, o uso da mesma língua, a aceitação de muitos valores culturais comuns, bem como a comunidade de interesses, tudo isso é insuficiente para fazer do Estado uma Nação, mas é útil para a obtenção de maior solidariedade na persecução dos objetivos da sociedade política” (DALLARI, 2006, p. 137).

A fórmula encontrada àquela época para abrigar em termo tão plurívoco - Nação - a ideia de legitimidade do exercício do poder certamente foi instrumento para legitimar regimes democráticos e antedemocráticos.

Marxistas, desde o século XX, já repudiavam o conceito de Nação, pois diziam que ele seria produto da ideologia burguesa (ÁLVAREZ, 2004, p. 136).

Deve-se ressaltar que o conceito de Nação serviu para legitimar o imperialismo das potências europeias, que objetivavam

a extensão de sua soberania para fora dos limites territoriais, alcançando outros domínios e comunidades. A conquista das colônias - como anexação ao seu território e forma de submissão - foi fórmula exemplar da utilização do termo Nação como legitimação do exercício do poder político. A palavra serviu a contento para justificar o imperialismo de potências europeias e consolidar o capitalismo moderno.

O trabalho teórico de Renan é prova cristalina de que a concepção teórica de Nação nasceu objetivando a legitimação do poder político estatal para, em nome da Nação, subjugar outros povos. Quando Renan afirma que a Nação pressupõe certa dose de recordação e esquecimento, acaba por propor a perspectiva de Nação sob o ponto de vista do colonizador. Nesse sentido, Argumedo (2004, p. 182-83), ao analisar a concepção de Renan, afirma:

“... con referencia al *pasado* el concepto de Renan muestra una aparente contradicción o una paradoja, donde resalta la clara intencionalidad política de sus razonamientos. Afirma que *el olvido* - e incluso el error histórico, la eventual distorsión de la historia - es un factor crucial en la creación de una nación y el progreso de los estudios históricos puede transformarse en un peligro para la nacionalidad: es preciso olvidar los hechos de violencia ocurridos en el origen de todas las formaciones políticas, en tanto la esencia de la nación es que los individuos tengan muchas cosas en común y también que todos hayan olvidado otras muchas cosas. Pero, al mismo tiempo, también habla de la necesidad del *recuerdo* como factor crucial de la nación; en consecuencia, establece una especial relación entre *olvido-recuerdo*, por la cual el sentimiento de nacionalidad se construiría mediante una ficción, una determinada versión de esa historia. Es lo que Arturo Jauretche

denunciara como *política de la historia*; un relato que tiende a distorsionar la historia real, imponiendo qué se olvida y qué se recuerda en función de la concepción del mundo y los intereses presentes de los sectores dominantes o las potencias imperiales, para los cuales esa historia tiene capacidad de legitimación. Una *política de la historia* elaborada en favor de las glorias y la legitimidad de los intereses hegemónicos, como un saber que nutre determinadas relaciones de poder, eventualmente amenazadas por los estudios historiográficos”.

A obra de Renan, ao ocultar o passado, objetiva distorcer o relato do curso da história. Sob a perspectiva do colonizador, é interessante que se olvidem a dominação e a opressão. Porém, sob o ponto de vista do colonizado, o caminho deve ser totalmente inverso: a busca da identidade nacional deve partir do conhecimento histórico desse passado como forma de construir sociedades integradas e independentes.

Nesse sentido, salienta Argumedo (2004, p. 191):

“No es posible entonces plantearse el tema de la nación sin un análisis crítico de nuestra propia historia y de la historia del Occidente central; porque todo indica que para salir de esta encrucijada es necesario actuar en un sentido exactamente inverso al que propone Ernest Renan, con sus olvidos y sus recuerdos interesados”.

3. Novas reflexões sobre o conceito de Nação

Ariza (2004, p. 117), ao escrever artigo sobre a Nação com base nos estudos das obras de Fanon e Renan, afirma que Fanon apresenta a visão do colonizado, pois afirma que a Nação representa um corte (*hendidura*), uma ruptura da ordem colonial.

Fanon realiza análise crítica do passado daqueles que foram oprimidos em razão do

colonialismo. Considera o autor a necessidade da análise histórica, o não esquecimento dos fatos do passado. Não se pode falar em identidade nacional esquecendo-se os fatos traumáticos do passado, a dominação exercida pelos colonizadores.

Ariza ressalta que, para Fanon, a análise sobre o que seja Nação deve ser realizada considerando-se que os dominadores fazem parte da trama ideológica da constituição do sentido de sujeito nacional. Portanto, para que os colonizados pensem no sentido de Nação, é necessário levar em conta que a análise não pode ser apartada do passado histórico, das práticas colonialistas, dos resquícios da colonização.

Segundo Ariza (2004, p. 124),

“... es posible pensar en Fanon que colonizador/colonizado no es tanto una diferencia que atañe a quienes sí y quienes no formarán parte de la nación futura, pues *ambas* figuras *coexisten* dentro de cada sujeto de la nación. Siguiendo a Zizek, podría pensarse que el problema no es tanto la distancia radical que hay entre los dos rostros de la sociedad colonizada, sino la *extraordinaria cercanía* que hay entre uno y otro”.

Leciona Ariza, ao estudar a obra de Fanon, que, para o autor, o estudo da Nação requer a compreensão da realidade histórica do povo colonizado e que a Nação não necessariamente deve ser uma cópia da metrópole. Fanon considera que, para a construção da realidade da Nação, é necessária uma descolonização, uma interferência histórica dos sujeitos que compõem a Nação – antes colonizada – para concretizar a realidade futura não como uma cópia ou imposição exterior do modelo de produção colonizador.

“... la nación en Fanon es tanto diferente del pasado – entendido como cuerpo de tradiciones inmemoriales, veladas para la historia por las tinieblas de la conquista – como del futuro entendido como ilusión mítica o reli-

giosa, lejana e inconmovible. El texto de Fanon es, entre muchas otras cosas, una exhortación feroz a provocar la conmoción por el choque de estos dos tiempos con un presente tensionado, ajustado alrededor de sus propias fronteras y verdades. A esta eclosión Fanon denominó nación. Porque la nación es sinónimo de lo que en el presente es incómodo, sinónimo de una batalla que debe llevarse adelante en el trabajo, y de lo que en el trabajo es para los pueblos alumbrar las promesas incumplidas. De alguna forma, la nación de Fanon no se corresponde ni siquiera con el presente, en tanto lo actual siempre está ya en viaje hacia el porvenir” (ARIZA, 2004, p. 132).

O que propõe Fanon, sob nossa óptica, é uma revisão do sentido de Nação, que não pode mais ser analisado sob a perspectiva dos colonizadores, sob o paradigma conceitual dos colonizadores. Nação é um viver histórico contextualizado, o que implica análise histórica do passado, dos eventos traumáticos, frutos do colonialismo, para que se busque um caminho próprio, que deverá ser realizado com o trabalho daqueles que, com sua inteligência, com sua formação, podem transformar o espaço nacional a partir das necessidades reais. Logo, o sentido de progresso deve ser buscado de acordo com a historicidade desse povo e não com um modelo imposto desde fora.

Essa perspectiva também é evidenciada por Álvarez (2004, p. 136), ao tratar dos estudos do peruano José Carlos Mariátegui, autor que apresenta uma visão renovadora da teoria marxista aplicada à realidade latino-americana.

Álvarez ressalta que o interessante na obra de Mariátegui é como o autor conseguiu realizar uma análise da Nação sob a perspectiva marxista. E afirma: “Sus trabajos producen un quiebre en el marxismo latino-americano al introducir el tratamiento del tema nacional” (ÁLVAREZ, 2004, p. 138).

Mariátegui realiza análise da Nação a partir da realidade cultural de seu povo, o que implica considerar grande parte da população excluída – os camponeses indígenas. Logo, a condição desoladora de vida dos indígenas permite compreender que o conceito de nacionalidade é frágil³.

Apesar de Mariátegui não apresentar uma definição do conceito de Nação, é possível, segundo Álvarez (2004, p. 140-41), compreender que, para o autor peruano, a ideia de Nação só pode ser revelada com base no conhecimento das distintas relações de produção, que outorgam especificidades histórico-sociais a cada Nação. Nação também é a expressão dos conflitos resultantes da reunião de diversas culturas. Logo, saber o que é Nação requer identificar, conhecer e resolver o problema da identidade cultural no Peru, marcado por exclusões, pelo legado colonial e pela própria modernidade.

Para Mariátegui, pensar em Nação pressupõe a capacidade e o direito que toda Nação tem de defender sua existência perante outras nações opressoras⁴.

³ Sobre a questão, afirma Álvarez (2004, p. 139): “En el campesinato indígena y en la tierra, esa nación se hacía cuerpo, un cuerpo que debía realizarse, y para ello era necesario transformar el modo de producción de forma tal que las masas indígenas quedaran incluidas en la vida política y económica del Perú. Para Mariátegui la realización de la nación no puede llevarse a cabo con la solución liberal, que implica el fraccionamiento de los latifundios gamonalistas para crear la pequeña propiedad y el pequeño productor. El tiempo liberal ya ha pasado. La solución al problema peruano se encuentra en el socialismo”.

⁴ Segundo Álvarez (2004, p. 140-142), “Nación y revolución conforman el resultado final de la ecuación desarrollada por Mariátegui para resolver el enigma del Perú. La revolución socialista debe encargarse de lograr la segunda y verdadera independencia debido a que la República burguesa ha fracasado y con ella la posibilidad de que el Perú sea ya una nación”. (...) “La nación y revolución son tareas conjuntas. Entonces, si la nación se realiza con la revolución socialista su lugar no está en el pasado sino en el futuro”. (...) “El proyecto de un nuevo Perú, de un Perú socialista pertenece a la joven generación, a la vanguardia, que debe resolver el problema de la nación incorporando al indio a la peruanidad. En tanto y en cuanto el Perú

Verifica-se que Mariátegui apresenta uma ideia de futuro que não está desconectada das tradições culturais do passado. Para o autor peruano, a tradição é importante, mas deve ser transformada para que a ideia de Nação consiga expressar a realidade concreta do Peru, de seus cidadãos. A Nação é um processo, é “apertura, diálogo constante con el resto de las culturas del mundo”⁵ (ÁLVAREZ, 2004, p. 143).

Conclui-se que, para Mariátegui, Nação nada mais é do que processo vívido em construção, processo democrático, por consequência inclusivo e dependente da atuação humana. A posição do autor peruano é tão contundente que ele chega a afirmar que o Peru só será uma Nação quando alcançar o bem-estar material de seus habitantes.

no resuelva este problema no será una nación, será sólo un proyecto inconcluso”.

⁵ Para Álvarez (2004, p. 143), “La nación real es el indio pero también lo es la lengua española, la religión cristiana, la democracia, las vanguardias estéticas, las ideas socialistas y otros elementos culturales que no tienen inscripto su nacimiento en el Perú pero que ya conforman su realidad concreta”. De maneira fabulosa, Álvarez (2004, p. 144-45) realiza síntese sobre o pensamento de Mariátegui: “Utilizando ese enfoque tan particular que conjuga un análisis materialista con concepciones culturalista ajenas al marxismo clásico, Mariátegui articula una respuesta sobre la nación que supone a la vez una búsqueda de la identidad cultural peruana y una respuesta a los dilemas socio-económicos y políticos de la modernidad capitalista. Así la nación es vista como un proyecto inconcluso pero que no busca en el futuro su completa constitución sino que recupera del pasado la base para la futura nacionalidad. Un pasado que, en el caso del Perú y de América Latina en general, resulta heterogéneo en cuanto a sus tradiciones culturales y conflictivo por la exclusión y parcial eliminación de los pueblos indígenas. Esta nación mariáteguiana no pretende restaurar el pasado ni ceñirse a la recuperación exclusiva de las tradiciones de las masas oprimidas, sino que se abre a los elementos que la historia ha dispuesto para reorganizarlos introduciendo las ideas socialistas. Ideas estas que implican la necesaria incorporación del indio y el bienestar material de toda la población, objetivos cuya cristalización supondrán la definitiva constitución de la nación en el Perú, estableciendo un límite a la voracidad de los intereses capitalistas”.

É interessante considerar que o discurso de Mariátegui se assemelha bastante à visão que hoje se tem de justiça social. Não pode haver justiça social com grandes desigualdades entre cidadãos.

Qualidade de vida, inclusão social, bem-estar, exercício da cidadania dependem de um fazer humano, de uma transformação social que concretizem uma “revolução” – mudança dos padrões capitalistas, objetivando a inclusão social dos excluídos, dos que verdadeiramente só possuem nacionalidade e cidadania em concepção jurídico-formal. E esse processo de transformação social deve partir do contexto histórico-cultural, de um reconhecimento da própria cultura nacional – que é fruto de uma história de conquistas, lutas, opressão e, também, de libertação.

Vimos, a partir da análise de diversas perspectivas teóricas sobre Nação, que o sentido multívoco do termo pode ser utilizado tanto para a legitimação de poderes políticos opressores como para a legitimação de poderes políticos democráticos.

Rinesi (2004, p. 172) salienta que a palavra Nação pode ser utilizada tanto como instrumento para legitimar o poder político estatal quanto como uma ideia de Estado-Nação, de população. Salienta o autor o fato de que há uma ambivalência e que a oposição existente entre a palavra Nação – como expressão da legitimidade do poder político, do poder estatal – e Nação – como a ideia de povo-Nação – expressa claramente essa tensão presente no espaço político.

“El Estado nación y el Pueblo-nación, estamos proponiendo, constituyen mecanismos de interpelación a través de los cuales (y en la pugna entre los cuales) se constituye la misma nación como sujeto colectivo” (RINESI, 2004, p. 173).

(...)

“Entonces: pensar, digo, la *tensión* entre esos dos mecanismos en los cuales se construye siempre la identidad nacional. Por un lado, la

apelación o interpelación estatal, que actúa siempre como un principio de sutura y de cierre del sentido y que busca, a través de los mecanismos discursivos y prácticos que venimos de mencionar, la construcción de una *armonia* nacional: la ideología del Estado-nación o de la nación estatalmente definida y sancionada es una ideología consensualista. Por el otro lado, la apelación o interpelación nacional-popular, que actúa siempre como un principio de ruptura de ese sentido único, de quiebre de esa idea de harmonia, y que postula siempre una tesis conflictivista de la historia, en la medida en que siempre opone la nación, el pueblo-nación, a alguna otra cosa que no lo sería: la anti-nación, el anti-pueblo, los cipayos, la oligarquía, los vendepatrias o los cómplices del imperialismo” (RINESI, 2004, p. 173-74).

A análise realizada por Rinesi (2004, p. 176) permite-nos pensar que o conceito de Nação – sob as duas perspectivas – é salutar na medida em que revela uma tensão existente no próprio processo político, e a política, segundo o autor, está intrinsecamente relacionada ao poder e ao conflito. Tratar da Nação como Estado ou como expressão do povo, população, é um modo de revelar essa tensão.

Das reflexões acima realizadas, depreende-se que a definição de Nação estreitamente relacionada ao conceito de soberania não explica – mas potencializa ainda mais – a ambiguidade que o termo apresenta.

Afirmar categoricamente a relação direta e necessária entre Nação e Estado é um equívoco. Pode-se inclusive argumentar que o conceito de soberania como algo diretamente relacionado ao exercício do poder político por meio da Nação é um engodo ideológico. Se não sabemos ao certo o que significa Nação, difícil será identificar quem são os titulares legítimos do exercício da soberania. E é também sob

o prisma ideológico que podemos analisar o termo Nação.

Utilizamos o pensamento de Anderson, que afirma que a Nação é um artefato cultural de uma classe determinada, criado no século XVIII, fruto de complexas forças históricas. Para o autor, o conceito de Nação, uma vez criado, foi transplantado para vários terrenos sociais e também para uma variedade de “constelaciones ideológicas y políticas”⁶ (ANDERSON *apud* LVOVICH, 2004, p. 75).

Bobbio, Matteuci e Pasquino (2004, p. 797) ressaltam que a Nação pode ser vista como uma entidade ideológica, o “reflexo na mente dos indivíduos de uma situação de poder”.

Para os autores, a Nação é reflexo de um tipo de situação de poder. Logo, a Nação revela-se como a ideologia de um determinado tipo de Estado, pois é ao Estado que a Nação dirige o sentimento de fidelidade. Eles afirmam: “A função da idéia de Nação, como vimos, é a de criar e manter um comportamento de fidelidade dos cidadãos em relação ao Estado”⁷ (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2004, p. 797).

⁶ Para Lvovich (2004, p. 76), “La nación se imagina limitada por tener fronteras finitas, aunque elásticas, más allá de las cuales se ubican otras naciones, y se piensa soberana porque el concepto nació en una época en que la Ilustración y la Revolución estaban destruyendo la legitimidad de los reinos dinásticos. A su vez, se imagina como comunidad porque, ‘independientemente de la desigualdad y la explotación que en efecto puedan prevalecer en cada caso, la nación se concibe siempre como un compañerismo profundo, horizontal”.

⁷ Afirmam Bobbio, Matteuci e Pasquino (2004, p. 797): “A função de idéia de Nação, como vimos, é a de criar e manter um comportamento de fidelidade dos cidadãos em relação ao Estado. A idéia de laços naturais profundos, elemento integrante do núcleo semântico fundamental do termo, desempenha esta finalidade, inserindo-se na esfera mais íntima da personalidade dos indivíduos, unidos justamente por estes laços, a ponto de justificar a elaboração de um ritual ou de uma simbologia pseudo-religiosos. Historicamente este sentimento foi criado pela extensão forçada a todos os cidadãos do Estado de alguns conteúdos típicos da nacionalidade espontânea (por exemplo, a língua) ou, no caso de se revelar inviável esta extensão, pela

Ora, essa fidelidade está na razão direta do caráter ideológico expresso no conteúdo Nação. E mais: as exigências de justificação da razão do Estado estão intrinsecamente relacionadas à ideologia da Nação, pois a Nação nada mais é do que “a ideologia de um tipo de Estado”. “A Nação seria a *ideologia do estado burocrático centralizado*”⁸ (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2004, p. 798).

Porém, Bobbio, Matteuci e Pasquino (2004, p. 798-99) chamam a atenção para o fato de que, se a Nação é a ideologia do Estado burocrático centralizado, “a superação desta forma de organização do poder político implica a desmistificação da idéia de Nação”.

E afirmam:

“Existem fundamentos concretos para esta desmistificação. É um dado de fato que a atual evolução do sistema de produção na parte industrializada do mundo, após ter levado à dimensão “nacional” o âmbito de interdependência das relações pessoais, está atualmente ampliando este âmbito, tendencialmente, para além das dimensões dos atuais Estados nacionais e aponta, com uma

imposição da falsa idéia de que alguns conteúdos típicos da nacionalidade espontânea eram comuns a todos os cidadãos (por exemplo, os costumes). Este processo se concretizou, nos Estados que o levaram até às últimas conseqüências, mediante a imposição a todos os cidadãos dos conteúdos característicos da nacionalidade espontânea predominante e mediante a supressão das nacionalidades espontâneas menores (a esse respeito é paradigmático o caso da França)”.

⁸ Nessa perspectiva, afirma Rinesi (2004, p. 171-72): “La ideología de la nación, el reflejo distorsionado de las cosas implicado en la idea de nación, constituye un tipo de pensamiento ilusorio y falso del que saca provecho el Estado para conseguir la obediencia y la lealtad de los ciudadanos”. (...) “... la palabra ‘nación’ suele usarse muchas veces en asociación con la palabra ‘Estado’ y el sentido de esta asociación es, en efecto, el de reflejar el modo en que el Estado sostiene la pretensión de legitimidad de su poder sobre la ideología que lo imagina representando una entidad anterior a él y de la que él sería la expresión política, que es la nación”.

evidência cada vez mais direta, para a necessidade de se organizar o poder político em níveis continentais e conforme modelos federativos.

É, portanto, previsível que a história dos Estados nacionais esteja chegando ao fim e que esteja para começar uma nova fase em que o mundo se organizará em grandes espaços políticos federativos. Porém, se o federalismo significa o fim das Nações no sentido até aqui definido, significa também o renascimento, ou o revigoramento, das nacionalidades espontâneas que o Estado nacional abafa ou reduz a meros instrumentos ideológicos a serviço do poder político, e, conseqüentemente, a volta àqueles autênticos sentimentos gregários dos quais a ideologia nacional se fez única detentora e que foram por ela transformados em valores dependentes” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2004, p. 798-99).

No mesmo sentido, afirma Ferrajoli (2002, p. 50):

“As idéias de ‘nação’ e de ‘nacionalidade’, não menos do que a noção de ‘Estado’, são também uma invenção ocidental: nascidas da Revolução Francesa, serviram para fornecer, no século XIX, um embasamento ‘natural’ aos Estados europeus e para legitimar sua soberania como ‘nacional’ e/ou ‘popular’. Hoje, essas mesmas idéias estão se voltando contra os Estados: concebidos e legitimados como instrumentos de pacificação interna e de unificação nacional, eles, enfim, revelam ser não apenas as principais ameaças à paz externa, como também fontes de perigo para a paz interna e fatores permanentes de desagregação e conflito”.

Ora, o que os autores conseguem ressaltar é que, na Modernidade, o Estado nacional configurava o poder político e jurídico, alicerçado na identidade cultural, no

sentido da nacionalidade. Hoje, em função da globalização – como complexo fenômeno, conjunto de transformações econômicas por meio da aplicação de novas tecnologias e por meio da força livre do mercado – inúmeras implicações nos campos político, jurídico, econômico, social, ambiental foram produzidas. As consequências e os efeitos transformadores causados pela globalização afetam diretamente os paradigmas estruturantes do Estado Moderno, no qual a ideologia da Nação estava consolidada.

Como salienta Giddens (1998, p. 156), a globalização é um fenômeno que vem reestruturar os modos de viver de forma bastante profunda. Significa dizer que esse fenômeno – que não é somente econômico, mas sobretudo cultural, político e jurídico – transforma o cenário nacional, assim como afeta diretamente a soberania nacional. A globalização econômica conseguiu destruir o projeto da modernidade do Estado Nacional, alicerçado na identidade cultural, no sentido de nacionalidade, provocando o colapso do modo de vida ocidental. Segundo Beck (1998, p. 18), “A nadie se le oculta que se ha producido una especie de toma de los centros materiales vitales de las sociedades modernas que tienen Estados nacionales...”.

David (2004, p. 153) considera que a desagregação da figura estatal – consequência do neoliberalismo – é problema político que afeta e provoca inúmeras interrogações em torno da palavra Nação.

A desestruturação do Estado e a dificuldade crescente de regular o poder social têm provocado uma lesão na eficácia política do termo Nação para a consecução dos fins comunitários, afirma David, ao analisar a situação concreta da Argentina.

Lvovich (2004, p. 78), ao estudar a obra de Anderson, argumenta que, com a transnacionalização das forças produtivas – fruto do capitalismo avançado –, há a deterioração do sentido de Nação. Ainda que exista a vontade, o desejo de pertencer a uma classe, a uma identidade,

as pautas culturais e econômicas frustram essa vontade.

Se, como leciona Beck (1998, p. 19), a globalização gera o deslocamento do político – antes diretamente relacionado ao espaço nacional – para o espaço do mercado, uma redefinição ideológica do conceito de Nação precisa ser estruturada como forma de justificação do poder político. Em outras palavras, a ideologia da Nação sobre os limites territoriais do Estado não serve mais a contento como conteúdo ideológico justificador das ações políticas estatais.

Dallari (2006, p. 135) ratifica essa perspectiva, ao afirmar que a coincidência entre Estado e Nação é algo cada vez mais raro em função da possibilidade de comunicação e de mobilidade dos indivíduos entre os Estados. E assevera que o conceito jurídico de Estado nacional, fruto da modernidade, serviu a contento na Europa do século XIX em razão da estabilidade política e das fronteiras territoriais bem definidas.

Hoje, a realidade que se nos apresenta é outra. O enfraquecimento da soberania estatal é acompanhado do surgimento de outros atores políticos, não estatais. Logo, a justificação do poder político do Estado nacional já não se pode dar como outrora e urge que se encontrem novos paradigmas para solucionar os problemas advindos desse novo modelo econômico global.

É interessante considerar a urgência dessa mudança paradigmática porque, se mantivermos o entendimento de que a Nação é a reunião de uma comunidade sob padrões culturais idênticos, que expressam a soberania de um determinado Estado, estaremos ratificando um conceito jurídico que já não é mais adequado à realidade.

Lvovich consegue relatar, de forma crítica, o descompasso existente entre o conceito jurídico e a realidade quando nos referimos à Nação.

“Por lo tanto, ahora las comunidades se tornan ‘imaginadas’ sólo en el mal sentido, esto es, desconectadas de cualquier sentido de la realidad social

y de la posibilidad de una transformación social. Estas identidades ya no están basadas en ninguna experiencia sustancial de un destino político compartido, con lo que el anhelo de identidad nacional deviene una muestra de etnicidad pseudo arcaica. En nuestros días, el enorme desarrollo de las migraciones hacia el mundo más desarrollado se combina con la revolución de la comunicaciones, afectando profundamente la experiencia subjetiva de la migración. En efecto, la posibilidad de residir en el extranjero y mantener un contacto – físico o imaginario – con la tierra natal *posibilitará que, desde el punto de vista del inmigrante, la calidad de ciudadano se separe de la lealtad a un estado-nación*” (LVOVICH, 2004, p. 78-9, grifo nosso).

Se, na atualidade, se fazem necessárias novas bases para o entendimento e a solução dos problemas existentes, bases essas que ultrapassem – transponham – os limites territoriais do Estado, a própria definição do conceito de Nação, como conteúdo ideológico justificador da existência do Estado como poder político, sofre significativo impacto. O conceito deve ser redefinido em face das transformações paradigmáticas causadas pela globalização ou mesmo “implodido” para renascer ante as novas fronteiras culturais, econômicas, políticas e jurídicas que se descortinam neste novo século. Isso se aplica também ao conceito de cidadão.

Propostas inovadoras surgem.

Vernik (2004, p. 22) apresenta definição de Nação, considerando a realidade da Argentina. Contudo, trata-se de definição extremamente feliz por responder, de forma crítica, atual e embasada no contexto político, o que necessariamente o conceito de Nação deve expressar para o povo argentino. Arriscamos-nos também a afirmar que o conceito de Vernik ou a proposta que oferece sobre o que seja a Nação se estende também aos povos da América do Sul:

“Habremos de decir por último, que no hay nación sin creación nacional, sin literaturas y artes libres, sin estructuras de comunicación, sin caminos, medios de información, escuelas y universidades, sin una voluntad de intervenir armoniosamente sobre la naturaleza, sin técnicas, sin humanizar el paisaje que nos rodea. Y la nación es entonces una voluntad de serlo desde un marco socio-geográfico y desde una historia a reconfigurar. Una nación es para afuera un debate pendiente con las otras naciones, y para adentro, es por fin, arrojarse a un destino, a una praxis libertaria: al trabajo siempre arduo e inconcluso de la organización práctica con los que menos tienen.

La nación es así un concepto peligroso, es una voluntad. Es una construcción peligrosa, es arrojarse políticamente a un futuro incierto. Somos los que habitamos la nación es también la pregunta por los que no tienen nación, los excluidos de toda nación. La Argentina es lo que somos, o acaso lo que todavía podemos ser” (VERNIK, 2004, p. 22).

Essa é uma definição de Nação que muito nos agrada, pois consegue ampliar o conceito de Nação. Ela consegue ampliá-lo de forma revolucionária.

A definição proposta pelo autor permite entender que Nação é um verdadeiro processo, um constante devir, que depende, claramente, da cultura política, da produção do conhecimento, do *ethos* cultural de uma comunidade, mas, acima de tudo, de práticas democráticas. Quando Vernik (2004, p. 22) afirma que a existência da Nação depende da produção do conhecimento nacional, da existência da cultura, de um conjunto de serviços, possibilidades e direitos que possibilitem aos cidadãos daquela comunidade desenvolverem sua personalidade, sua dignidade como condição para o exercício da cidadania, deixa antever que Nação é,

sobretudo, um processo em debate – para dentro dos limites territoriais, para fora dos limites territoriais. Trata-se de uma prática libertária porque é inclusiva. E, acima de tudo: essa prática inclusiva e libertária deve ser contextualizada – um olhar para o passado tendo em vista um futuro comum.

A Nação somente pode ser concebida como tal se revelar o valor da igualdade entre os que nela habitam, e isso depende também da inclusão dos que nela estão excluídos.

Sob essa perspectiva e considerando que o conceito de Nação deve ser revisado, a igualdade, tão necessária para se viver em comunidade, depende também da inclusão daqueles que vivem no país, mas ali não nasceram.

Vivemos numa sociedade que se caracteriza pelas relações laborais temporárias, flexíveis, pois cada vez mais trabalhadores migram de um país para outro. É necessário que se revise o sentido de identidade coletiva em âmbito nacional justamente em função dos fluxos migratórios hoje recorrentes.

Beck, em seu livro *La democracia y sus enemigos* (2000, p. 129-130), realiza importante abordagem e trata, em capítulo específico, da condição dos *extraños*. A visão do autor remete-nos ao esfacelamento da identidade coletiva em âmbito nacional, diretamente relacionada aos fluxos migratórios⁹.

⁹ Beck (2000, p. 128-129) faz a seguinte indagação: “¿Qué significa la categoría ‘extraño’? Comencemos con algunos ejemplos. No son extraños los prusianos en Prusia, sino los prusianos en Baviera (o, al revés, los muniqueses en Berlín). No son extraños los turcos en Turquía, sino los turcos en Berlín-Kreuzberg. Y extraños son los turcos alemanes, los hijos de turcos que han nacido y crecido en Alemania y aquí han ido a la escuela e incluso, tal vez, hablan un muniqués auténtico, pero tienen pasaporte turco y en su ‘patria’, Turquía, se encuentran como turistas. Extraños son los afroalemanes que, por su idioma, su identidad y su gusto por las navidades alemanas y la cocina alemana, son ‘alemanes’, pero no lo son en una nota social muy importante: tienen el color de la piel negro, y por eso el resto de la gente se dirige a ellos y los trata como se suele hablar y tratar a los negros:

Para o autor alemão, o *extraño* é justamente aquele indivíduo que, apesar de fazer parte da comunidade cultural em que vive, de estar devidamente relacionado e integrado, de falar a língua, não reflete a identidade nacional porque não preenche o sentido de pertinência, de fazer parte da identidade cultural. E essa diferença é realçada por estereótipos ou por expressões que indicam a delimitação do que é ser *extraño*, trazendo latentes impressões negativas e muitas vezes a imagem de “inimigo”.

Beck deixa bem claro que os imigrantes que já vivem e estão aculturados nos países para onde migraram acabam por romper com os estereótipos do mundo dos que vivem naquele lugar. Em outras palavras, eles fogem do padrão, do modelo, dos estereótipos existentes de uma determinada ordem social. Muitas vezes, são pessoas nascidas naquela comunidade, que falam a língua, no entanto são excluídos da comunidade social por serem “*extraños*”¹⁰.

‘¿Tú entender?’. Extraños son también los americanos chinos que, orgullosos de su identidad étnica, no tienen ni idea de China, pero que en la calle tienen que soportar constantemente la pregunta de dónde está el restaurante chino más cercano. Extraños son, finalmente, los judíos alemanes, que con entusiasmo se alistaron y cayeron por Alemania en la Primera Guerra Mundial, pero que sólo recientemente han sido honrados con una corona por un Ministro de Defensa alemán. Extraños son los judíos alemanes que, con su condecoración en el pecho ganada en la Primera Guerra Mundial, sin poder creer que unos patriotas pudieron matar otros compatriotas, fueron llevados a campos de exterminio. Extraños son las personas que se ven a sí mismas como judías, se encuentran como extraños en Europa y en Alemania y de esa sensación de extrañeza obtienen su (frágil) identidad. Un día podrán aparecer por China y, para sorpresa suya, e incluso espanto, comprobarán que en China la categoría ‘judío’ no quiere decir absolutamente nada; allí entran a formar parte, junto con sus antagonistas alemanes, del gran magma de los ‘europeos’, de los ‘blancos’. Y entonces sufrirán una fuerte crisis de identidad”.

¹⁰ Beck (2000, p. 128-129, 134-135) afirma categoricamente: “En general se puede decir que la categoría de extraño rompe desde dentro con las categorías y los estereotipos del mundo de los del lugar. Los extraños no encajan en ninguno de los moldes en los que deberían encajar”. (...) “... el extraño es una refutación viviente de los perfiles aparentemente

O que é interessante ratificar, a partir da visão de Beck, é que o conceito de nacionalidade – que deveria ser analisado sob a perspectiva sociológica – é considerado como um conceito jurídico. Transforma-se em um conceito jurídico os sentidos de identidade e comunidade, tão complexos e conflituos. Assim, acaba-se rotulando a ideia de nacionalidade em determinados estereótipos de uma ordem social.

O estereótipo, pela própria definição semântica – a de clichê (FERREIRA, [1975], p. 580) –, deturpa a realidade social, não a revela em sua complexidade. E gera, por que não dizer, maiores desigualdades e conflitos.

Beck, realizando citação direta da obra de Georg Simmel, demonstra ser o “extraño” um elemento que faz parte do corpo social, como os pobres. Todavia, o que o diferencia é que ele desrespeita os estereótipos cultivados e formados no espaço da Nação (BECK, 2000, p. 131).

3. Considerações finais

Mas, então, o que vem a ser Nação no contexto atual?

Tratar de Nação requer, primeiramente, desmistificar os estereótipos e os limites

claros y de los principios naturales por los que se definen las pertenencias e identidades en los Estados nacionales”. (...) “Lo que fastidia es que el extraño no es, precisamente, un extranjero, de la nacionalidad que sea, según los estereotipos de los Estados nacionales. Incluso los enemigos, llevadas las cosas al extremo, son menos peligrosos que los extraños, porque respetan el orden establecido de estereotipos de lo propio y de lo extraño. ‘Con su sola presencia – escribe Zygmunt Baumann –, que no encaja en ninguna de las categorías establecidas, los extraños atacan la validez de diferencias y límites generalmente aceptados. Y con ello privan las oposiciones al uso de su carácter ‘natural’, ponen de manifiesto su equivocidad y dejan al descubierto la fragilidad del orden social’. En otras palabras: el extraño es una prueba nítida de que ‘lo natural’ del ‘orden de los de aquí’ es artificial, convencional. Con la contradicción que (medida por contraste con las imágenes de identidad del orden social) encarnan, los extraños son una prueba constante de que el mundo podría ser de otra manera”.

jurídicos criados para refutar ou para distinguir aqueles que fazem parte do mundo local e da ordem social. Nação é muito mais do que um frio conceito jurídico. É uma experiência, é um experimentar e viver em sociedade. Logo, não se podem criar categorias que levem à exclusão ou que “absolutizem” o que é relativo.

A direta identidade entre pátria e Nação deve ser revisitada.

Os “extraños” são os exemplos latentes da fragilidade da ordem social construída sobre estereótipos como o de nacionalidade, como o de Nação.

O conceito jurídico de Nação precisa ser desmistificado, pois revela somente o convencional, um artifício ideológico que serve, na maioria das vezes, para discriminar, para oprimir¹¹.

David (2004, p. 155) chega a afirmar que a Nação é um mito¹².

¹¹ É por isso que tão bem conclui Beck (2000, p. 137): “La construcción social del extraño se realiza aquí en contextos de relativa claridad: los de aquí tienen su sitio en el entramado del orden social del que se distingue y excluye lo ‘extraño’. Ahora bien, es precisamente este entramado de exclusiones y pertenencias, concebido normalmente en claves de Estado nacionales, los que tanto en el interior de cada país como internacionalmente, está siendo minado o alterado por procesos de ‘modernización reflexiva’”.

¹² “Un mito situado en un territorio muy preciso, sujeto al albur de su propia temporalidad, ligada a las tradiciones míticas previas que subsume en su seno, que en la articulación hegemónica en la comunidad imaginaria de la ciudad futura diseña el entramado histórico en el que se ha de consumir nuestro destino. Ese mito tiene su origen, su forma, su devenir sujeto histórico; ese mito, el de *ser nacional*, en su recorrido mutante, nos traza la senda del persistir en la historia como entidad soberana. Una estética, una poética política que podemos conjugar con las disposiciones literarias que hemos sabido conseguir, es la mediadora del pacto de lectura de la realidad provisto por el mito. Ese sistema regulatorio que modula el decir, el pensar, el desear y el hacer colectivo, atravesado por la pasión, el *pathos* trágico de nuestra condición actual, es la precondition de una épica. Épica utópica que aún en sus formulaciones organicistas tradicionales funciona en las imaginaciones públicas como garantía de cohesión territorial, de integración multi-étnica, de universalidad y pluralidad lingüística, como conjunción armónica de memorias y olvidos comunes.

A definição dada por David sobre o mito da Nação é muito interessante. Segundo o autor, por meio desse mito, é possível a conciliação do corpo social, a existência de um comunitarismo, que é regido pelo jogo institucional estatal. O mito da Nação consegue desfazer hostilidades porque ela expressa um pacto. Porém, quando esse pacto se corta com a ruptura dos laços comunitários, com a desarticulação da sociedade civil, difícil se torna a existência do mito como forma de justificar o poder soberano, o que leva o autor a afirmar: “El fracaso de las ilusiones democráticas y la flagrante caída moral del modelo republicano de gestión social, incitan la búsqueda del fundamento perdido” (DAVID, 2004, p. 156).

Desfaçamos o mito e reconstruamos, na realidade, o sentido de Nação. É necessário que o povo redescubra sua historicidade – único meio para o resgate de sua cultura. Mas, para tanto, precisamos pensar a Nação “desde dentro”, buscando interagir com aqueles que fazem parte de nossa identidade tão multiforme e facetada. É necessário reconstruir o conceito de Nação – inclusivo, revolucionário, justo, que desmistifique os mitos, quebre os estereótipos e transponha paradigmas jurídicos pensados para uma realidade já passada e que são mais adequadas à urgência de se buscar a nacionalidade como expressão da dignidade humana. A nacionalidade que liberta deve romper com as diferenças que oprimem.

Referências

ÁLVAREZ, Emiliano. Mariátegui: la nación como futuro. In: VERNIK, Esteban (Org.) et al. *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

ARGUMEDO, Alcira. Naciones y miradas de la historia. In: VERNIK, Esteban (Org.) et al. *Qué es una*

Es decir, concita la textualidad coordinada de los factores que resuenan en la idea de Nación” (DAVID, 2004, p. 155).

nación: la pregunta de Renan revisitada. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

ARIZA, Lúcia. La nación interpuesta. In: VERNIK, Esteban (Org.) et al. *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos: textos escogidos*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *¿Qué es la globalización?: falacia del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. Brasília: UNB, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAVID, Guillermo. Carlos Astrada y el mito fundante de la nación. In: VERNIK, Esteban (Org.) *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Diccionario jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, [1975].

GIDDENS, Anthony. Socialdemocracia y neoliberalismo. *Claves de la razón práctica*, Madrid, n. 89, p. 10-15, enero/feb. 1998.

LVOVICH, Daniel. Nación e imaginación. In: VERNIK, Esteban (Org.) et al. *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RINESI, Eduardo. Nación y Estado en la teoria y en la política. In: VERNIK, Esteban (Org.) et al. *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VERNIK, Esteban. La nación que somos. In: _____ et al. *Qué es una nación: la pregunta de Renan revisitada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2004.

Projovem trabalhador e *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*

Análise comparativa dos programas brasileiro e argentino

Amandino Teixeira Nunes Junior

Sumário

1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Revisão da literatura. 3.1. Aspectos conceituais e teóricos no campo da avaliação. 3.1.1. Conceito de avaliação. 3.1.2. Tipos de avaliação. 3.1.3. Distinção entre avaliação e monitoramento. 3.2. A questão do desemprego entre os jovens. 4. Descrição dos programas. 4.1. Projovem trabalhador. 4.2. *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*. 5. Análise comparativa dos programas. 6. Conclusão.

1. Introdução

As reformas de Estado levadas a cabo a partir dos anos 90 enfatizaram a necessidade de desenvolver e implementar a avaliação das políticas públicas e dos programas governamentais. O interesse pela avaliação tomou grande impulso com a modernização da Administração Pública, sendo seguida pela adoção de princípios de gestão pública empreendedora, como descentralização e desconcentração, e pelas mudanças das relações entre Estado e sociedade.

Nesse contexto, a avaliação tornou-se instrumento fundamental na gestão administrativa pública, auxiliando, a partir de seus resultados, a tomada de decisões sobre a formulação de novas políticas e programas, a melhoria ou o abandono daquelas que não contribuíram para a solução do problema público ou do atendimento da demanda social, ou a manutenção de esfor-

Amandino Teixeira Nunes Junior é mestre em Direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, doutorando em ciência política pela UnB, Professor universitário e Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

ços e a continuação da alocação de recursos para aquelas que alcançaram seus objetivos.

Nos países desenvolvidos a avaliação é amplamente praticada e, no decurso dessa experiência, modelos teóricos e propostas metodológicas foram geradas por instituições internacionais como o Banco Mundial (BIRD), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Para Hartz (2001), nesses países os processos de avaliação de programas e projetos de desenvolvimento se tornam crescentes e institucionalizados, o que exige o empenho das estruturas político-governamentais na adoção da avaliação como prática regular e sistemática de suas ações, na regulação das práticas avaliativas e no fomento de uma cultura de avaliação integrada aos processos gerenciais.

No Brasil, a importância da avaliação é também reconhecida. O Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995 pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, deu o passo inicial nesse sentido quando consignou como um dos seus objetivos aumentar a governança do Estado, isto é, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

Mas esse reconhecimento formal não se traduz, necessariamente, em processos sistemáticos e consistentes que subsidiem a gestão pública (HART; POUVOURVILLE, 1998), muito embora o Governo Federal venha realizando nos últimos anos a avaliação de seus programas, mormente os contidos nos Planos Plurianuais.

O objetivo deste trabalho é apresentar uma análise comparativa dos programas desenvolvidos no Brasil e na Argentina de preparação e estímulo à inserção dos jovens no mercado de trabalho e à sua escolarização. No caso brasileiro, cite-se o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Projovem), criado pela Lei nº 11.692, de 10

de junho de 2008, e integrado em conjunto com quatro modalidades destinadas à população juvenil, dentre as quais o Projovem Trabalhador. No caso argentino, mencione-se o Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo, instituído pela Resolução nº 497, de 15 de maio de 2005, do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social.

Para alcançar esse objetivo, primeiramente são apresentadas a metodologia e a revisão de literatura, com enfoque nos instrumentos utilizados na pesquisa, nos principais conceitos utilizados no campo da avaliação e nas questões relacionadas ao desemprego entre os jovens. Em seguida, são descritos os programas brasileiro e argentino. Finalmente, é feita uma análise comparativa de ambos os programas, com ênfase na avaliação dos resultados até agora apresentados.

2. Metodologia

A metodologia é entendida como a explicação minuciosa, pormenorizada, rigorosa e exata de todas as ações desenvolvidas no método do trabalho de pesquisa. Método, por sua vez, é definido como “[...] o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista” (LAKATOS; MARCONI, 1991, p. 40-41).

Nesse sentido, é possível compreender a metodologia como a explicitação do conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos usados para se alcançar os objetivos previamente definidos no trabalho de pesquisa.

Como observa Mezzaroba e Monteiro (2006, p. 49), “[...] o vocábulo ‘método’ está associado ao termo metodologia, que é o estudo dos métodos utilizados no processo de conhecimento”.

Para classificar a pesquisa realizada neste trabalho foi utilizada a taxionomia

apresentada por Vergara (1998), considerando os aspectos de fins e meios. Assim, quanto aos fins, a pesquisa enquadra-se como exploratória, tendo em vista que busca identificar e ampliar o conhecimento sobre os programas brasileiro e argentino de preparação e estímulo à inserção dos jovens no mercado de trabalho e à sua escolarização.

Os estudos exploratórios não elaboram hipóteses a serem testadas no trabalho de pesquisa, restringindo-se a buscar mais informações sobre determinado assunto. Tais estudos têm por objetivo familiarizar-se com o objeto da pesquisa ou obter nova percepção deste e descobrir novas ideias.

Quanto aos meios de investigação, a pesquisa, por sua vez, enquadra-se como bibliográfica e documental, de natureza qualitativa. Assim, a etapa bibliográfica buscou identificar as informações presentes na literatura que versassem sobre avaliação de políticas e programas governamentais, seus aspectos conceituais e tipológicos, bem como as avaliações existentes dos programas objeto do trabalho de pesquisa.

Por fim, a etapa documental buscou identificar os objetivos, os beneficiários e o arcabouço legal (leis e atos normativos) que constam dos documentos oficiais dos programas brasileiro e argentino.

Nessas etapas colheram-se informações em fontes disponíveis impressas, como livros, revistas e periódicos, e eletrônicas, como bases de dados acessíveis por meio da rede mundial de computadores – a Internet.

3. Revisão da literatura

3.1. Aspectos conceituais e teóricos no campo da avaliação

3.1.1. Conceito de avaliação

O conceito do que seja avaliação parece consensual entre os autores. Com efeito, segundo Theodoulou e Kofinis (2004, p. 192), “[...] policy evaluation can be better defined as a process by which general

judgments about quality, goal attainment, program effectiveness, impact, and costs can be determined”.

Para Costa e Castanhar (2003, p. 972-973),

“[...] o propósito da avaliação é guiar os tomadores de decisão, orientando-os quanto à continuidade, necessidade de correções ou mesmo suspensão de uma determinada política ou programa [...]. Se a avaliação é uma forma de mensurar o desempenho de programas, é necessário definir medidas para a aferição do resultado obtido.”

Conforme Secchi (2010, p. 49-50),

“[...] a avaliação é a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de ‘feedback’ sobre as fases antecedentes [...]. A avaliação de uma política pública compreende a definição de critérios, indicadores e padrões [...]. Os critérios são mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos. Os critérios se fundamentam em entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funciona bem ou mal.”

Rua (2009, p.109) observa que

“[...] este termo é empregado em muitos e diversos contextos, sempre se referindo a julgamentos. A avaliação de políticas públicas, entretanto, diferencia-se porque consiste estritamente na avaliação formal que é o exame de quaisquer intervenções planejadas na realidade, baseado em critérios explícitos e mediante procedimentos reconhecidos de coleta e análise de informação sobre

seu conteúdo, estrutura, processo, resultados, qualidade e/ou impactos. Assim, podemos afirmar que a avaliação formal é: um julgamento (porque envolve valores); sistemático (porque se baseia em procedimentos e indicadores previamente reconhecidos); incide sobre o conteúdo (problemas eleitos e suas soluções), as estratégias, desenho ou concepção (estrutura), os processos (insumos, atividades, capacidades, hierarquias de precedência e mecanismos de coordenação), produtos (preliminares, intermediários e finais), efeitos e impactos; uma política, programa ou projeto, tendo como referência critérios explícitos; e a fim de contribuir para o seu aperfeiçoamento, a melhoria do processo decisório, o aprendizado institucional e/ou o aumento da *accountability*.”

Como se depreende dos conceitos acima expostos, a avaliação implica, em síntese, o exame sistemático e objetivo de uma política ou programa público, concluído ou em curso, que contemple, a partir de critérios explícitos, seu desempenho, implementação e resultados, com vistas à determinação de sua eficiência, eficácia, efetividade, impacto e relevância de seus objetivos. Daí por que envolve julgamentos (atribuição de valores), que orientam os tomadores de decisão sobre o futuro dessas intervenções governamentais.

A avaliação permite julgar processos, produtos, efeitos e impactos de ações realizadas num processo de apoio a um aprendizado contínuo, tendo em vista a busca do acerto de decisões e do amadurecimento da gestão pública.

3.1.2. Tipos de avaliação

Para Secchi (2010), as avaliações podem ser identificadas, segundo seu momento de realização, como avaliação *ex ante* (anterior à implementação) e avaliação *ex post* (posterior à implementação). Há ainda a avaliação *in itinere*, também conhecida como

avaliação formativa ou monitoramento, que acontece durante a implementação para fins de ajustes imediatos.

A avaliação *ex ante*, realizada no início da política ou do programa, objetiva dar suporte à decisão de implementar ou não a intervenção governamental, e tem como elemento central o diagnóstico, que auxilia na alocação dos recursos disponíveis de acordo com os objetivos traçados. Para a avaliação *ex ante*, podem ser utilizadas as técnicas de análise custo-benefício e de análise custo-efetividade, mais afeita aos programas sociais.

A avaliação *ex post* ocorre durante a implementação da política ou do programa, ou ao seu final, quando as decisões são baseadas nos resultados alcançados. Na avaliação *ex post* julga-se, quando a política ou o programa está na fase de implementação, se a intervenção governamental deve continuar ou não, com base nos resultados obtidos até o momento; se a resposta for positiva, deve-se manter a formulação original ou realizar modificações na política ou no programa.

Para Cohen e Franco (2004), as avaliações podem ser classificadas, segundo os tipos de problemas ou perguntas que respondem, como *avaliação de processos* e *avaliação de impactos* (ou resultados).

A avaliação de processos ocorre durante a implementação da política ou do programa e detecta as dificuldades surgidas para efetuar correções ou adequações. Refere-se à dimensão de gestão e serve de suporte para melhorar a eficiência operativa.

A avaliação de impactos (ou resultados) verifica em que medida a política ou o programa atinge seus objetivos e quais são seus efeitos, indagando se houve modificações no problema público quer lhe deu origem, após sua implementação. Serve de suporte para a decisão sobre a continuação da política ou do programa e a formulação de outras ações.

De acordo com Rua (2009), as avaliações podem ainda ser identificadas, segundo

a origem da equipe que as realiza, como *avaliação interna*, *avaliação externa* e *avaliação mista* (Rua, 2009).

A avaliação interna ocorre quando a política ou programa é avaliada por uma equipe envolvida com a sua implementação. Assim, o objeto avaliado é a intervenção, seus processos, produtos, objetivos e metas, e não o desempenho da equipe.

A avaliação externa é realizada por uma equipe que não tem envolvimento com a política ou programa, como os consultores externos e os agentes ou órgãos do controle interno e do controle externo.

A avaliação mista envolve a participação de duas equipes: uma interna em parceria com outra, externa. Ambas as equipes “[...] formulam o plano de avaliação e constroem os instrumentos juntos. Em seguida, se separam para aplicar os instrumentos e analisar os dados. Depois se unem para comparar as conclusões e chegar a um termo comum” (RUA, 2009, p. 114).

3.1.3. *Distinção entre avaliação e monitoramento*

Os autores chamam a atenção para a distinção entre *avaliação* e *monitoramento*, visto que, embora funcionem como mecanismos de *feedback* sobre as fases antecedentes do ciclo de políticas públicas, essas atividades não se confundem.

Nesse sentido, Rua (2009, p. 111) observa que

“[...] O monitoramento diferencia-se da avaliação sob vários aspectos. Primeiro, enquanto a avaliação é o exame discreto de processos, produtos, qualidade, efeitos, impactos, das ações realizadas, o monitoramento é o exame contínuo de processos, produtos, resultados e impactos das ações realizadas [...]. Em consequência dessa distinção, o escopo das duas atividades é diferente: a avaliação deve explorar em profundidade os aspectos sobre os quais incide, já o monitoramento não tem como

alcançar tal profundidade, devido à sua necessidade de celeridade dos achados, para que possa subsidiar decisões sobre a condução das políticas, programas e projetos [...]. Também pelo mesmo motivo, uma vez que a avaliação produz relatórios mais complexos e densos, o monitoramento irá produzir pequenos sumários de dados parciais [...]. Em quarto lugar, enquanto a avaliação pode ser usada ou não para subsidiar a tomada de decisões, o monitoramento sempre terá de ter essa aplicação.”

Em síntese, pode-se afirmar que o monitoramento é o exame contínuo dos insumos, atividades, processos e produtos, com o objetivo de corrigir qualquer desvio dos objetivos traçados, produzindo pequenos sumários de dados parciais. A avaliação é conduzida em um ponto específico do ciclo de vida de uma política ou programa, e consiste no estudo em profundidade dos aspectos sobre os quais incide, mas o monitoramento frequentemente gera dados que são usados na avaliação.

3.2. *A questão do desemprego entre os jovens*

As elevadas taxas de desemprego entre os jovens têm provocado grave crise social, cujas consequências podem ser a ampliação do círculo de pobreza e o aumento da vulnerabilidade juvenil.

A experiência nacional e internacional revela que os jovens são mais afetados pelo desemprego do que os adultos, tanto nos países centrais quanto nos países periféricos. No entanto, a situação é mais grave nos países em desenvolvimento, em face da precária rede de proteção social.

Em 2009, segundo o relatório *Tendências Globais de Emprego para a Juventude 2010*, organizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o índice de desemprego entre pessoas com idade entre 15 e 24 anos chegou a 13% – ou 81 milhões dos 632 milhões de jovens economicamente

ativos. A taxa de desemprego entre pessoas maiores de 25 anos foi de 4,9%. Na comparação com os adultos, a taxa de desemprego entre jovens foi 2,8 vezes superior. Entre os jovens desempregados, as maiores taxas se encontravam nos países periféricos.

Segundo esse relatório, no Norte da África a taxa de desemprego nessa faixa etária foi de 23,3% em 2009, enquanto na União Europeia foi de 17,3%. Na América Latina, a taxa ficou em 14,3% e no Sul da Ásia, em 14,5%. A região com a menor taxa de desocupação entre os jovens foi no Leste da Ásia, de 8,6%.

No Brasil, conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), cerca de 54% dos desempregados no País são jovens com idades entre 18 e 29 anos. Embora se esforcem para ingressar no mercado, 45% desses jovens estão procurando trabalho há mais de seis meses e 25% deles estão desempregados há mais de um ano. Na Argentina, 25,1% da população jovem ativa está desempregada, de acordo com dados do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social.

Convém assinalar que os jovens, muitas vezes, enfrentam verdadeiros obstáculos para ingressarem e se manterem no mercado de trabalho, os quais vão desde o baixo crescimento econômico, que gera poucos postos de trabalho, até o grande número de exigências das empresas, como experiência profissional anterior e elevados requisitos de escolaridade e de qualificação. Esse cenário torna mais difícil aos jovens a conquista do primeiro emprego ou de um novo posto de trabalho. Além disso, em muitas empresas, há a equivocada concepção de que a mão de obra juvenil seria menos responsável e comprometida com o trabalho e menos produtiva.

Importa acrescentar que as transformações que se operam na economia e nas empresas têm provocado a reestruturação produtiva e a adoção de novas de novas tecnologias e formas de gestão da força de trabalho, tornando as empresas menos

dependentes de mão-de-obra e demandantes de maior capacitação profissional no momento de contratar um trabalhador. Destarte, há uma responsabilidade central do sistema produtivo na geração e ampliação do desemprego entre os jovens.

O desemprego juvenil coloca em risco o desenvolvimento da sociedade, pois obriga os jovens a retardarem o ingresso no mercado de trabalho e amplia a dependência em relação às famílias e às políticas públicas. Acarreta consequências perversas, visto que ameaça a integração social e o desenvolvimento sócio-econômico dos jovens.

Segundo Quadros (2001), por meio do desemprego juvenil e da ampliação da exclusão social, os jovens passam a ter obstáculos crescentes, em muitos casos intransponíveis, para sustentar as condições de vida e trabalho de suas famílias de origem. Nesse sentido, assinala Pochmann (1998) que, a partir dos anos 90, há, no Brasil, a ampliação da crise social juvenil relacionada aos processos de integração à vida adulta, pelo fato não mais ocorrer facilmente a passagem da escola ao mercado de trabalho. O desemprego entre os jovens tem como consequência o aumento da vulnerabilidade juvenil.

Ainda, conforme Pochmann (1998), o desemprego, no início da vida ativa de um indivíduo, pode afetar profundamente seu potencial produtivo – e, portanto, suas possibilidades de emprego e renda futuras. Quando é de longa duração, o desemprego juvenil pode prejudicar a conquista de um novo emprego, acarretar aumento da pobreza e da exclusão social, além de causar diminuição da autoestima dos jovens, desestimulando-os, em muitas situações, a procurar emprego ativamente, o que os torna desempregados ocultos por desalento ou mesmo inativos (Pochmann, 1998).

Assim, em razão de atingir centenas de milhões de pessoas numa vasta gama de países (no Brasil e na Argentina, inclusive) e de ampliar o círculo de pobreza, além de colocar os jovens em situação de desespero, impotência e risco, o desemprego precisa de

atenção especial do Estado por meio de políticas ou programas interventivos que preparem e estimulem a inserção dos jovens no mercado de trabalho, especialmente no que toca à ampliação do emprego formal, que lhes assegure direitos trabalhistas e previdenciários.

4. Descrição dos programas

4.1. Projovem trabalhador

Em 22 de outubro de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.748, que instituiu o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE, vinculado a ações dirigidas à promoção da inserção de jovens no mercado de trabalho, ao fortalecimento da participação da sociedade no processo de formulação de políticas e ações de geração de trabalho e renda, com o objetivo de, especialmente, promover a criação de postos de trabalho para jovens ou prepará-los para o mercado de trabalho e ocupações alternativas, geradoras de renda, bem como a qualificação do jovem para o mundo laboral e inclusão social.

Originariamente, o público-alvo do PNPE era formado por jovens com idade de 16 a 24 anos, em situação de desemprego involuntário, que atendessem aos seguintes critérios de elegibilidade: i) não tivessem tido vínculo empregatício formal anterior; ii) fossem membros de famílias com renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo, incluídas nessa média eventuais subvenções econômicas de programas congêneres e similares; iii) estivessem matriculados e frequentando regularmente estabelecimentos de ensino fundamental ou médio, ou cursos de educação de jovens e adultos; iv) estivessem cadastrados nas unidades executoras do programa.

O PNPE não abrangia o trabalho doméstico nem o contrato de experiência e incluía a diretriz de atender prioritariamente os jovens inscritos no Sistema Público de Emprego, por meio do Sistema Nacional de Emprego (SINE).

Em 30 de junho de 2005, foi promulgada a Lei nº 11.129, que instituiu o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Projovem) e criou o Conselho Nacional da Juventude (CNJ) e a Secretaria Nacional da Juventude (SNJ). Na sua concepção original, o Projovem apresentava caráter emergencial e experimental e tinha por público-alvo os jovens com idade entre 18 e 24 anos, que não tivessem concluído o ensino fundamental mas que tivessem cursado até a 4ª série, além de não terem vínculo empregatício. Destinava-se a executar ações integradas que propiciassem aos jovens a elevação do grau de escolaridade, com vistas à conclusão do ensino fundamental, a qualificação profissional voltada a estimular a inserção produtiva cidadã e o desenvolvimento de ações comunitárias com práticas de solidariedade, exercício da cidadania e intervenção na realidade local

Segundo dados do Ministério do Trabalho e do Emprego, de 2005 a 2007 o Projovem original atendeu a mais de 240 mil jovens nas capitais e regiões metropolitanas do país. Para ampliar ainda mais esse atendimento, foi promulgada, em 10 de junho de 2008, a Lei nº 11.692, que revogou a Lei nº 10.748, de 2003, e alterou a Lei nº 11.129, de 2005, estabelecendo a unificação dos seis programas já existentes voltados para a juventude: o próprio Projovem, Agente Jovem, Saberes da Terra, Escola de Fábrica, Juventude Cidadã e Consórcio Social da Juventude. Sua regulamentação veio com o Decreto nº 6.629, de 4 de novembro de 2008.

O Projovem integrado tem como público-alvo os jovens de 15 a 29 anos e objetiva promover sua reintegração ao processo educacional, sua qualificação profissional e seu desenvolvimento humano. É desenvolvido por meio de quatro modalidades integradas, a saber: Projovem Adolescente – Serviço Socioeducativo, Projovem Urbano, Projovem Campo – Saberes da Terra e Projovem Trabalhador.

Os objetivos do Projovem integrado são: i) complementar a proteção social básica à

família, criando mecanismos para garantir a convivência familiar e comunitária; ii) criar condições para a inserção, reinserção e permanência do jovem no sistema educacional; iii) elevar a escolaridade dos jovens do campo e da cidade, visando a conclusão do ensino fundamental, integrado à qualificação social e profissional e ao desenvolvimento de ações comunitárias; iv) preparar o jovem para o mundo do trabalho, em ocupações com vínculo empregatício ou em outras atividades produtivas geradoras de renda.

Para a implementação das modalidades do Projovem integrado, a União poderá transferir diretamente recursos financeiros aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem a necessidade de convênios, acordos ou contratos, por meio de depósito em conta-corrente específica, sem prejuízo da devida prestação de contas da aplicação dos recursos. O montante desses recursos é repassado em parcelas e calculado com base no número de jovens atendidos, destinando-se à promoção de ações de elevação da escolaridade e qualificação profissional dos jovens, bem como à contratação, remuneração e formação de profissionais.

Tendo em vista a consecução do Projovem integrado, a União poderá conceder auxílio financeiro, no valor de cem reais mensais, aos seus beneficiários na seguinte proporção: na modalidade Projovem Urbano, até vinte auxílios financeiros; na modalidade Projovem Campo - Saberes da Terra, até doze auxílios financeiros; e na modalidade Projovem Trabalhador, até seis auxílios financeiros.

A gestão e a implementação do Projovem integrado ocorrem mediante conjugação de esforços da Secretaria-Geral da Presidência da República e dos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, da Educação e do Trabalho e Emprego, observada a intersetorialidade, sem prejuízo da participação de outros órgãos e entidades da administração pública federal. Nesse sentido, foi instituído o Conselho Gestor do Projovem, coordenado

pela Secretaria Nacional de Juventude da Secretaria-Geral da Presidência da República, e composto pelos Secretários-Executivos desses Ministérios, além de um Secretário Nacional.

A modalidade Projovem Trabalhador – que interessa a este trabalho – tem como objetivo preparar o jovem para o mercado de trabalho e ocupações alternativas geradoras de renda, por meio da qualificação social e profissional e do estímulo à sua inserção. Pretende atender a jovens com idade de 18 a 29 anos, em situação de desemprego, e que sejam membros de famílias com renda mensal *per capita* de até um salário mínimo.

O Projovem Trabalhador prevê as seguintes submodalidades: i) consórcio social de juventude, caracterizada pela participação indireta da União, mediante convênios com entidades privadas sem fins lucrativos para atendimento aos jovens; ii) juventude cidadã, caracterizada pela participação direta dos Estados, Distrito Federal e Municípios no atendimento aos jovens; iii) escola de fábrica, caracterizada pela integração entre as ações de qualificação social e profissional com o setor produtivo; e iv) empreendedorismo juvenil, caracterizada pelo fomento de atividades empreendedoras como formas alternativas de inserção do jovem no mundo do trabalho.

Na implementação do Projovem Trabalhador, o Ministério do Trabalho e Emprego poderá efetuar, mediante convênios, transferências de contribuições correntes e de capital aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual e municipal, bem como a entidades de direito público e de direito privado sem fins lucrativos.

4.2. *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*

Em 15 de maio de 2005, foi editada a Resolução nº 497 do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social da Argentina, instituindo o Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*, cujo objetivo é

gerar oportunidades de inclusão social e emprego dos jovens por meio de atividades integradas que lhes permitam construir o perfil profissional que desejam desempenhar, concluir a escolaridade obrigatória, realizar experiências de formação e práticas qualificadoras em ambientes de trabalho, iniciar uma atividade produtiva de forma independente ou inserir-se num emprego.

O Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo* tem por público-alvo os jovens de 18 a 24 anos de idade, que tenham residência permanente no país, não hajam completado o nível primário e/ou secundário de escolaridade e se encontram desempregados. Os jovens que ultrapassarem o limite máximo de idade durante sua participação no programa, poderão realizar suas atividades até o prazo de 24 meses, contados do momento de sua incorporação.

Os jovens interessados em participar do programa devem solicitar uma entrevista com um Orientador no Escritório Municipal de Emprego, correspondente ao seu domicílio, que completará ou atualizará seu histórico de trabalho. Após esse registro, ambas as partes firmam um acordo de adesão, a ser validado pela Gerência de Emprego e Capacitação de Trabalho do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social.

O Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo* é implementado de maneira descentralizada nas Províncias argentinas por meio dos Escritórios Municipais de Emprego integrantes da Rede de Serviços de Emprego, com a coordenação da Secretaria Nacional de Emprego do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social.

As ações do programa devem ser concebidas no sentido de dar suporte à construção dos projetos de formação profissional dos jovens, de modo a proporcionar-lhes oportunidades para desenvolver trajetórias de trabalho pertinentes e de qualidade, adequadas a seus perfis, expectativas e ambientes.

Essas ações integradas incluem: orientação e indução dos jovens ao mundo do trabalho, formação para certificação dos

estudos primários e/ou secundários, realização de cursos de formação profissional, certificação de competências ocupacionais, geração de empreendimentos individuais e independentes, práticas de qualificação em ambientes de trabalho, apoio à busca de emprego, intermediação de empregos, apoio à inserção no mercado de trabalho, auxílios financeiros aos jovens por meio de pagamentos diretos e incentivos financeiros às micro, pequenas e médias empresas que contratarem os jovens integrados ao programa.

5. *Análise comparativa dos programas*

O Programa Nacional de Inclusão de Jovens surgiu, inicialmente, com a Lei nº 11.129, de 2005, tendo como eixos estratégicos a elevação da escolaridade, a qualificação profissional e a participação cidadã de jovens de idade entre 18 a 24 anos que não haviam concluído o ensino fundamental e que não tinham vínculo empregatício. A partir da Lei nº 11.692, de 2008, foi ampliada a abrangência do programa para os jovens de 15 a 29 anos, com o objetivo de promover sua reintegração ao processo educacional, sua qualificação profissional e seu desenvolvimento humano. Atualmente, ao Projovem integram-se quatro políticas destinadas à população juvenil: Projovem Adolescente – Serviço Socioeducativo, Projovem Urbano, Projovem Campo – Saberes da Terra e Projovem Trabalhador.

O Projovem Trabalhador destina-se à preparação de jovens entre 18 e 29 anos, em situação de desemprego e que sejam membros de famílias com renda mensal *per capita* de até um salário mínimo, para o mercado de trabalho e ocupações alternativas geradoras de renda, por meio da qualificação social e profissional e do estímulo à sua inserção.

O Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo* objetiva gerar oportunidades de inclusão social e emprego dos jovens entre 18 e 24 anos que tenham residência permanen-

te no país, não hajam completado o nível primário e/ou secundário de escolaridade e se encontram desempregados, por meio de atividades integradas que lhes permitam construir o perfil profissional que desejam desempenhar, concluir a escolaridade obrigatória, realizar experiências de formação e práticas qualificadoras em ambientes de trabalho, iniciar uma atividade produtiva de forma independente ou inserir-se num emprego.

Observando-se conjuntamente os objetivos e o público-alvo dos programas brasileiro e argentino, percebe-se a semelhança de propósitos, em que se destaca a questão da responsabilidade do Estado e da sociedade na formulação e implementação de políticas públicas, com vistas à preparação e estímulo à inserção de jovens a partir dos 18 anos no mercado de trabalho e sua escolarização, com a conseqüente diminuição da pobreza e da exclusão social desses jovens.

Os critérios para participação em ambos os programas são nitidamente de inclusão social, uma vez que beneficiam jovens de baixa renda, de menor escolaridade e em situação de desemprego. Nesse sentido, desenvolvem ações de elevação da escolaridade e qualificação profissional dos jovens, de incentivo à sua inserção na estrutura produtiva e de concessão de auxílios financeiros.

Os programas são implementados de forma descentralizada mediante parcerias do Ministério do Trabalho e Emprego com

os Estados e Municípios brasileiros, no caso do Projovem Trabalhador, e do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social com as Províncias argentinas, no caso do Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*.

Outro aspecto relevante da análise comparativa é a participação da iniciativa privada na implementação de ambos os programas. No programa brasileiro, o Ministério do Trabalho e Emprego poderá, mediante convênios, efetuar transferências de contribuições correntes e de capital a entidades privadas sem fins lucrativos. No programa argentino, poderão ser concedidos incentivos financeiros às pequenas e médias empresas que contratarem os jovens que o integrarem. Cabe lembrar que, quanto maior for a receptividade dada a essas entidades, maior será a sua adesão aos programas dessa natureza.

Os quadros 1 e 2 a seguir evidenciam as principais características de ambos os programas, no que concerne aos órgãos responsáveis pela implementação, à disciplina legal, aos objetivos e aos beneficiários.

6. Conclusão

O desemprego é um dos mais graves problemas enfrentados pelas sociedades contemporâneas. No entanto, não alcança os países e os grupos sociais de forma homogênea. Nos países periféricos, em face da precariedade da proteção social às populações desempregadas, o desemprego

Quadro 1 – Órgãos responsáveis e disciplina legal

Programa/País	Órgãos responsáveis	Disciplina legal
Projovem Trabalhador/ Brasil	Governo Federal/Ministério do Trabalho e Emprego	Lei nº 11.692, de 10 de junho de 2008 Decreto nº 6.629, de 4 de novembro de 2008
Projóvenes com Más y Mejor Trabajo/ Argentina	Governo da República Argentina/ Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social	Resolución nº 497, de 15 de mayo de 2005, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social

Fontes: Ministério do Trabalho e Emprego/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Quadro 2 – Objetivos e beneficiários

Programa/País	Objetivos	Beneficiários
Projovem Trabalhador/ Brasil	Preparar o jovem para o mercado de trabalho e ocupações alternativas geradoras de renda, por meio da qualificação social e profissional e do estímulo à sua inserção.	Jovens com idade de 18 a 29 em situação de desemprego e que sejam membros de famílias com renda mensal per capita de até um salário mínimo.
Jóvenes con Más y Mejor Trabajo/ Argentina	Gerar oportunidades de inclusão social e emprego dos jovens por meio de atividades integradas que lhes permitam construir o perfil profissional que desejam desempenhar, concluir a escolaridade obrigatória, realizar experiências de formação e práticas qualificadoras em ambientes de trabalho, iniciar uma atividade produtiva de forma independente ou inserir-se num emprego.	Jovens com idade de 18 e 24 anos que tenham residência permanente no país, não hajam completado o nível primário e/ou secundário de escolaridade e se encontram em situação de desemprego.

Fontes: Ministério do Trabalho e Emprego/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

manifesta-se de modo mais acentuado. Em relação aos grupos sociais, alguns estão mais propensos a ficarem desempregados, como os jovens.

Com efeito, estudos têm mostrado que, nas últimas décadas, tornou-se mais difícil a inserção na fase adulta e a integração social dos jovens por meio do ingresso e da permanência no mercado de trabalho, mormente em virtude do aumento do desemprego juvenil e dos obstáculos à obtenção de uma ocupação impostas pelas empresas e pelo mercado de trabalho, como experiência profissional anterior e elevados requisitos de escolaridade e de qualificação, além dos efeitos das transformações ocorridas no sistema produtivo.

O desemprego juvenil é o maior entre as várias faixas etárias, acarretando graves problemas sociais, como a maior dependência dos jovens em relação às famílias e às políticas públicas, além de colocá-los em situação de desespero, impotência e risco. O desemprego entre os jovens tem como consequência o aumento da vulnerabilidade juvenil.

No Brasil, conforme assinala Pochmann (1998), os jovens foram um dos segmentos sociais mais atingidos pelas mudanças

verificadas no mercado de trabalho e na estrutura produtiva a partir da década de 90 e início do século XXI, o que levou à formulação de políticas e programas governamentais para tentar reduzir o desemprego juvenil e a exclusão social.

Nesse cenário, foi criado, em 2003, o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE, vinculado a ações dirigidas à promoção da inserção de jovens no mercado de trabalho e sua escolarização. Em 2005, surgiu, na sua primeira versão, o Programa Nacional de Inclusão de Jovens – Projovem, que se destinava a executar ações integradas que propiciassem aos jovens a elevação do grau de escolaridade, com vistas à conclusão do ensino fundamental e à qualificação profissional.

Para ampliar o atendimento aos jovens, foi lançado, em 2008, o Projovem integrado por quatro modalidades: Projovem Adolescente – Serviço Socioeducativo, Projovem Urbano, Projovem Campo – Saberes da Terra e Projovem Trabalhador.

A modalidade Projovem Trabalhador está sob responsabilidade do Ministério do Trabalho e Emprego e tem por objetivo preparar os jovens de 18 a 29 anos para

o mercado de trabalho e para ocupações alternativas geradoras de renda, por meio da qualificação social e profissional e do estímulo à sua inserção. Podem participar jovens em situação de desemprego e que integram famílias com renda *per capita* de até meio salário mínimo. Entre os vários benefícios oferecidos, os jovens frequentam cursos de qualificação e recebem auxílios financeiros.

O quadro 3 abaixo evidencia o número de beneficiários do Projovem Integrado na sua totalidade e em cada uma de suas modalidades no período compreendido entre 2008 e 2010:

Como se observa, no caso da modalidade Projovem Trabalhador – que tem a parceria dos Estados e Municípios e da iniciativa privada e está hoje presente em um grande número de unidades federativas em todas as regiões do país –, segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, foram atendidos 162.960 jovens no período de 2008 a 2009. Em 2010, foram beneficiados 216.779 jovens. No total, chega-se ao montante de 379.739 jovens.

Na Argentina, o Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*, criado em 2005, está sob a responsabilidade do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social e objetiva gerar oportunidades de trabalho e

de inclusão social para os jovens entre 18 e 24 anos de idade.

De acordo com dados do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social, de 2005 a 2011 mais de 300 mil jovens foram atendidos pelo Programa *Jóvenes con Más y Mejor Trabajo* nas suas diversas ações, entre as quais cursos de formação profissional e gestão de negócios, empreendimentos individuais e independentes, auxílios financeiros e apoio à busca de emprego. Atualmente, o programa está sendo implementado em onze Províncias – Buenos Aires, Santa Fé, Salta, Tucumán, Chaco, Misiones, Río Negro, Córdoba, Mendoza, Santiago del Estero e San Juan – e em mais de setenta Municípios argentinos.

Uma importante conclusão deste trabalho é que, considerando os resultados divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social, pode-se afirmar que os programas desenvolvidos no Brasil e na Argentina, com vistas à preparação e estímulo à inserção dos jovens no mercado de trabalho e à sua escolarização, têm apresentado avanços e, por isso, devem permanecer e continuar a desenvolver suas ações.

No entanto, deve-se buscar maior integração entre os vários níveis de governo, objetivando, principalmente, a comple-

Quadro 3 – Projovem Integrado: número de beneficiários em 2008-2010

Modalidade	Jovens atendidos	Total
Projovem Urbano	2008/2009: 350 mil 2010: 200.711	550.711
Projovem Adolescente	2008/2009: 511.675 2010: 859.275	1.370.950
Projovem Campo	2008/2009: 30 mil 2010: 80 mil	110.000
Projovem Trabalhador	2008/2009: 162.960 2010: 216.779	379.739
Os seis programas que deram origem ao Projovem Integrado	2003/2007: 684.844	684.844
Total Geral		3.096.244

Fonte: Ministério do Trabalho e Emprego

mentação das ações estratégicas federais com ações pontuais nos níveis estadual e municipal. Faz-se mister que essas iniciativas cheguem a todas as cidades brasileiras e argentinas mediante parcerias entre os governos nacionais e as entidades subnacionais.

Tais parcerias são importantes, pois, conforme observam Corrochano e Gouvea (2003), as intervenções realizadas pelos governos municipais e estaduais para enfrentar o desemprego juvenil não conseguiram, em muitos casos, atingir seus objetivos, porque essas instâncias não possuem recursos financeiros e político-institucionais para formular e implementar políticas e programas dessa natureza na escala necessária. Assim, é de fundamental importância a participação do governo federal, detentor de maior aporte de recursos e de maiores estruturas técnicas e de pessoal.

Torna-se imprescindível, neste momento, enfrentar o desafio de continuar a propor alternativas para enfrentar o grave desemprego juvenil e a exclusão social daí decorrente que levem em conta a dinâmica do sistema produtivo, as inovações tecnológicas, as formas de gestão da força de trabalho e, sobretudo, os interesses dos protagonistas principais: os jovens trabalhadores.

Finalmente, convém esclarecer que este trabalho de pesquisa não pretendeu analisar as dimensões de eficiência, eficácia e efetividade dos programas em apreço. Esse fato se deu principalmente em virtude da escassa bibliografia sobre esses parâmetros tanto no Brasil quanto na Argentina, no tocante a esses programas. A ênfase foi dada nos dados sobre o desemprego entre os jovens, colhidos nos sítios de organismos como a OIT e o IPEA, e os resultados dos programas em termos de número de beneficiários, obtidos nos sítios de órgãos públicos, como o Ministério do Trabalho e Emprego, no caso brasileiro, e o Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social, no caso argentino.

Referências

ARGENTINA. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. *Programa jóvenes con más y mejor trabajo*. Disponível em: <<http://www.trabajo.gov.ar/jovenes/>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. _____. *Resolución Nacional nº 497, de 13 de mayo de 2008*. Créase el programa jóvenes con más y mejor trabajo, con el objeto de generar oportunidades de inclusión social y laboral. Buenos Aires: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.dae.com.ar/leg/otras/o08/r497.html>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.692, de 10 de junho de 2008. Dispõe sobre o Programa Nacional de Inclusão de Jovens - Projovem, instituído pela Lei nº 11.129, de 30 de junho de 2005; altera a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004; revoga dispositivos das Leis nºs 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, 10.748, de 22 de outubro de 2003, 10.940, de 27 de agosto de 2004, 11.129, de 30 de junho de 2005, e 11.180, de 23 de setembro de 2005; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jun. 2006. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=257229>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. Decreto nº 6.629, de 4 de novembro de 2008. Regulamenta o Programa Nacional de Inclusão de Jovens - Projovem, instituído pela Lei nº 11.129, de 30 de junho de 2005, e regido pela Lei nº 11.692, de 10 de junho de 2008, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 nov. 2011. Seção 1, p. 4. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=257912>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. *Avaliação de projetos sociais*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

CORROCHANO, Maria Carla; GOUVEA, Jorge Luiz. A dança das cadeiras: os jovens e os mundos do trabalho no Brasil contemporâneo. In: TOKMAN, Victor E.; CORROCHANO, Maria Carla; GOUVEA, Jorge Luiz (Org.). *Desemprego juvenil no Cone Sul: uma análise de década*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, 2003.

COSTA, Frederico Lustosa da; CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 5, p. 969-992, set./out. 2003.

HARTZ, Zulmira Maria de Araújo; POUVOURVILLE, Gérard de. Avaliação dos programas de saúde: a eficiência em questão. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 68-82, 1998.

_____. Institucionalizando a avaliação em saúde: lições (inter) nacionais nas evocações da França. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 229-260, 2001.

- INSTITUTO de Pesquisa Econômica e Aplicada. *Ipeadata*. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2012.
- LAKATOS, Eva María; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Tendências globais de emprego para a juventude 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/tendências-globais-de-emprego-para-juventude-2010>>. Acesso em: 30 abr. 2012.
- POCHMANN, Márcio. *Inserção ocupacional e o emprego dos jovens*. São Paulo: ABET, 1998.
- QUADROS, Waldir José de. *O desemprego juvenil no Brasil dos anos noventa*. Cadernos do CESIT, Campinas, n. 31, dez. 2001.
- RUA, Maria das Graças. *Políticas públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, 2009.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- THEODOULOU, Stella Z; KOFINIS, Chris. *The art of the game: understanding American public policy making*. California: Thomson/Wadsworth, 2004.
- VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Mudança e continuidade na regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos

Ricardo José Pereira Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. A Lei de Regulamentação do *lobby*, de 1946. 3. A Lei de transparência, de 1995. 4. A Lei da Liderança Honesta e do Governo Aberto. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A preocupação parlamentar com as atividades de *lobby* e a consequente atuação de membros do parlamento para regulamentar tais atividades têm longa tradição nos Estados Unidos. Há relatos extraoficiais, datados de 1829, que dão conta da inquietação de legisladores das assembleias estaduais norte-americanas com a pressão de grupos e lobistas e com a crescente influência destes no processo legislativo em todo o país (LANE, 1964, p. 19). Essa influência fez-se sentir em maior escala no processo de regulamentação do transporte ferroviário, na segunda metade do século XIX. Segundo Lane (1964), a chamada Era de Ouro das Ferrovias, período em que os Estados Unidos testemunharam o apogeu das concessões e da construção de estradas de ferro no país, foi também marcado por níveis elevados de corrupção nos governos estaduais. Para Lane (1964, p. 22), foi um período no qual “a degradação política atingiu as mais baixas profundezas”. Tem origem nessa época a equiparação do termo “*lobby*” com o tráfico de influência e a corrupção.

Ricardo José Pereira Rodrigues é doutor em Ciência Política pela *State University of New York (Sunny)* e Consultor Legislativo na Câmara dos Deputados.

A influência, vista como perniciosa, do *lobby* do poder econômico no ambiente político-legislativo dos Estados Unidos no período acabou produzindo um sentimento fortemente contrário ao *lobby* em geral na opinião pública norte-americana. Segundo Thomas (1998, p. 502), tal sentimento público contra a prática do *lobby* “constitui a raiz do ímpeto em prol da regulamentação do *lobby*”. Foi desse público ou de setores dele que se originou, a partir da década de 1870, toda a pressão por legislação que regulamentasse a atividade do *lobby*.

Não por mera coincidência, os primeiros esforços para regulamentar a atividade de *lobby* no nível federal aconteceram em 1876, com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, de uma resolução exigindo, para a sessão legislativa daquele ano, o registro de lobistas na Secretaria-Geral da instituição (HOLMAN, 2006, p. 2-3). Segundo Holman (2006, p. 3), a essa medida se seguiram várias tentativas da parte das assembleias estaduais de criminalizar o *lobby*, “mas nenhum desses esforços foi sistematicamente aplicado”.

No âmbito do Poder Legislativo federal, os registros oficiais indicam que projetos de lei destinados a regulamentar o *lobby* foram apresentados rotineiramente a partir de 1907. Zeller (1948, p. 239) ressalta que, em 1928, um projeto de autoria do Senador Thadeus Caraway chegou a ser aprovado no Senado, mas não na Câmara. Zeller (1948, p. 240) também relata que, em 1936, vários projetos foram apresentados após os escândalos envolvendo excessos dos *lobbies* das empresas de energia elétrica em sua campanha conjunta para tornar a legislação do setor mais benéfica para as empresas.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, o Congresso dos Estados Unidos conseguiu mobilizar apoio parlamentar para aprovar legislação que regulamentasse o *lobby* de forma abrangente e sistemática. Refiro-me à Lei Federal de Regulamentação do *Lobby*, *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946, que vigorou por quase meio século, de 1946 a 1995, praticamente inalterada.

Em linhas gerais, essa lei de *lobby* norte-americana buscou controlar os abusos cometidos pelo *lobby* do poder econômico por meio do registro de lobistas e da divulgação de seus gastos com o trabalho de *lobby*. Contudo, sua existência e aplicação não foram suficientes para estancar escândalos políticos envolvendo a influência, percebida, muitas vezes, como nociva, de lobistas sobre parlamentares. Durante o período de vigência da lei, vários parlamentares, inclusive presidentes da Câmara de Deputados, viram-se envolvidos em escândalos por recebimento ilícito de verbas oriundas dos *lobbies*.

A reforma da Lei de 1946 veio em 1995, com a aprovação da Lei de Transparência do *Lobby* (tradução livre do autor), *Lobbying Disclosure Act*, de caráter ainda mais abrangente e restritivo. A nova lei inovou com uma definição mais criteriosa do *lobby* e de lobistas, com o fortalecimento das exigências de registro e de divulgação de gastos e com a ampliação do escopo do diploma legal.

Entretanto, até mesmo a reforma de 1995 não aperfeiçoou a regulamentação do *lobby* o suficiente. Em 1998, a lei de 1995 foi emendada substancialmente. E, se não bastassem tais modificações, em 2007, nova alteração foi efetivada por meio da Lei de Liderança Honesta e do Governo Aberto, o *Honest Leadership and Open Government Act*, a qual, segundo Luneburg (2009, p. 87), “representou a culminação dos esforços do Congresso para responder aos escândalos associados com as atividades do lobista Jack Abramoff, ligado ao Partido Republicano”.

O presente estudo tem como objetivo analisar a evolução da regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos, focalizando os aspectos positivos e as limitações de cada um dos estatutos produzidos pelos legisladores norte-americanos para regulamentar as atividades do *lobby* ao longo da história. A análise leva em consideração o contexto político prevalente no período em que se

deliberou sobre cada uma das leis, bem como a estratégia escolhida pelos parlamentares para solucionar problemas relacionados com a prática do *lobby* na época.

2. A Lei de Regulamentação do Lobby, de 1946

Por meio de nove dispositivos, a Lei Federal de Regulamentação do *Lobby*, de 1946, buscou conter os excessos e abusos cometidos por *lobbies* do setor privado ou por pessoas contratadas especificamente por empresas para influenciar o Poder Legislativo federal durante o processo de deliberação de matérias de seu interesse. O objetivo da lei era dar transparência à prática do *lobby* no parlamento mediante o registro de grupos e lobistas e a divulgação oficial de gastos realizados por tais grupos e lobistas no desempenho de suas atividades de *lobby* no âmbito do Poder Legislativo federal.

A lei definiu como lobista todo e qualquer indivíduo, sociedade, comitê, associação, corporação ou qualquer outro tipo de organização que, “por si mesmo ou por meio de qualquer agente, empregado ou terceiro, direta ou indiretamente, solicitasse, coletasse ou recebesse dinheiro ou qualquer objeto de valor com a intenção de auxiliar na realização dos seguintes propósitos: (a) aprovação ou rejeição de qualquer legislação em exame pelo Congresso dos Estados Unidos; (b) influenciar, direta ou indiretamente, a aprovação ou rejeição de qualquer legislação pelo Congresso dos Estados Unidos” (UNITED STATES, 1985).

Em outro dispositivo, a lei estabeleceu que qualquer lobista que recebesse contribuições ou incorresse em despesas com o propósito de realizar o *lobby*, como definido naquele diploma legal, deveria protocolar, na Secretaria-Geral da Câmara dos Deputados, relatório contendo o nome e o endereço de qualquer indivíduo ou instituição que tenha feito uma contribuição de 500 dólares ou mais e o nome e o endereço de cada

indivíduo em favor de quem tenha sido realizado gasto superior a 10 dólares. O dito relatório deveria conter, ainda, a quantia, a data e o propósito de tais gastos.

A Seção 308 da lei exigiu que todo e qualquer lobista, remunerado ou não, que se engajasse no processo de influenciar a aprovação ou a rejeição de qualquer legislação sob consideração em qualquer das casas do Congresso se registrasse, como tal, perante os Secretários-Gerais da Câmara dos Deputados e do Senado “antes de dar prosseguimento à realização de seus objetivos”. O registro deveria incluir nome e endereço comercial, nome e endereço do indivíduo ou da firma para quem trabalha ou cujo interesse representa, a duração de tal tarefa, a remuneração, o indivíduo ou a firma responsável por tal remuneração, o valor da remuneração e o montante relativo às suas despesas.

Além dessas informações, o relatório protocolado nas Secretarias-Gerais da Câmara e do Senado deveria incluir os projetos de lei para os quais o lobista foi contratado (fosse para apoiá-los, fosse para fazer oposição à eles).

Por fim, a lei estabeleceu que toda informação compilada pelos Secretários-Gerais da Câmara e do Senado deveria ser publicada, a cada trimestre, no *Congressional Record*, o equivalente norte-americano da seção do Congresso Nacional do *Diário Oficial da União*.

Essa breve descrição dos principais dispositivos da Lei do *Lobby* de 1946 deixa claro que a regulamentação pretendida ficaria aquém dos objetivos almejados pelos legisladores. De fato, dois anos após sua sanção, a lei seria alvo de muitas críticas, como as que integram o artigo de Zeller (1948), publicado num dos mais prestigiosos periódicos acadêmicos dos Estados Unidos.

Um sério problema com a lei foi o fato de que ela se fundamentava em premissas falsas. Primeiramente, a Lei do *Lobby* de 1946 partia do pressuposto de que a prática

do *lobby* se realizaria exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo.

Sob a perspectiva teórica e constitucional, a premissa poderia até ser válida. Em seu artigo primeiro, a Constituição dos Estados Unidos concede iniciativa legislativa apenas ao Congresso, por meio da Câmara dos Deputados e do Senado (CORWIN, 1978, p. 5). Nenhum outro poder da República é investido de tal atribuição. Assim, fazia sentido regulamentar o *lobby* apenas no âmbito do Poder Legislativo, que seria, teoricamente, o local onde aconteceriam a formulação de leis e a sua deliberação. Portanto, seria também o centro das atividades do *lobby*, voltado a influenciar o conteúdo e a aprovação de proposições legislativas.

No período, a literatura especializada ainda enxergava o Presidente da República pelo prisma constitucional, isto é, tratava o Poder Executivo apenas como responsável pela estrita execução das leis elaboradas pelo Congresso. Como bem afirma Milkis (1994, p. 348),

“os arquitetos da Constituição estabeleceram um presidente não-partidário que, com o apoio do Judiciário, deveria desempenhar um papel institucional no sistema de freios e contrapesos, controlando a ‘violência das facções’ que os constituintes temiam ser o elemento que poderia despedaçar o tecido da democracia representativa”.

Entretanto, a realidade política nos Estados Unidos já em meados da década de 1940 era outra. Primeiramente, o Presidente da República tornou-se, antes de tudo, a figura pública mais visível para o eleitorado. Enquanto a Constituição lhe nega a autoridade para agir unilateralmente, “o público nutre a expectativa de que o Presidente proporcione a liderança para resolver os problemas da nação e culpe-lhe diretamente pelos fracassos” (BOND; FLEISCHER, 1990, p. 2). Esse fato, por si só, já proporciona ao Presidente os incentivos e a motivação para buscar meios de atropelar a Constituição e propor legislação.

Em segundo lugar, o Presidente é, por força do cargo, o líder nacional de seu partido. Como tal, ele tem uma ascendência natural sobre os membros do Congresso afiliados ao seu partido. E é a esses parlamentares que o Presidente recorre quando deseja propor legislação que seja do interesse de sua administração.

A prática de o Presidente da República encaminhar, por via de membros do Congresso ligados a seu partido, projetos de interesse do governo e assim ter, indiretamente, iniciativa legislativa tornou-se lugar-comum nos Estados Unidos. Essa prática teve início durante o governo de Franklin Roosevelt, como medida de exceção admitida para garantir a viabilidade legislativa do programa do *New Deal*, mas tornou-se a regra seguida por todos os presidentes posteriores a Roosevelt.

Ora, se o Poder Executivo tem iniciativa legislativa tanto quanto o Poder Legislativo, uma regulamentação do *lobby* não poderia excluir aquele Poder do alcance da lei. Ao deixar o Poder Executivo de fora, a lei incorreu no risco de perder sua eficácia, regulamentando apenas parte do que, de fato, ocorria na prática.

As exigências de o lobista registrar-se e de se protocolar relatório de despesas refletem uma crença de que a mera divulgação da atividade funcionaria como fator de dissuasão de práticas ilícitas. A ideia por trás da norma era que, uma vez tornados públicos os *lobbies* interessados na aprovação ou rejeição de determinado projeto, bem como as despesas realizadas no processo de influenciar parlamentares, os praticantes do *lobby* não teriam incentivos para o engajamento em práticas inescrupulosas, tais como o tráfico de influência e a corrupção. A experiência demonstrou a invalidade de tal premissa.

Muito embora lobistas, sobretudo os bem-sucedidos, fizessem o devido registro nas Secretarias-Gerais da Câmara e do Senado, nada impedia que indivíduos não registrados realizassem, informalmente,

o *lobby*. Por outro lado, muitas despesas realizadas por lobistas com parlamentares, que poderiam ajudar os *lobbies* a influenciar a aprovação ou a rejeição de projetos, não eram relatadas como gastos diretos com o trabalho do *lobby*. Era o caso de gastos com viagens de parlamentares, com honorários pagos a parlamentares para a realização de palestras e, mais importante, com contribuições para fundos de campanha eleitoral.

Os lobistas bem-sucedidos não se recusaram a atender às exigências de registro e de apresentação de relatórios e, muito ao contrário, inundaram as Secretarias-Gerais das casas do Congresso com informações, por motivos que nada tinham a ver com os objetivos da lei.

A atividade do *lobby* nos Estados Unidos é um grande negócio. Firms especializadas em *lobby* e organizações que o realizam em causa própria contabilizaram, em 2008, nada menos que 3,7 bilhões de dólares em despesas e ganhos com tais atividades (LUNEBURG, 2009, p. 85). Para empresas de *lobby* que prestavam serviços a terceiros, o registro servia como uma espécie de cartão de visita, no qual podiam demonstrar seu êxito, facilmente verificado nas cifras relatadas no *Diário Oficial*. Para essas firms, quanto maiores as cifras, maiores eram as chances de conseguir novos clientes.

Apesar desse incentivo indireto ao registro, o número de lobistas não registrados sempre foi muito superior ao de registrados. Em um estudo de 1991, ou seja, ainda durante a vigência da Lei de 1946, o Escritório de Contabilidade-Geral dos Estados Unidos revelou que aproximadamente 10 mil dos 13,5 mil indivíduos e organizações listados como influentes lobistas em Washington no livro *Directory of Washington Representatives* não estavam devidamente registrados, segundo os ditames da lei. O estudo também verificou que os relatórios de despesas protocolados eram incompletos e não correspondiam aos verdadeiros gastos com as atividades de *lobby* (HOLMAN, 2006, p. 6).

Por fim, do ponto de vista da transparência para o grande público, a exigência legal de publicação no *Diário Oficial* produziu pouco ou nenhum resultado. O *Diário Oficial* é muito pouco lido pelo grande público e, portanto, sua capacidade de dar ampla publicidade aos atos e às despesas de lobistas é extremamente limitada.

Em 1989, o Senador Robert Byrd apresentou uma emenda à Lei do *Lobby* de 1946 que proibiu o uso de recursos governamentais por qualquer entidade privada com o objetivo de influenciar a concessão de contratos ou empréstimos governamentais. Com a aprovação da Emenda Byrd, empreiteiras e outras entidades que recebessem recursos federais só poderiam usar fundos não governamentais para influenciar a concessão de contratos ou empréstimos federais. A emenda exigiu que cada contato feito entre empresas e entidades e autoridades governamentais fosse considerado atividade de *lobby* e tivesse de obedecer às exigências da lei com relação ao *lobby*.

A emenda proposta pelo Senador Byrd foi, em realidade, motivada por seu sentimento de indignação a uma série de reportagens publicada pelo jornal *Washington Post* que revelava as táticas de empresas de *lobby* a fim de garantir recursos federais para projetos de seus clientes (MORGAN, 1988, 1989). Nas palavras do Senador Byrd, proferidas no plenário do Senado, em 26 de julho de 1989:

“cresce a percepção de que o mérito do projeto ou do contrato governamental fica em segundo plano comparado ao prestígio de lobistas que ajudam a extorquir dinheiro da lei de orçamento por uma taxa fixa. Em Washington, todos sabem como o jogo é jogado. Esses traficantes de influência vendem-se a quem paga mais. Eles alegam conhecer as senhas das portas dos fundos do Parlamento... Eles se mostram arrogantes com relação a sua habilidade de tirar dinheiro da Comissão de Orçamento

(*appropriations*) em troca de uma taxa fixa. Todo senador nesta Casa deveria sentir uma repulsa pela percepção de que nós distribuimos os dólares se amaciados corretamente por um lobista” (KAISER, 2010, p. 194).

A emenda também proibiu o *lobby* de servidores públicos federais feito com dinheiro público. O *lobby* realizado por integrantes do Poder Executivo era um problema para o qual a lei de *lobby* original não apresentava solução. Segundo Holman (2006, p. 7), o Ministério da Justiça norte-americano interpretou tal dispositivo da emenda como uma restrição ao engajamento de servidores públicos em campanhas de *lobby* não comercial. Em outro estudo, esse autor já apontava para o erro constituído pelo fato de dirigirem-se as restrições legais somente ao *lobby* feito pelos grandes grupos econômicos, deixando de fora o chamado “grass-roots lobby” ou *lobby* de “advocacy” (RODRIGUES, 1996, p. 61).

3. A Lei de Transparência, de 1995

Aprovada por unanimidade no Senado, a Lei de Transparência do *Lobby*, de 1995, foi sancionada pelo Presidente Bill Clinton em dezembro de 1995, passando a vigorar em primeiro de janeiro de 1996. A lei veio substituir o Estatuto de 1946, incorporando todas as restrições legais ao *lobby* contidas em normas que tratavam de assuntos relacionados ao tema, inclusive a Lei de Registro de Agentes Estrangeiros (*Foreign Agents Registration Act*), de 1938. Mais importante, a Lei de 1995 destinou-se a corrigir as deficiências da Lei do *Lobby* de 1946.

A transparência continuou a ser, na Lei de 1995, o método escolhido para controlar e condicionar a prática do *lobby* no país. A principal diferença em relação ao antigo marco legal ficou por conta de suas definições mais realistas e mais criteriosas de *lobby* e de lobista. A lei também passou a funcionar como um fator de integração e reforço para outros regimes regulatórios de

relevância a fim de se reprimirem abusos na prática do *lobby*.

Em primeiro lugar, a lei ampliou o alcance normativo para tratar não apenas do *lobby* do Legislativo, mas também daquele realizado no âmbito do Poder Executivo.

Em segundo lugar, a lei definiu com maior rigor os conceitos de lobista e de atividade de *lobby*. Para a Lei de 1995, lobista passou a significar qualquer indivíduo empregado ou contratado por um cliente em troca de compensação financeira ou de outra natureza por serviços que incluam mais de um contato de *lobby*. A lei excluiu da definição de lobista os indivíduos que fazem o *lobby* em causa própria e os que o fazem na qualidade de voluntários (que não recebam compensação por suas atividades de *lobby*). Também foram excluídos do alcance da lei aqueles indivíduos cujas atividades de *lobby* consumissem menos de vinte por cento do tempo destinado a determinado cliente durante um período de 3 meses (LUNEBURG, 2009, p. 90).

Ao contrário da definição anterior, a nova definição passou a reconhecer dois tipos de lobistas: os residentes, que promovem os interesses das organizações ou empresas das quais são empregados; e os “de fora”, contratados pelas organizações ou empresas especificamente para o trabalho de *lobby*.

As organizações ou empresas com lobistas residentes foram obrigadas a registrar as atividades de seus empregados lobistas. Já os lobistas “de fora” foram obrigados pela lei a registrar-se e apresentar relatórios de suas atividades em nome de clientes pagantes.

A atividade de *lobby* foi definida pela lei como todo e qualquer contato destinado à realização do *lobby* ou esforço em apoio a tal contato. A definição incluiu as atividades de preparação e de planejamento, bem como a elaboração de pesquisa que se destinasse, no momento de sua preparação, para uso durante contatos e na coordenação das atividades de *lobby* de terceiros (HOLMAN, 2006, p. 9).

A lei introduziu substanciais mudanças no processo de registro de lobistas. A primeira novidade foi a inclusão de um “gatilho” para “acionar” o requisito de registro toda vez que o total de despesas com atividades de *lobby* de uma organização ou indivíduo ultrapassar 22.500 dólares (HOLMAN, 2006, p. 10). Indivíduos ou firmas de *lobby* cujo total de gastos com atividades de *lobby* não ultrapassasse esse mínimo durante um período de seis meses não precisariam se registrar.

O registro, em si, passou a ser feito em ambas as casas do Congresso, em até 45 dias após o dito “gatilho” ter sido “acionado” (HOLMAN, 2006, p. 10). Organizações que “acionassem” o “gatilho” deveriam se registrar e apresentar uma lista de empregados que realizaram *lobby* em seu nome. Lobistas autônomos e lobistas ligados a firmas de *lobby* foram obrigados a se registrar individualmente.

Outra novidade foi que a lei obrigou os lobistas a identificar seus clientes a qualquer autoridade governamental que requisite tal informação durante um contato de *lobby* verbal. Além disso, os lobistas também passaram a ter de identificar, *a priori*, independentemente de serem instados para tanto, qualquer interesse estrangeiro para o qual estejam fazendo *lobby*, quando tal interesse estrangeiro se responsabilizar pelo pagamento de pelo menos vinte por cento das despesas de determinado cliente ou organização (HOLMAN, 2006, p. 10). Por interesse estrangeiro, entendam-se empresas ou governos estrangeiros.

A Lei de Transparência do *Lobby* oficializou a sua interligação a outras normas com impacto no processo de *lobby*, a exemplo da Lei de Registro de Agentes Estrangeiros. No caso específico desta última norma, lobistas representando governos estrangeiros teriam de se registrar segundo os parâmetros estabelecidos por esta lei e não pelos parâmetros da Lei de Transparência do *Lobby*. Já os lobistas representantes de interesses privados estrangeiros somente

precisariam se registrar segundo os ditames da Lei do *Lobby* e não segundo as regras da Lei para Agentes Estrangeiros. Em ambos os casos, o intercâmbio de informações entre as agências responsáveis por receber relatórios e por monitorar as atividades de lobistas estaria assegurado.

Outra importante inovação contida na Lei de 1995 diz respeito à divulgação pública das atividades e dos gastos relacionados ao *lobby*. Ao contrário da Lei de 1946, segundo a qual os relatórios de despesas com atividades de *lobby* deveriam ser publicados no *Diário Oficial*, o que tornava difícil o acesso do cidadão comum, a Lei de 1995 estabeleceu que os registros de lobistas, bem como seus relatórios de atividade financeira relativa ao *lobby*, ficariam disponíveis ao público por meio eletrônico, isto é, via internet.

A Seção 6 da lei ordenou às Secretarias-Gerais da Câmara e do Senado que desenvolvessem e implementassem um sistema computadorizado para realizar a dupla tarefa de arquivar e divulgar os registros e os relatórios concernentes ao *lobby*. O objetivo da lei com relação à divulgação era assegurar ao cidadão o acesso a um banco de dados completo, que disponibilizasse ferramentas amigáveis de pesquisa. Segundo o texto da lei, o sistema de divulgação computadorizado deveria ser projetado de modo a “minimizar o ônus de arquivar informação e maximizar o acesso público a materiais arquivados no sistema em obediência à lei” (UNITED STATES, [1996?]).

A despeito das inovações, a Lei da Transparência do *Lobby*, de 1995, apresentou uma série de imperfeições. Primeiro, a lei excluiu de seu alcance uma importante prática da cena do *lobby* norte-americano contemporâneo. Refiro-me ao chamado *grassroots advocacy lobby*. Trata-se de uma prática que busca gerar apoio popular para a política favorecida por determinado cliente do lobista.

O *grassroots lobby* tem origem no trabalho, com base no esforço de voluntários, de

organizações sem fins lucrativos em prol de objetivos coletivos. Nos Estados Unidos, o Sierra Club, grupo voltado à defesa e à proteção do meio ambiente, ganhou notoriedade por seu trabalho de mobilização popular para realizar o *lobby* do Legislativo.

O problema é que lobistas profissionais, trabalhando para clientes do setor privado, passaram a usar as mesmas técnicas dos grupos de *grassroots lobby*. Segundo Luneburg (2009, p. 92), “essas técnicas desempenham papel crucial nas campanhas de *lobby* modernas”. Em síntese, empresas com fins lucrativos passaram a simular os esforços de pressão legislativa característicos de associações de voluntários sem fins lucrativos. Na maioria dos casos, tais empresas “geram expressões de apoio ou de oposição popular a projetos que tramitam no Congresso ou a propostas de políticas públicas formuladas em ministérios ou agências do Poder Executivo” (KAISER, 2010, p. 281).

Uma razão pela qual os legisladores deixaram de fora da lei o *grassroots lobby* é que sua inclusão talvez ferisse a Emenda Número 1 da Constituição, que garante à população a liberdade de expressão, inclusive o direito de peticionar ao governo. E o *grassroots lobby* é considerado uma forma de petição constitucionalmente salvaguardada.

A lei tampouco normatizou o *lobby* voltado para garantir aos clientes de lobistas contratos governamentais, em vez de influenciar a elaboração de leis. Trata-se de uma prática muito comum tanto no nível federal como em outras esferas de governo nos Estados Unidos. Trata-se também de uma prática de *lobby* marcada pela corrupção.

Não resta dúvida, pois, de que a Lei de Transparência do *Lobby*, de 1995, trouxe muitos avanços à regulamentação das atividades do *lobby* nos Estados Unidos. A lei ampliou seu alcance para incluir autoridades tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo. Os critérios para o re-

gistro de lobistas e para o ato de protocolar relatórios financeiros associados ao *lobby* tornaram-se mais rigorosos. A publicidade dos atos e das finanças relacionadas ao *lobby* melhorou substancialmente.

Contudo, a lei ainda ficou aquém do objetivo de reduzir a incidência de corrupção e de escândalos políticos envolvendo autoridades governamentais e lobistas.

4. A Lei da Liderança Honesta e do Governo Aberto

A Lei da Liderança Honesta e do Governo Aberto nasceu como uma resposta do Congresso norte-americano a escândalos políticos envolvendo lobistas em 2005. O projeto de lei tramitou como prioritário nas duas casas do Congresso, sendo aprovado por majorias esmagadoras. No Senado, 83 votaram a favor e apenas 14 votaram contra. Na Câmara, 411 deputados votaram a favor enquanto apenas 8 deputados se opuseram ao projeto (SCHOENEMAN, 2011, p. 506).

Ao contrário da Lei de Transparência do *Lobby*, de 1995, que revogou a lei anterior, a Lei de 2007 não veio substituir o diploma legal que lhe antecedeu. A nova lei foi projetada pelos parlamentares para ampliar o alcance da Lei de Transparência, aperfeiçoando seus dispositivos.

De acordo com Luneburg (2009, p. 102), o Congresso concentrou sua atenção em fontes de influência de lobistas que antes não era obrigatório relatar. Ele se refere ao dinheiro gasto para cultivar autoridades do Parlamento e do Poder Executivo.

Especificamente, o novo estatuto tornou obrigatória a apresentação de relatórios semianuais identificando as contribuições e os gastos realizados por lobistas para beneficiar candidatos a cargos eletivos federais e autoridades do Legislativo e do Executivo. A ideia aqui foi fugir dos gastos específicos para campanhas de *lobby* e voltar-se para os gastos com campanhas eleitorais que pudessem influenciar o comportamento do

candidato vencedor. Com esse dispositivo, os legisladores reconheciam o fato de que dinheiro oriundo de contribuição de lobistas a campanhas eleitorais ou coletado por eles com a mesma intenção poderia auxiliar o lobista registrado, dando-lhe maior acesso e poder de barganha em relação aos candidatos vencedores.

Para tornar viável a aplicação dessa obrigatoriedade da apresentação de relatórios sobre contribuições relacionadas a campanhas eleitorais, a nova lei efetivou uma conexão, por via de emenda, com a Lei Federal de Financiamento de Campanhas Eleitorais. A Seção 204 da nova lei de *lobby*, em realidade, emendou a seção 434 da Lei de Financiamento de Campanhas para lidar com o problema das contribuições feitas às campanhas por lobistas e por firmas de *lobby*. A emenda repassou à Comissão Federal Eleitoral a responsabilidade de conseguir informações acerca de contribuições realizadas a candidatos federais por lobistas e de torná-las públicas.

Como explica Luneburg (2009, p. 112), “antes da nova lei, se o contribuinte enviasse sua contribuição diretamente ao candidato ou ao seu comitê eleitoral, não se divulgava a contribuição, mesmo que o candidato ou comitê conhecesse a identidade do intermediário que solicitou a contribuição e conhecesse também seu papel na obtenção daquela contribuição”.

A Seção 204 da lei foi projetada para garantir a transparência do processo mesmo quando o lobista não fizesse ele mesmo a contribuição, mas usasse terceiros para fazê-lo. Além disso, diferentemente das regras anteriores da Comissão Eleitoral Federal, a obrigação de protocolar informações foi imposta ao comitê ou ao candidato beneficiado com a contribuição e não ao contribuinte.

A nova lei também obrigou a Comissão Federal Eleitoral a tornar pública, em seu *site* da internet, toda informação referente a contribuições eleitorais oriundas do *lobby*

ou a ele relacionadas, de forma que o público pudesse pesquisar e realizar *downloads*.

Outro aperfeiçoamento efetivado pela nova lei diz respeito às regras sobre o recebimento de presentes e viagens por parlamentares e autoridades do Poder Executivo. A lei de 2007 simplesmente proibiu que parlamentares e autoridades do Executivo aceitassem quaisquer presentes de lobistas registrados. Antes da lei, o disciplinamento sobre o recebimento de presentes pelos membros do Parlamento cabia exclusivamente a cada uma das casas do Congresso.

Cabe salientar que o processo de registro de lobistas atualmente exige deles uma certificação de ter lido as regras sobre presentes, de estar familiarizado com elas e de que “não proveu, requisitou ou enviou um presente, incluindo viagem, a um membro do Congresso, a uma autoridade ou funcionário de qualquer casa do Congresso com o conhecimento de que o recebimento de presentes representa uma violação das regras vigentes”. Uma declaração falsa de lobista é punível civil e criminalmente por violação da Lei de Transparência do *Lobby*, como também é punível criminalmente por violação da Lei da Prestação de Falsas Declarações, *False Statements Accountability Act*, de 1996. Em resumo, com a nova lei, tanto os presentadores como os recebedores de presentes tornaram-se legalmente responsáveis por suas ações.

Essas inovações na regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos facilitaram a aplicação das sanções previstas por lei. Enquanto antes da aprovação da Lei da Liderança Honesta e do Governo Aberto era difícil para o Ministério Público Federal processar lobistas por violações da Lei de Transparência, hoje já existe um histórico de processos. Em 2008, por exemplo, o Senado e a Câmara enviaram ao Ministério Público 418 casos para serem investigados e processados. Em 2009, esse número ficou em 457 casos (UNITED..., 2011, p. 16).

As críticas feitas à lei concentram-se na forma redundante como a informação

de lobistas é coletada e divulgada. Para os críticos, a lei deveria designar uma única instituição para centralizar a coleta e a disseminação de informação sobre as atividades do *lobby* e responsabilizar-se pela transparência. Hoje, o trabalho de coleta e divulgação cabe às Secretarias-Gerais da Câmara e do Senado, para as quais não constitui o trabalho primordial. Na opinião de Luneburg, não faz sentido para essas duas instituições parlamentares compartilhar a responsabilidade de garantir a transparência do *lobby* no país. “Não se trata apenas de duplicidade de esforço e aumento de custos, (a presente situação) também interfere na capacidade do público de obter um senso amplo das campanhas de *lobby* que envolvem atividades dirigidas tanto ao Poder Legislativo quanto ao Poder Executivo” (LUNEBURG, 2009, p. 120).

5. Considerações finais

A análise conjunta dos três diplomas legais produzidos pelos legisladores para regulamentar o *lobby* nos Estados Unidos deixa patente que a abordagem norte-americana para legislar o tema se fundamenta na transparência. De certa forma, essa abordagem reflete o consenso entre os legisladores norte-americanos de que as atividades de *lobby* não devem ser restringidas. Elas devem, em realidade, ser divulgadas e seu monitoramento serviria para reduzir os abusos e excessos de lobistas em seus contatos com autoridades do governo e legisladores e nas suas atividades tendentes a influenciar a formatação de leis e políticas públicas.

Observa-se, também, que, em vez de simplesmente invalidar o que legislações anteriores dispunham sobre o assunto, as leis norte-americanas de *lobby* apresentam uma natureza incremental, com os diplomas legais mais recentes aumentando os alcances e o escopo da legislação a qual vieram substituir. Trata-se de dinâmica comum ao próprio processo de formulação de

políticas públicas nos Estados Unidos, que, segundo Lindblom (1959), é essencialmente incremental. Para ele, a maioria dos formuladores de políticas públicas trabalham com a visão delimitada pela cadeia de escolhas sucessivas de políticas públicas. “Decisões sobre políticas apropriadas são altamente influenciadas pelo conhecimento que se tem de passos incrementais tomados até o presente” (LINDBLUM, 1959, p. 88).

Assim, vê-se que a regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos, ao longo da história política do país, não tem se caracterizado pela busca de um ideal igualitário de equilíbrio pluralista, no qual os mais diversos grupos da sociedade civil teriam chances iguais de influenciar os rumos das políticas públicas. Como bem afirma Thomas (1998, p. 504),

“as leis de *lobby* e os dispositivos a elas relacionados têm sido produzidos como reação a escândalos, a abusos no processo político e a mudanças de atitude de políticos ou do público concernente à conduta do governo à luz de alguma vaga visão do processo democrático populista”.

Outrossim, nota-se que, nos Estados Unidos, os legisladores têm evitado regulamentar a conduta dos indivíduos ou das organizações engajadas na prática do *lobby*. A legislação escolhida ao longo da história do país tem se limitado a regulamentar a divulgação das atividades do *lobby*. A transparência tem sido realçada pelos legisladores como a solução mais democrática para os problemas oriundos das atividades do *lobby*. De fato, trata-se do remédio menos doloroso. Talvez seja o caminho de maior consenso entre os legisladores.

Uma vez que o consenso político no país aponta para a divulgação e o monitoramento como a alternativa viável para a regulamentação, as leis criadas com o intuito de controlar o *lobby* têm evoluído não na direção de maior restrição, mas no sentido de se ampliar, cada vez mais, o seu nível de transparência.

Referências

- BOND, Jon R.; FLEISHER, Richard. *The president in the legislative arena*. Chicago: University of Chicago, 1990.
- CORWIN, Edward S. *The Constitution and what it means today*. Princeton: Princeton University, 1978.
- HOLMAN, Craig. Origins, evolution and structure of the lobbying disclosure act. *Public Citizen*, Washington, May 2006.
- KAISER, Robert G. *So damn much money: the triumph of lobbying and the corrosion of American government*. New York: Vintage, 2010.
- LANE, Edgar. *Lobbying and the law*. Berkeley: University of California, 1964.
- LINDBLOM, Charles E. The science of "muddling through". *Public Administration Review*, Washington, v. 19, n. 2, p. 79-88, 1959.
- LUNEBURG, William V. The evolution of federal lobbying legislation: where we are now and where we should be going. *McGeorge Law Review*, California, v. 41, n. 1, p. 85-129, 2009.
- MILKIS, Sidney M. The presidency and political parties. In: NELSON, Michael. (Ed.). *The presidency and the political system*. 4. ed. Washington: CQ, 1994.
- MORGAN, Dan. Congress and a company: an alliance fed by money. *Washington Post*, Washington, June 1988.
- _____. As federal funding tightens, lobbyists find a surer way. *Washington Post*, Washington, June 1989.
- RODRIGUES, Ricardo. A regulamentação do lobby no Brasil: uma leitura crítica de um projeto de lei. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 55-63, 1996.
- SCHOENEMAN, Brian W. The scarlet L: have recent developments in lobbying regulation gone too far? *Catholic University Law Review*, Washington, v. 60, n. 2, p. 505-532, 2011.
- THOMAS, Clive S. Interest group regulation across the United States: rationale, development and consequences. *Parliamentary Affairs*, Oxford, v. 51, n. 4, p. 500-515, 1998.
- UNITED STATES. *Federal regulation of lobbying act: title III of the legislative reorganization act of 1946*. Washington: U.S. G.P.O., 1985.
- _____. *Lobbying disclosure act of 1995*: P.L. 104-65, 109 Stat. 691, December 19, 1995. Washington: Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, [1996?].
- UNITED States Government Accountability Office. *2010 lobbying disclosure: observations on lobbyists' compliance with disclosure requirements*. Washington: U.S. GAO, 2011.
- ZELLER, Belle. The federal regulation of lobbying act. *American Political Science Review*, Washington, v. 42, n. 2, p. 239- 271, 1948.

O ensino de direitos humanos nos cursos de graduação em Administração Pública

Fernanda Santinelli
Cléria Donizete da Silva Lourenço

Sumário

1. Introdução. 2. Os direitos humanos como eixo orientador da atividade estatal brasileira. 3. Ensino de Administração Pública. 3.1. Breve trajetória da Administração Pública brasileira. 3.2. Conteúdo da formação em Administração Pública. 4. Procedimentos metodológicos. 5. Direitos humanos e formação do administrador público em três instituições de ensino. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O momento para uma revisão do ensino de administração é bastante oportuno, tendo em vista as diferentes iniciativas que estão sendo empreendidas pelos acadêmicos comprometidos com o desenvolvimento de um ensino de qualidade, por meio de instituições como a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (Anpad) e a Associação Nacional dos Cursos de Graduação em Administração (Andrad), assim como a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e a Secretaria de Educação Superior – vinculadas ao Ministério da Educação (MEC) (OLIVEIRA; SAUERBRONN, 2007).

Ao analisar o ensino de Administração Pública no Brasil, constatam-se como grandes obstáculos enfrentados por esse ramo do conhecimento a sua árdua trajetória para se firmar como ciência autônoma e a luta para

Fernanda Santinelli é doutora em Direito pela PUC-SP. Professora do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Alfenas (Unifal-MG) – campus Varginha.

Cléria Donizete da Silva Lourenço é doutora em Administração pela UFLA. Professora do Departamento de Administração e Economia da Universidade Federal de Lavras (UFLA).

criação de uma identidade do curso desvencilhada da Administração de Empresas.

A redemocratização do país e a redefinição das atribuições do Estado exigiram um novo meio de se pensar a Administração Pública e, conseqüentemente, um novo perfil de administrador público. O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, almeja a participação popular no processo político, nas decisões de Governo e no controle da Administração Pública. Cabe, dentre as novas atribuições estatais, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

O regime democrático da República Federativa do Brasil não se limita aos aspectos políticos, à técnica de escolha de governantes, à definição das formas de expressão da soberania popular. Mais do que isso, a democracia brasileira apresenta-se como um projeto que, a partir do desenvolvimento socioeconômico, visa a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, para transformar o Estado em uma sociedade livre, justa e solidária, promotora do bem comum.

O ciclo de ensino, iniciado após 1995, exige um novo perfil de administrador público que vise à promoção da cidadania e dos direitos humanos e que priorize e valorize a participação da sociedade civil na gestão pública das mais diversas formas. Esse novo profissional deve recepcionar “os direitos humanos como diretriz para o estabelecimento de objetivos, escolha de ferramentas, realização de ações, passando, então, a ser elemento constante do planejamento governamental” (MACHADO, 2007, p. 4). Como informa Keinert (1994, p. 46) “a competência política para conciliar demandas sociais e conviver com as relações do poder entre Estado e sociedade precisa ser aliada à capacidade técnica para definir prioridades e metas, formular estratégias e gerir recursos escassos”.

Observa-se, portanto, que, além do desenvolvimento de competências técnicas, o administrador público deve ter conhecimento sobre direitos humanos.

Diante do exposto, questiona-se: o conteúdo, a formação do administrador público brasileiro, na atualidade, possibilita o conhecimento sobre direitos humanos? Tendo essa questão como norteadora, o presente artigo tem como objetivo analisar os currículos de três cursos de Administração Pública no tocante às disciplinas de formação jurídica.

Com esse intuito, este trabalho foi organizado em seis seções. A primeira seção é composta por esta introdução; na segunda, é feita uma exposição sobre os direitos humanos como eixo orientador da atividade estatal brasileira; na terceira, procura-se delinear a trajetória do ensino em Administração Pública no Brasil abordando também alguns aspectos sobre conteúdo de formação; na quarta, apresentam-se os procedimentos metodológicos; na quinta, são apresentados os resultados da pesquisa apontando algumas implicações para o ensino de Administração Pública; e, por fim, na sexta seção, são feitas as considerações finais.

2. Os direitos humanos como eixo orientador da atividade estatal brasileira

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, consolida-se a percepção de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais indicados para a manutenção da paz e segurança internacionais. Os tratados de direitos humanos que passam a ser ratificados a partir desse período reconhecem a igualdade essencial de todo o ser humano em sua dignidade como pessoa e atribuem um novo sentido à relação entre as pessoas e o Estado, na qual a autoridade estatal não deve estar mais em oposição aos direitos fundamentais.

A vitória democrática na Segunda Guerra, juntamente com os enunciados

da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, determinam um grande movimento de reordenação jurídica dos Estados no qual são promulgadas vinte e seis novas Constituições (na Europa, nove; na América Latina, doze; nos países árabes e na Ásia, cinco) que passam a ter como eixo fundamental a dignidade da pessoa humana.

Acompanhando a tendência internacional, é promulgada a Constituição de 1988, dotada de um perfil antropocêntrico pautando as ações estatais, tanto no âmbito interno como no internacional, nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passa a assumir uma série de compromissos internacionais em respeito aos direitos humanos. No ano de 1992, ratifica o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966). Neste ano também ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969), tratado que institui o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, em 1998, aceita a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar casos de violação aos direitos previstos na Convenção.

Uma série de outros tratados de direitos humanos são ratificados pelo Estado brasileiro na década de 1990 entre os quais se destacam: o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ratificado em 1996; Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos referentes à abolição da pena de morte (1990), ratificado em 1996; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), ratificada em 1995; Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (1994), ratificada em 1997; e Convenção

Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), ratificada em 2001.

Ao ratificar esses tratados, o Estado assume o compromisso de cumpri-los dentro do seu território devendo, deste modo, criar mecanismos necessários para tal cumprimento, seja pela elaboração de normas, seja pela harmonização das já existentes sobre o mesmo conteúdo. Assim, os tratados de direitos humanos refletir-se-ão nas ações estatais, e as efetivações dos direitos enunciados nesses pactos passam a ser exigidas não só pela sociedade civil, mas também por organismos internacionais e pelos demais Estados que fazem parte desses acordos.

Desse modo, ao constituir-se num Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro deve empenhar-se para garantir aos cidadãos, além do exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, a participação em cada um dos Poderes constituídos. A compreensão da cidadania ligada aos direitos humanos contribui para a diminuição das relações de subintegração e sobreintegração típicas do Estado brasileiro como bem observa Marcelo Neves (1994, p. 260):

“Definida a cidadania como integração jurídica igualitária na sociedade, pode-se afirmar que ela está ausente quando se generalizam relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional, tal como ocorre nos países periféricos, destacadamente no Brasil. (...) Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão

liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (...) Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdades. (...) Os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático – em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da ‘ordem social’. Tendencialmente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, é posta de lado.”

No Estado brasileiro, como em boa parte dos países da América Latina, a gestão pública deve estar vinculada aos direitos fundamentais, pois nesses países a ideia de gestão pública eficiente deve estar comprometida com a eficácia dos serviços e políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais dos cidadãos e ao incremento da participação popular na Administração Pública (HACHEM, 2010).

Constata-se que os direitos humanos passam a ser o eixo orientador das atividades estatais nas três esferas de Poder, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, e em todos os entes da Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal).

No Poder Executivo, um exemplo significativo do direcionamento da atividade estatal para a promoção e proteção dos direitos humanos é observado com a aprovação, pelo Decreto 7.037 de 21 de dezembro de 2009, do Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3). Este orienta a atuação do poder público no âmbito dos direitos humanos em seis eixos: (1) a interação democrática entre Estado e sociedade civil; (2) desenvolvimento e direitos humanos; (3) universalização de direitos em um contexto de desigualdades; (4) segurança pública, acesso à justiça e combate à violência; (5)

educação e cultura em direitos humanos e (6) direito à memória e à verdade.

São destaques do PNDH-3 a constituição dos direitos humanos como princípio transversal a ser considerado em todas as políticas públicas e o fato inédito de que a elaboração e implementação de políticas públicas em direitos humanos foi proposta por trinta e um ministérios do governo.

A Diretriz 21, do Decreto 7.037/2009, prevê a promoção da educação em direitos humanos no serviço público. Em atendimento a esta diretriz, são traçados dois objetivos estratégicos: (1) Formação e capacitação continuada dos servidores públicos em Direitos Humanos, em todas as esferas de governo; (2) Formação adequada e qualificada dos profissionais de segurança pública (BRASIL, 2010).

No Poder Legislativo, observa-se a criação de leis para implementar os direitos proclamados na Constituição Federal de 1988 e para recepcionar, no ordenamento jurídico pátrio, os direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Pode-se exemplificar tal orientação do Poder Legislativo com a atuação da Assembleia Legislativa de Minas Gerais:

“A legislação de Direitos Humanos no Estado de Minas Gerais, no período compreendido entre 1988 e 2007, isto é, a legislação produzida após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente, de opção democrática, em consonância com o propósito da superlegalidade, consta de normas sobre direito à assistência jurídica gratuita, direito à alimentação, direito à educação, direito à informação, direito à isonomia, direito à saúde, direito à segurança, direito ao meio ambiente saudável, direito ao trabalho, direito da criança e do adolescente, direito da família, direito da mulher, direito de locomoção, direito do consumidor, direito do contribuinte, direito do homoafetivo, direito do

idoso, direito dos portadores de necessidades especiais e liberdade de crença” (MACHADO, 2007, p. 10).

Já no Poder Judiciário constatou-se um novo posicionamento jurisprudencial em respeito aos direitos humanos com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, na qual os tratados de Direitos Humanos adquirem *status* de Emenda Constitucional. Dessa forma, é acrescido o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição estabelecendo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º).

Com essa inclusão, os tratados de direitos humanos passaram a ser considerados pelo Supremo Tribunal Federal como direito supralegal:

“[...] O caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, desta forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato ratificado” (BRASIL, 2009).

Ao declarar os tratados de direitos humanos como direito supralegal, observa-se um avanço no posicionamento jurídico do país no intuito de resguardar a efetiva proteção dos direitos humanos.

A partir da exposição realizada, é possível afirmar que, a partir da década de 1990, a ação estatal passa a ser orientada, crescentemente, pela proteção e promoção dos direitos humanos. Contudo, é preciso questionar se a formação do administrador público na atualidade possibilita o conhecimento sobre direitos humanos. Com esse

intuito, pretende-se analisar se os cursos de Administração Pública acompanham essa tendência estabelecendo, em suas grades curriculares, disciplinas jurídicas que contemplem este conteúdo e que contribuam para a formação humanística do administrador público.

3. *Ensino de Administração Pública*

3.1. *Breve trajetória da Administração Pública brasileira*

Segundo Bresser-Pereira (2009), é nos anos 1930, durante o primeiro governo Vargas, que tem início no Brasil a reforma burocrática que veio substituir a administração patrimonial na qual os patrimônios públicos e privados estavam fundidos, e o Estado era visto como propriedade do soberano. A administração burocrática, “na época, era a melhor maneira de aumentar a eficiência, eliminar o nepotismo e reduzir a corrupção” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 208).

Porém, essa reforma que estabeleceu o serviço público profissional e os princípios da Administração Pública burocrática nunca foi concluída. Com a ampliação da atuação do Estado como agente ativo no processo de desenvolvimento econômico do País, era preciso ter pessoal capacitado para realizar essa tarefa.

Assim, surge o Departamento de Administração do Setor Público (DASP) em 1938 com o objetivo de auxiliar a modernização do Estado, que passou a difundir a Administração Pública por meio de ações como a realização de concursos públicos, o desenvolvimento de carreiras e a divulgação de produção científica na Revista do Serviço Público (GAETANI, 1999, p. 97). A partir do DASP, foi criada em 1944 a Fundação Getúlio Vargas (FGV) visando à formação de pessoas para a Administração Pública e privada. É dentro deste contexto que, em 1952, o ensino de Administração Pública como disciplina acadêmica foi introduzido

no Brasil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), com a criação da Escola Brasileira de Administração Pública (EBAP) (NICOLINI, 2003).

Nos anos 1960, a Administração Pública como disciplina acadêmica desenvolveu-se bastante no Brasil. Em 1967, ocorreram dois eventos importantes para a área: a criação da Revista de Administração Pública (RAP), que se tornou o mais importante periódico da área, e a criação do programa de mestrado em Administração Pública, ambos pela FGV/EBAP. Apesar disso, a área começou a declinar naquele momento por questões políticas, com o advento da ditadura militar e o milagre econômico (GAETANI, 1999, p. 99).

A partir daí, as instituições de ensino brasileiras acabaram optando, em sua maioria, pela adoção de currículos integrados, e a área de Administração Pública acabou sendo absorvida pela área de administração de empresas. O desestímulo do ensino de Administração Pública foi reforçado pela redução do Estado nos anos 1980 devida à crise econômica e estagnação (GAETANI, 1999). Porém, mesmo diante desse cenário, o governo do presidente Sarney promoveu uma reforma administrativa para atender à demanda de reestruturação do Estado que tinha, como um de seus objetivos, capacitar pessoal para atender de forma mais eficiente às novas demandas da sociedade. Para tal, em 1986, foi criada a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), uma escola de governo, com a missão de tornar a Administração Pública mais eficiente, mediante a formação adequada de seu pessoal (FERRAREZI; ZIMBRÃO, 2005).

Contudo, quando o Estado cresce, assumindo novos papéis sociais e econômicos e constituindo-se como um Estado social e democrático, a administração burocrática deixa de ser eficiente. Ela se mostra incompatível com o capitalismo industrial, já que, neste caso, é essencial a separação entre Estado e mercado.

Assim, abre-se o caminho para a reforma da gestão pública, cujo objetivo básico

era torná-la mais eficiente e mais responsável. Essa reforma adota uma abordagem gerencial da Administração Pública, porque segue o modelo de gestão das empresas privadas, defendendo uma maior autonomia e responsabilização dos órgãos públicos, como forma de atingir uma maior eficiência e qualidade (BRESSER-PEREIRA, 2009). Foi introduzida, assim, a ideia de administração gerencial e a profissionalização para a transformação do modelo burocrático.

A Administração Pública como área de conhecimento é marcada por uma sucessão de paradigmas. De 1900 a 1929, a Administração Pública é identificada como Ciência Jurídica. Numa visão estritamente legalista para administrar o Estado bastava-se compreender o Direito Administrativo.

“[...] Verifica-se que Direito Administrativo e Administração Pública parecem ser equivalentes, ou melhor, que esta última resulta dependente do primeiro. Diferenciar as duas disciplinas e caracterizar cada uma delas, constitui, pois, a preocupação dos estudiosos da época” (KEINERT, 1994, p. 42-43).

No período de 1930 a 1979, a Administração Pública é vista com Ciência Administrativa uma vez que a aplicação dos princípios gerais da administração, em qualquer contexto, permitia identificar a Administração Pública com a Administração de Empresas. Já no terceiro estágio de sua trajetória, entre os anos de 1980 a 1989, a Administração Pública recebe forte influência da Ciência Política constatando-se a supremacia da política sobre as técnicas legais e de gestão. Na década de 1990, o caminhar do processo de redemocratização do país deu ensejo à redefinição das atribuições do Estado, fato que contribuiu para que a Administração Pública fosse compreendida como tal (KEINERT, 1994). O caminho percorrido pela Administração Pública no Brasil, descrito anteriormente, pode ser sintetizado no Quadro 1 a seguir.

Quadro 1 – Percurso da Administração Pública no Brasil

<i>Período</i>	<i>Desenvolvimento do ensino de Administração Pública no Brasil</i>	<i>Contexto Histórico Brasileiro</i>
1930	Criação do DASP	Estado Novo e ampliação do papel do Estado
Década de 40	A Administração Pública como temática de estudo é introduzida no Brasil	Estado Novo e ampliação do papel do Estado
1952	Criação da EBAP, introduzindo o ensino de Administração Pública no País	Segundo governo Getúlio Vargas
Década de 60	Expansão da Administração Pública como disciplina acadêmica	Ditadura militar
1967	Criação da RAP e do programa de mestrado em Administração Pública da FGV/EBAP	Ditadura militar
Passagem da década de 60 para 70	Expansão do ensino de administração de empresas	“Milagre econômico”
Década de 80	Desestímulo ao ensino de Administração Pública	Redução do Estado, crise econômica e estagnação
1986	Criação da ENAP	Reforma administrativa do governo Sarney

Fonte: Soares et al. (2009, p. 5).

De acordo com Coelho (2006), a graduação em Administração Pública passou por movimentos significativos que o autor organiza em quatro ciclos: o 1º ciclo (1952-1965) é marcado pela criação, em 1952, do Bacharelado em Administração Pública pela EBAP e pela irradiação de cursos de Administração Pública no país seguindo seus moldes; o 2º ciclo (1966-1982) compreende o auge destes cursos até a retração antecedendo a crise do pós-80; o 3º ciclo (1983-1994) é identificado pela extinção do curso da EBAP, pela crise do ensino de Administração Pública no país e pelo seu ressurgimento com implantação dos cursos da UNESP e da Fundação João Pinheiro e, por fim, o 4º ciclo, iniciado em 1995 e ainda em construção, marcado pela expansão dos cursos de Administração Pública no Brasil:

“[...] Com a expansão dos cursos de graduação em Administração Pública no país no pós-95, afigura-se um 4º

ciclo neste ensino superior, o qual sucede a letargia dos anos oitenta e dinamiza o realento do limiar dos anos noventa que caracterizam o 3º ciclo (1983-1994) (...) Aparentemente é um estágio em construção, no qual as transformações da Administração Pública brasileira em geral – e a demanda potencial nesse mercado de trabalho em particular – (re)oprotunizam a oferta do ensino de graduação em Administração Pública” (COELHO, 2006, p. 93).

A partir de seus estudos, Keinert (1996) conclui que as mudanças dos cursos de Administração Pública no Brasil estão fortemente correlacionadas com as mudanças nos paradigmas de Administração Pública. Mas a autora defende que a interação entre a evolução da Administração Pública como campo de conhecimento e o seu ensino não significa que os cursosacompanhem

as demandas do mercado profissional do administrador público.

De acordo com Ferrarezi e Zimbrão (2005), hoje o setor público se torna cada vez mais complexo, o que exige modificações na formação do administrador público, já que este não está preparado para enfrentar as constantes mudanças e novos desafios que se impõem. Para Gaetani (1999), o ensino da Administração Pública é hoje muito importante, o que pode ser observado principalmente pelo número crescente de cursos de Administração Pública nos países pós-industriais.

A partir de meados da década de 1990 ganharam força as iniciativas governamentais de debater a qualidade e a universalidade do ensino superior. Diversos seminários e debates sobre o tema revelavam uma dissociação entre a percepção da sociedade sobre o sistema de ensino superior brasileiro e a visão da comunidade acadêmica. “Os diplomas emitidos não preparavam nossos jovens para o mundo competitivo e exigente em que vivíamos” (OLIVEIRA; SAUERBRONN, 2007, p. 154). Nessa perspectiva, o conteúdo da formação em administração torna-se um fator a ser analisado.

3.2 Conteúdo da formação em Administração Pública

Oliveira, Pereira e Ramirez (1995, p. 7) ressaltam que se têm associado à profissão do administrador habilidades extremamente diversificadas que são consideradas fundamentais para o exercício de tal profissão. Isto se dá devido à diversidade de tarefas presentes no dia a dia do administrador, assim como pela grande amplitude de seu campo de atuação e formação.

Assim, as questões sobre currículo estão no centro das discussões atuais sobre a educação escolar, em especial no ensino superior. Diante deste cenário, torna-se relevante a preocupação com a organização e o desenvolvimento curricular, uma vez que os problemas se acentuam na “consciência das necessidades dos alunos” e na

“inadequação das propostas curriculares” (FISCHER, 1980, p. 2).

Observa-se que, depois de quase meio século da criação do curso de graduação em administração no Brasil, ele ainda tem sido alvo de críticas no que se refere à sua eficácia. Mesmo sofrendo algumas mudanças ao longo dos anos, muitos atores envolvidos no processo de formar administradores parecem insatisfeitos com os resultados alcançados pelos cursos de graduação. Dentre as críticas mais recorrentes encontra-se a questão do currículo do curso (FISCHER, 1980, 2003; NICOLINI, 2003).

Partindo da conceituação tradicional, o currículo deve ser entendido como um curso de formação profissional: o conjunto de matérias, modos e meios de ensino e aprendizagem, decorrentes do contexto cultural e da natureza das áreas de conhecimento envolvidas, que assumem a configuração de disciplinas ou interdisciplinas a serem desenvolvidas cooperativamente por professores e alunos, visando ao desenvolvimento de competências socialmente desejáveis (FISCHER, 2001).

Souza (2002) determina o que para ela seria o perfil mais adequado do administrador público dentro do contexto atual, devendo esse profissional possuir iniciativa e criatividade, responsabilidade, capacidade de agir adequadamente diante de situações diversas, inteligência prática, voltada para a ação, desenvolvimento e aquisição de novos conhecimentos, através de uma constante formação, ser um especialista generalista, conhecendo o particular a partir do geral, apresentar habilidades gerenciais, ter capacidade empreendedora, liderança e habilidades interpessoais.

Já para Keinert (1994), de acordo com o paradigma emergente, as habilidades que o administrador público deve dominar são: (I) habilidades humanas para que desenvolva sua capacidade de liderança, comunicação, negociação, administração de conflitos, adaptação a mudanças; (II) habilidade profissional para que tenha

uma visão estratégica incentivando a criatividade e a inovação, e a capacidade técnica que lhe permita usar as tecnologias administrativas mais adequadas ao setor público; (III) habilidade pública para que ele tenha responsabilidade social, noções de ética, democracia e compromisso com o serviço público.

Além de um perfil adequado, o administrador público precisa receber uma boa formação que o torne capaz de responder adequadamente às demandas das organizações públicas atuais. A este respeito, Soares, Ohayon e Rosenberg (2009) sintetizam os principais conhecimentos que devem ser dominados pelos administradores públicos, conforme apontados pela literatura especializada: política, direito, ética, administração de recursos, economia, gestão de pessoas, estratégia, finanças/contabilidade, negociação, estatística, teorias organizacionais, administração internacional, cultura nacional, ciências sociais, democracia, inovação, gestão de mudanças, estágio e tecnologias/informática.

Souza (2002), Nicolini (2008) e Gaetani (1999) afirmam que há a necessidade do domínio de conhecimentos não apenas técnicos, mas também políticos, pelo administrador que pretende atuar em uma organização pública. Estes autores explicam que, como as organizações públicas são espaços de conflito político, onde as áreas política e administrativa se misturam, é necessário que haja gestores que tenham conhecimentos técnicos, mas também responsabilidade política.

A atuação do gestor de uma organização pública tem diferença evidente da atuação do gestor de uma organização privada. Assim, é preciso considerar as peculiaridades da formação do administrador público.

O ensino de Administração Pública é ainda pouco debatido na academia brasileira. Se forem considerados os artigos publicados na RAP no período de 1992 a 2002, apenas 2% tinham o foco no ensino de Administração Pública. Porém, deve-se

destacar o recente crescimento do número de artigos (tanto na RAP, quanto na RAE e nos Cadernos EBAPE) que debatem os desafios e tendências do ensino de administração e Administração Pública no país (OLIVEIRA; SAUERBRONN, 2007).

Nicolini (2008) informa que a Administração Pública se diferencia da administração de empresas por uma série de fatores, como a busca pela eficiência e não pelo lucro, e o tratamento justo de seus clientes, sem discriminá-los. Assim, para este autor, a simples aplicação das ferramentas de gestão empresarial em uma organização pública traz problemas, pois estas ferramentas são influenciadas pelos objetivos e formas das atividades empresariais, sendo muitas vezes inadequadas para as organizações públicas. Pode haver uma transposição destas ferramentas, mas é preciso respeitar as características da Administração Pública. Esse pensamento deve refletir-se na formação do administrador público que deve ser capaz de estabelecer esta diferenciação.

Bresser-Pereira (2009) também defende a ideia de que a gestão pública é essencialmente diferente da administração de empresas, já que esta tem como mecanismo de coordenação o mercado e como principal objetivo o lucro, enquanto que naquela esse mecanismo é político e o objetivo é o interesse público. Por isso, segundo o autor, não se pode simplesmente levar as práticas e conceitos de um setor para o outro, deve-se “filtrar e reelaborar criticamente cada conceito, cada técnica” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 343).

A administração, como campo de atuação prática e acadêmica, passa a ser um símbolo da sociedade contemporânea, deixa de ser vista apenas como uma ciência voltada para empresas privadas e passa a influenciar todos os níveis da vida pública e privada. Por um lado, o administrador torna-se a ser um profissional requisitado não apenas nas organizações capitalistas, mas também em várias outras organizações públicas e não governamentais. Por

outro, a sua formação profissional prioriza aspectos voltados para o business, ou seja, prioriza-se a preparação do discente no sentido de lidar com questões ligadas aos negócios lucrativos. Tem-se, com isso, uma dissociação entre as necessidades de atuação profissional comprometida com questões sociais mais amplas e a formação profissional que coloca como foco a dimensão econômica da profissão. Com efeito, destaca-se a necessidade de se repensar a formação e o papel do administrador nas organizações, não apenas como sujeito preocupado com aspectos factuais de sua profissão, mas também como pessoa ciente de suas responsabilidades, além de capaz de lidar com toda a complexidade da atualidade (LOURENÇO; TONELLI; MAFRA, 2010).

O ambiente complexo no qual o administrador está inserido exige dele novas formas de atuação. Os limites entre organização e sociedade tornam-se cada vez mais tênues, pois a produtividade organizacional não pode ser mais entendida somente como responsabilidade do administrador: ela deve ser dividida também com a sociedade. Os objetivos das organizações passam a ser múltiplos e incluem aspectos econômicos, sociais e ambientais. Com isso, tornou-se fundamental o desenvolvimento da capacidade de os administradores lidarem mais adequadamente com uma multiplicidade de fatores. O novo administrador precisa ter um perfil mais criativo e inovador e ser capaz de lidar com questões que extrapolam os limites de sua área do conhecimento (LOURENÇO; TONELLI; MAFRA, 2010).

Conforme propõem Lourenço, Tonelli e Mafra (2010), em vista dos desafios que o ensino de administração enfrenta atualmente, há a necessidade de uma formação mais plural e comprometida com os problemas sociais. Segundo os autores, essa formação implicaria dois aspectos: (I) a adoção de uma atitude crítica e reflexiva pelos administradores e (II) a consideração, além da dimensão econômica, da dimensão

humana e social nas organizações. Considera-se que esses dois fatores são ainda mais importantes se for considerado o contexto de atuação do administrador público.

Nessa linha de raciocínio, é fundamental o protagonismo do estudante. É preciso considerar os alunos como sujeitos que devem contribuir para o enriquecimento de temas e abordagens desenvolvidos durante a formação superior. Somente essa perspectiva poderá garantir um processo voltado para pessoas que têm consciência de seu papel na sociedade e da importância de transformá-la, em vez de ser um aplicador de tecnologia em sua maior parte importada (NICOLINI, 2003).

Um dos aspectos fundamentais para a transformação do ensino é a necessidade de superar as resistências dos próprios docentes (OLIVEIRA; SAUERBRONN, 2007). Em alguns casos, parte dos docentes tende a acreditar que a adoção de uma perspectiva crítica é “irrelevante, irreal e pouco prática no âmbito da Administração”, e tende a supor que os alunos serão avessos a tal perspectiva (CHIA, 2000).

Conforme afirmam Oliveira e Sauerbronn (2007), quase todos os desafios enfrentados pela administração de empresas se aplicam em maior ou menor grau ao ensino superior de Administração Pública. Porém, as autoras destacam algumas peculiaridades dos desafios e tendências para a Administração Pública especialmente no que tange ao desenvolvimento de conteúdos na área.

Um primeiro desafio para o ensino de Administração Pública é a necessidade de manter suas preocupações originais, que a distinguem do setor privado em termos de conteúdo. A lógica de mercado vem dominando gradualmente o serviço público. Há uma mudança em curso (imposta ou não) de uma Administração Pública orientada para o procedimento e para a norma, para uma gestão pública com ênfase em qualidade, resultados e satisfação dos usuários, que apresenta grandes dificuldades e desafios

para sua transformação (MADUREIRA, 2005).

Ao ensino superior de administração cabe a formação de quadros profissionais que atendam aos novos papéis demandados pela sociedade (mobilidade, elasticidade, criatividade e inovação), tanto nos níveis estratégicos quanto nos operacionais. Para Madureira (2005), a configuração da formação do administrador público é influenciada principalmente pela estrutura governamental, os regimes de pessoas da função pública, as condições de acesso a essa função e o nível de titulação exigido nos processos de recrutamento. Outros elementos influenciam nessa formação: primeiro, a Nova Gestão Pública e a transformação de uma cultura pura do serviço público para uma com características de setor privado; segundo, o fato de a “formação ser utilizada pelo topo das elites da Administração Pública como forma de disseminação de crenças e ideologias” (MADUREIRA, 2005, p. 1119).

Também na Administração Pública há o desafio de promover uma reflexão sobre a estrutura curricular, de forma a determinar programas e planos de formação para atualização, reciclagem ou aperfeiçoamento de gestores e funcionários públicos. Como afirmam Davies et al (1995 apud MADUREIRA, 2005), essa “reforma” do ensino não significa modernizar os títulos dos cursos e os módulos de formação, mas sim o conteúdo que reflita os fatores sociais, culturais, legais, econômicos e políticos nacionais e locais.

Conforme explica Coelho (2008a), no que tange à formação acadêmica em Administração Pública, as principais dificuldades identificadas são: (1) a falta de identidade do ensino; (2) mimetismo de administração de empresas; (3) dicotomia política/administração; (4) escassez de material didático; (5) carência de corpo docente; (6) falhas na interface teoria-prática.

Madureira (2005) também afirma que o ensino de Administração Pública enfrenta

uma série de limitações na transição entre teoria e prática administrativa. Limitações culturais acontecem porque nem sempre a receptividade à formação pelos quadros públicos é significativa. Limitações estratégicas surgem porque o ensino não é encarado como algo proativo e que deva ser desenvolvido de forma integrada. As limitações técnicas e econômicas fazem sentido se considerados os custos financeiros e humanos com os quais a Administração Pública não tem condições de arcar.

Um desafio final para o ensino de Administração Pública com implicações bastante relevantes sobre o foco dos programas está relacionado às suas finalidades porque a finalidade do ensino superior é formar pessoas que façam o serviço público (que administrem o interesse público) ou que atuem a serviço do público (que atuem como líderes públicos) (VENTRISS, 1991, p. 7-8). Uma reflexão sobre esse foco pode significar uma ampliação do escopo do ensino superior de Administração Pública de forma a alimentar o interesse público, preparar sujeitos para uma variedade de papéis públicos e recapturar a orientação pública fundamental para a área. Esta reflexão está em consonância com a necessidade de colocar o estudante no papel de protagonista de sua formação (OLIVEIRA; SAUERBRONN, 2007).

4. Procedimentos metodológicos

A presente pesquisa caracteriza-se como de natureza qualitativa e de caráter descritivo, pois tem como objetivo a análise e a descrição das disciplinas jurídicas da matriz curricular de três cursos de graduação em Administração Pública. Para tal, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, por meio das quais os dados coletados nas matrizes curriculares foram analisados sob a perspectiva do referencial teórico, ou seja, verificou-se como as disciplinas de conteúdos jurídicos dos cursos de Administração Pública contribuem

para o ensino de direitos humanos aos graduandos.

As instituições de ensino superior que tiveram seus currículos analisados nesta pesquisa foram: os cursos de graduação em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (FGV/Eaesp), da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (EG-FJP) e da Faculdade de Ciências e Letras (FCL/Unesp). Tais cursos foram escolhidos como objeto de estudo por serem alguns dos principais cursos de graduação em Administração Pública no País desde a década de 1990.

O curso de graduação em Administração Pública da FGV/Eaesp iniciou suas atividades em 13 de setembro de 1954, no município de São Paulo-SP. Está inserido no curso de administração desta instituição, constituindo uma de suas linhas de formação específica. Dessa forma, o aluno pode optar pela linha de administração de empresas ou de Administração Pública. Com carga horária mínima de 3600 horas e a oferta de 100 vagas anuais, o curso obteve tanto no Enade (Exame Nacional de Desempenho de Estudante) como no seu CPC (Conceito Preliminar do Curso) a nota 5 (EMEC, 2011).

No que diz respeito à graduação da Fundação João Pinheiro, este é o único curso universitário no País que forma profissionais que integrarão, após concluírem sua formação, uma carreira de Estado: a de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Poder Executivo do Governo do Estado de Minas Gerais. A Fundação João Pinheiro é uma instituição pública estadual e está vinculada à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Tal curso iniciou suas atividades em 16 de março de 1987, no município de Belo Horizonte-MG, tem uma carga horária total de 3.060 horas e oferta 80 vagas anuais. Tanto no Enade como no CPC obteve a nota 5 (EMEC, 2011).

Já o curso de graduação em Administração Pública da Faculdade de Ciências e

Letras da UNESP teve início em 1º de março de 1989, no município de Araraquara- SP. Com a carga horária mínima de 3.000 horas e oferta anual de 100 vagas, o curso obteve tanto no Enade como no seu CPC a nota 4 (EMEC, 2011).

Os dados analisados nesta pesquisa foram coletados a partir dos sites das instituições de ensino superior mencionadas anteriormente. A análise dos dados foi realizada por meio da leitura detalhada das matrizes curriculares dos cursos indicados observando as disciplinas de conteúdos jurídicos. O intuito foi o de identificar, nesses currículos, a presença ou não da disciplina de direitos humanos tendo em vista a importância do estudo desse tema para o graduando em Administração Pública. Afinal, conforme demonstrado no referencial teórico, os direitos humanos são um dos eixos norteadores da atividade estatal brasileira.

5. Direitos humanos e formação do administrador público em três instituições de ensino

O ensino de Administração Pública sofre uma série de desafios para atração de alunos, na formação acadêmica e na inserção profissional de seus egressos, conforme destaca Coelho (2008b).

O mimetismo com Administração de Empresas, talvez um dos fatores mais prejudiciais ao ensino da Administração Pública, também é observado nas disciplinas jurídicas que compõem a grade curricular desses cursos.

Se nos cursos de Administração de Empresas as disciplinas jurídicas que compõem o currículo são geralmente Instituições de Direito Público e Privado, Direito Empresarial e Direito Tributário, nos cursos de Administração Pública ocorre, em boa parte, uma substituição do Direito Empresarial pelo Direito Administrativo e/ou Direito Constitucional sem se observar outros conteúdos jurídicos essenciais aos

administradores públicos, como é o caso dos direitos humanos.

Na matriz curricular do curso de Administração Pública da FGV/Eaespp não estão previstas disciplinas de conteúdo jurídico dentre as comuns, entre Administração Pública e Administração de Empresas. Ao estabelecer as disciplinas específicas para a Administração Pública são previstas: Fundamentos do Estado de Direito, ofertada no 2º semestre com 4 créditos; Estrutura Jurídica das Empresas Estatais, no 5º semestre com 4 créditos; Direito Administrativo, no 6º semestre com 4 créditos e Direito Fiscal e Tributário, no 8º semestre com 4 créditos.

Assim, observa-se que dos 198 créditos distribuídos entre as disciplinas obrigatórias e eletivas, 16 são destinados às disciplinas de conteúdo jurídico e não há a oferta da disciplina Direitos Humanos.

Na matriz curricular do curso da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro estão previstas como disciplinas de conteúdo jurídico: Introdução ao Direito, ofertada no 1º período com 3 créditos; Direito Constitucional, no 2º período com 4 créditos; Direito Administrativo I, no 3º período com 4 créditos e Direito Administrativo II, no 4º período com 4 créditos.

Dos 184 créditos ofertados em disciplinas, 15 são de conteúdo jurídico, mas não há oferta da disciplina de Direitos Humanos.

Já na estrutura curricular do curso da FCL/Unesp são ofertadas como disciplinas obrigatórias: Introdução ao Estudo do Direito, ofertada com 4 créditos; Direito Constitucional, com 4 créditos; Direito Administrativo, com 4 créditos e Direito Tributário, com 4 créditos.

Assim, dos 160 créditos ofertados em disciplinas, 16 são em disciplinas de conteúdo jurídico, mas não está prevista a oferta da disciplina de Direitos Humanos.

A análise das matrizes curriculares dos cursos de Administração Pública da FGV/Eaespp, da EG-FJP e da FCL/Unesp permite concluir que as disciplinas de conteúdo jurídico perfazem, respectivamente, 8%, 8,15%

e 10% das matrizes curriculares de cada um dos cursos. Esses dados permitem, de imediato, ao menos duas reflexões: acerca da quantidade de disciplinas de Direito a serem ofertadas e quanto à escolha dessas disciplinas.

Primeiramente questiona-se a pequena quantidade de disciplinas jurídicas destinadas à formação do administrador público. Será que um profissional que deverá pautar suas ações visando à concretização dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência consegue obter conhecimento jurídico para tanto quando a estes conteúdos são destinados menos de 10% da matriz curricular do curso?

Sabe-se que por volta dos anos de 1900 a 1929, a Administração Pública era identificada como Ciência Jurídica (KEINERT, 1994) e que uma das preocupações da época foi fazer a distinção e caracterização de cada uma dessas áreas do conhecimento. Talvez tal distinção tenha levado ao grande afastamento entre essas áreas, comprometendo a formação do administrador público que, devido à própria essência de sua atividade, deverá agir sempre em conformidade com a lei visando a atender ao interesse público e garantir o bem comum.

A segunda reflexão vem a ser sobre a escolha das disciplinas jurídicas ofertadas, que estão voltadas mais para a compreensão jurídica do Estado e da sua estrutura administrativa e tendem a contribuir mais para a formação técnica do que propriamente humanística. As disciplinas jurídicas contempladas nas matrizes curriculares propiciam a aquisição de conhecimentos sobre a organização do Estado, a organização dos Poderes, direitos fundamentais, princípios da Administração Pública, as licitações e os contratos administrativos e também sobre a ordem tributária nacional, conteúdos de fundamental importância na formação do administrador público. Entretanto, a disciplina de direitos humanos – que não é contemplada nas matrizes curri-

culares analisadas – tem a sua importância devido ao seu potencial de trazer, ao futuro administrador público, noções de cidadania, respeito às minorias, ações afirmativas, participação popular, entre outros.

Assim, constata-se uma lacuna na formação do Administrador Público, pois o núcleo essencial de sua atuação, tanto na Administração Direta, como na Administração Indireta e no Terceiro Setor, é melhorar as condições de vida dos cidadãos. Sendo os direitos humanos um dos eixos norteadores da atividade estatal, defende-se a inclusão desse conteúdo como uma disciplina específica nos cursos de Administração Pública.

6. Considerações finais

Neste artigo, foi questionado se o conteúdo da formação do administrador público brasileiro, na atualidade, possibilitaria o conhecimento sobre direitos humanos. Sob essa orientação, buscou-se analisar os currículos de três cursos de Administração Pública brasileiros no tocante às disciplinas de formação jurídica.

Os resultados permitiram identificar que, embora seja um dos eixos norteadores da atividade estatal brasileira, a temática dos direitos humanos, como disciplina, não tem sido abordada nos três cursos analisados. Ainda que sejam ofertadas, as disciplinas de conteúdo jurídico tem foco não em direitos humanos, mas sim na compreensão jurídica do Estado e da sua estrutura administrativa. Assim, o conteúdo jurídico ofertado nesses cursos tende a contribuir mais para a formação técnica do que propriamente para a formação humanística.

Portanto, constata-se uma lacuna na formação do administrador público brasileiro, pois o núcleo essencial de sua atuação, tanto na Administração Direta, como na Administração Indireta e no Terceiro Setor é melhorar as condições de vida dos cidadãos. Por isso, a disciplina de direitos

humanos tem a sua importância devido ao seu potencial de trazer, ao futuro administrador público, noções de cidadania, respeito às minorias, ações afirmativas, participação popular, dentre outros. Em suma, sendo os direitos humanos um dos eixos norteadores da atividade estatal, defende-se a inclusão desse conteúdo como uma disciplina específica nos cursos de Administração Pública.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Reforma do Estado no federalismo brasileiro: a situação das administrações públicas estaduais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 401-420, mar./abr. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa nacional de direitos humanos (PNDH-3)*. Brasília: SDH, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 466343/SP, de 3 de dezembro de 2008. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE\(466343%20NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE(466343%20NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 17 jul. 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

CHIA, Robert. Teaching paradigm shifting in management education: university business schools and the entrepreneurial imagination. *Journal of Management Studies*, Oxford, v. 33, n. 4, p.409-428, 2000.

COELHO, Fernando de Souza. *Educação superior, formação de administradores e setor público: um estudo sobre o ensino da Administração Pública (em nível de graduação) no Brasil*. 2006. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2006.

_____. A problemática atual do ensino de graduação em Administração Pública no Brasil. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, ago. 2008a. Disponível em: <<http://>

www.uspleste.usp.br/grife/images/CadernosEBA-PE_FGV.pdf> Acesso em: 15 jun. 2010.

_____. Uma radiografia do ensino de graduação em Administração Pública no Brasil (1995-2006). In: ENCONTRO NACIONAL DE Administração Pública E GOVERNANÇA, 3., 2008, Salvador. *Anais...* Salvador: ANPAD, 2008b.

FERRAREZI, Elisabete; ZIMBRÃO, Adélia. Formação de carreiras para a gestão pública contemporânea: o caso dos especialistas em políticas públicas e gestão governamental. In: X CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 2005, Santiago. *Anais...* Santiago: [s.n.], 2005.

FISCHER, Tânia. *Ensino de administração: é urgente a mudança dos currículos?* Rio de Janeiro: ANPAD, 1980.

_____. A difusão do conhecimento sobre organizações e gestão no Brasil: seis propostas de ensino para o decênio 2000/2010. *Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, p. 123-139, 2001.

_____. Alice através do espelho ou Macunaíma em Campus Papagalli?: mapeando rotas de ensino dos estudos organizacionais no Brasil. *Organizações & Sociedade*, Salvador, v. 10, n. 28, ago./dez. 2003.

GAETANI, Francisco. O ensino de Administração Pública no Brasil em um momento de inflexão. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 50, n. 4, p. 92-120, out./dez. 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 10, n. 42, p.153-175, 2010.

KEIRNET, Tânia Margarete Mezzomo. Os paradigmas da Administração Pública no Brasil (1900-92). *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 34, n. 3, p.41-48, 1994.

LOURENÇO, Cléora Donizete da Silva; TONELLI, Dany Flávio; MAFRA, Flávia Luciana Naves. A reconciliação entre o econômico e o social: um desafio para o ensino de administração. In: MORETTI, Sérgio Luiz do Amaral (Org.). *Ensino e pesquisa em administração: propostas sobre a capacitação docente*. São Paulo: CAPES, 2010.

MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho. *Administração Pública e direitos humanos: considerações por uma*

revisão conceitual a propósito da experiência. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2007. Disponível em: <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/.../269-administracao-publica-e-direitos-humanos-consideracoes>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

MADUREIRA, César. A formação profissional contínua no novo contexto da Administração Pública: possibilidades e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 5, p. 1109-1135, 2005.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p.253-276, 1994.

NICOLINI, Alexandre Mendes. Qual será o futuro das fábricas de administradores. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 43, n. 2, p. 44-54, 2003.

_____. *A escola nacional de Administração Pública: uma universidade corporativa do Estado brasileiro?* In: XII CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 2008, Buenos Aires. *Anais...* Buenos Aires: ENAP, 2008.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de; SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras. Trajetória, desafios e tendências no ensino superior de administração e Administração Pública no Brasil: uma breve contribuição. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, p. 149-170, 2007.

OLIVEIRA, Janete Lara; PEREIRA, Denise de Castro; RAMIREZ, Regina Márcia. O perfil do profissional de administração: as organizações com a palavra. *Caderno de Administração*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 5-55, abr. 1995.

SOARES, Vanessa Burlon; OHAYON, Pierre; ROSENBERG, Gerson. O perfil e a formação do administrador público: uma análise curricular em seis instituições de ensino superior do Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE, 2., 2009, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ANPAD, 2009.

SOUZA, Eda Castro Lucas. A capacitação administrativa e a formação de gestores governamentais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 73-88, jan./fev. 2002.

VENTRISS, Curtis. Contemporary issues in American public administration education: the search for an educational focus. *Public Administration Review*, Washington, v. 51, n. 1, p. 4-14, 1991.

Alistabilidade e elegibilidade do silvícola no ordenamento jurídico brasileiro

Roberto Moreira de Almeida

Sumário

1. Introdução. 2. Silvícolas. 2.1. Conceito. 2.2. Classificação. 2.3. Etnias indígenas brasileiras. 2.4. Reconhecimento de direitos das populações indígenas. 3. Alistabilidade e voto dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1. Conceito de alistamento. 3.2. Obrigatoriedade. 3.3. Facultatividade. 3.4. Vedação. 3.5. Direito de voto. 3.6. Domicílio eleitoral. 3.7. Procedimento para o alistamento. 3.8. Transferência, revisão e segunda via. 3.9. Cancelamento e exclusão. 3.10. Fiscalização do alistamento. 4. Elegibilidade dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. Conceito de direitos políticos passivos. 4.2. Condições de elegibilidade. 5. Inelegibilidade. 5.1. Conceito. 5.2. Casos de inelegibilidade. 6. Reelegibilidade. 6.1. Conceito. 6.2. Hipóteses constitucionais. 7. Privação dos direitos políticos. 7.1. Introdução. 7.2. Hipóteses legais. 8. Direitos políticos dos militares. 9. Conclusões.

1. Introdução

Roberto Moreira de Almeida é Procurador Regional da República/5ª Região; especialista, mestre e doutorando em Direito; pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Lusíada (Porto/Portugal) e em Direitos Humanos pela UNICRI - United Nations Interregional Crime and Justice Research (Milão/Itália); Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), da Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA/PB) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP/PB).

O presente ensaio tem por desiderato discorrer, mesmo que perfunctoriamente, acerca do direito/dever de alistamento eleitoral e voto, bem como sobre a elegibilidade dos índios no ordenamento jurídico brasileiro.

Prima facie haveremos de entender o que são índios, como eles se classificam e quais os regramentos constitucionais e legais para o exercício pleno da cidadania por esses povos, seja no tocante à legitimidade eleitoral ativa (capacidade para votar), seja no que

concerne à legitimidade eleitoral passiva (capacidade para ser votado).

2. *Silvícolas*¹

2.1. *Conceito*

Quando os europeus chegaram às Américas, imaginaram ter descoberto um novo caminho (o marítimo) para as Índias. Cristóvão Colombo, quando de sua chegada ao Novo Mundo, em 1492, resolveu chamar os nativos de “índios”, termo que se consagrou e passou a designar os habitantes primitivos ou os aborígenes americanos.

Nesse diapasão conceitual, Pinto Ferreira (1995, p. 438), com bastante acuidade, leciona: “O indígena representa a população primitiva do País que foi dominada pelo conquistador branco. Hoje o seu número é bastante reduzido, e sem cautelas tende a desaparecer”.

Índio, indígena, silvícola, aborígene, aborígene, autóctone ou nativo, pode-se dizer, consiste na pessoa de origem e ascendência pré-colombiana identificada como integrante de um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional².

2.2. *Classificação*

Os índios brasileiros, quanto ao processo de integração nacional, segundo tipologia contida no Estatuto do Índio, são classificados em: a) isolados; b) em vias de integração; e c) integrados.

Isolados são os indígenas que vivem em grupos desconhecidos ou de que se têm vagas ou poucos informes. Eles não mantêm

contato ou possuem escassos contatos com os povos não índios.

Os índios em vias de integração são aqueles que, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam condições de sua vida nativa, mas já praticam setores da comunhão nacional e chegam a se comunicar fazendo uso da língua portuguesa; poucos, no entanto, sabem escrever ou ler em português.

Os silvícolas integrados, por seu turno, são aqueles que estão incorporados à comunhão nacional e, quando alfabetizados, no exercício pleno dos direitos, não obstante mantenham os usos, as tradições e os costumes que caracterizam a sua cultura.

Quanto ao fim de proteção constitucional, contudo, o Supremo Tribunal Federal não adota a classificação extraída da Lei nº 6.001/73 e reconhece o termo “índio”, genericamente considerado e dentro de um espírito de igualdade de direitos, para retratar a multiplicidade “interétnica” e “intraétnica” dos descendentes dos aborígenes ou povos autóctones existentes no país, inclusive garantindo-se àqueles em processo de aculturação o manto protetivo encartado na Constituição Federal. São, a propósito, as conclusões que se extraem do seguinte julgado, *in verbis*:

“O substantivo ‘índios’ é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (...)”

Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo de-

¹ A palavra silvícola significa aquele que nasce ou vive nas selvas e é utilizada como sinônima para índio. É digno de registro, contudo, que o termo é de certo modo inadequado e inapropriado porque o que faz a pessoa ser considerada índia não é o fato de ter nascido ou vivido nas “selvas”.

² Conceito extraído a partir do inciso I do art. 3º da Lei nº 6.001/73.

marcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. (...)

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

(...)

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste

mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. (...) Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão” (STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010).

2.3. Etnias indígenas brasileiras

Diversas são as etnias ou comunidades indígenas brasileiras³.

Com efeito, calcula-se que, na época do descobrimento, com a chegada dos europeus em 1500, havia entre dois milhões e quatro milhões de nativos, distribuídos em 1.400 tribos e com cerca de 1.300 línguas.

Hodiernamente, segundo dados do Censo IBGE 2010, no território brasileiro,

³ Hartmut-Emanuel Kayse, no livro *Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual* (2010), menciona a existência de diversos povos indígenas no Brasil, sendo os mais significativos em número populacional os Guarani (cerca de 46 mil), os Ticuna (32 mil), os Kaingang (28 mil), os Makuxi (23 mil) e os Yanomami (15 mil).

contamos apenas com 817.963 índios⁴, divididos em 236 povos, falantes de 180 línguas distintas. Representam 0,42% da população nacional.

2.4. Reconhecimento de direitos das populações indígenas

O art. 231 da Constituição Federal de 1988 foi direcionado às populações indígenas para:

a) atribuir-lhes o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; e

b) assegurar-lhes os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam⁵, sendo dever da União, quanto a estas, demarcá-las e protegê-las.

Por seu turno, o art. 232 do texto constitucional em vigor atribuiu legitimidade aos próprios índios e a suas comunidades e organizações para que pudessem ingressar judicialmente na defesa de seus direitos e interesses, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos do processo.

No plano infraconstitucional, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, no que concerne à capacidade dos índios para o exercício dos direitos civis, estava em vigor o Código Civil de 1916, cujo art. 6º, parágrafo único, os considerava relativamente incapazes e os sujeitava ao regime tutelar previsto em leis e regulamentos especiais. A relativa incapacidade civil cessaria à medida que os nativos fossem se adaptando à civilização do país. Em 10 de janeiro de 2002, contudo, foi promulgada a Lei nº 10.406, que instituiu o novo Código Civil brasileiro. Nesse diploma legal, ficou

⁴ Da população indígena brasileira, de acordo com o IBGE (Censo de 2010), 315.180 índios vivem em cidades e 502.783 na zona rural (há 673 Terras Indígenas espalhadas de norte a sul do Brasil).

⁵ “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (CF, art. 231, § 1º).

assentado que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (art. 4º, parágrafo único). A partir de então, não seriam mais os índios considerados pessoas relativamente incapazes. São sujeitos de direito tais quais os demais brasileiros. Eventual lei especial deve ser editada para proteção de tais povos, jamais como forma de restringir o exercício de direitos. A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, intitulada Estatuto do Índio, editada antes do advento da CF/88, havia inserido os aborígenes e suas comunidades, enquanto não integrados à comunhão nacional, sob regime tutelar.

3. Alistabilidade e voto dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro

3.1. Conceito de alistamento

De acordo com Fávila Ribeiro (2000, p. 213), “consiste o alistamento no reconhecimento da condição de eleitor, que corresponde à aquisição da cidadania determinando a inclusão do nome do alistando no corpo eleitoral. Essa admissão no corpo eleitoral se faz através de requerimento formulado pelo interessado”.

Para Armando Antônio Sobreiro Neto (2004, p. 81), “alistamento eleitoral é o ato pelo qual o indivíduo se habilita, perante a Justiça Eleitoral, como eleitor e sujeito de direitos políticos, conquistando a capacidade eleitoral ativa (direito de votar)”.

Denominamos alistamento eleitoral o ato jurídico pelo qual a pessoa natural índia ou não índia adquire, perante a Justiça Eleitoral, após a habilitação e a comprovação do preenchimento dos requisitos legais, a capacidade eleitoral ativa e passa a integrar o corpo de eleitores de determinada zona e seção eleitorais. O alistamento consiste na primeira fase do processo eleitoral (ALMEIDA, 2012, p. 233).

3.2. Obrigatoriedade

No que se refere à obrigatoriedade do alistamento eleitoral para os silvícolas, edi-

tou-se a Resolução TSE nº 20.806/2001, que passou a exigí-lo apenas para os integrados e alfabetizados que tenham comprovação de quitação do serviço militar ou prestação alternativa⁶. Os índios não integrados e os em vias de integração, todavia, teriam o direito ao alistamento e ao voto, mas como facultativos, tal qual ocorre com os demais brasileiros não índios analfabetos.

A Resolução TSE nº 20.806, de 15 de maio de 2001, está assim ementada:

“ALISTAMENTO ELEITORAL. EXIGÊNCIAS.

São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa” (Processo Administrativo nº 18391 – Macapá/AP, Rel. Min. Jacy Garcia Vieira, Diário de Justiça, Volume 1, 24/08/2001, P. 173).

O direito dos indígenas ao exercício da cidadania é algo extremante louvável. Nesse diapasão, previu o inciso I do § 1º do art. 14 da Constituição Federal que o alistamento eleitoral é obrigatório para todos os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito anos de idade, de ambos os sexos⁷.

⁶ A comprovação da quitação do serviço militar ou da prestação alternativa está contida na Lei nº 4.375/64, que a exige para os brasileiros do sexo masculino entre 18 (dezoito) e 45 (quarenta e cinco) anos de idade. Penso que tal obrigatoriedade não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, o alistamento é a primeira fase do processo eleitoral e, sem ele, a pessoa não pode exercer a cidadania. A Carta Cidadã acolheu o sufrágio universal, o voto direto e secreto e a soberania popular. Não há espaço, pensamos, para serem feitas restrições legais, sem respaldo constitucional, como a descabida comprovação de prestação do serviço militar ou prestação alternativa para o alistamento eleitoral no país.

⁷ “O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira incorrerá em multa imposta pelo juiz eleitoral e

O critério estabelecido pela Resolução TSE nº 20.806/2001, *data venia*, merece críticas no que concerne à obrigatoriedade de comprovação de quitação do serviço militar ou serviço alternativo para os indígenas do sexo masculino maiores de 18 (dezoito) anos.

Tal exigência, pensamos nós, não obstante ser o serviço militar obrigatório no Brasil, não faz sentido, seja para o alistando índio, seja para o não índio, visto que o alistamento é um dever/direito a todos imposto em um Estado Democrático de Direito.

A propósito, em boa hora, a comprovação de quitação do serviço militar para o alistamento eleitoral de indígenas sofreu questionamento judicial por parte do Ministério Público. Com efeito, a Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, em 8 de junho de 2011, nas pessoas dos Procuradores Regionais da República Pedro Barbosa Pereira Neto e André de Carvalho Ramos, respectivamente, Procurador Regional Eleitoral e Procurador Regional Eleitoral substituto, após instauração de inquérito civil, ingressou com petição, dirigida ao Corregedor Regional Eleitoral, a fim de que seja declarada a nulidade desse requisito de alistabilidade, uma vez que indevido.

Espera-se que a Justiça Eleitoral, sobretudo o Tribunal Superior Eleitoral, revendo os termos contidos na Resolução TSE nº 20.806/2001, acolha pedido de alistamento eleitoral de brasileiros alfabetizados índios ou não índios com mais de 18 (dezoito) e menos de 70 (setenta) anos de idade, sem a obrigatoriedade de apresentação de quitação do serviço militar ou prestação alternativa para os alistandos do sexo masculino.

cobrada no ato da inscrição. Não se aplicará a pena ao não-alistado que requerer sua inscrição eleitoral até o centésimo quinquagésimo primeiro dia anterior à eleição subsequente à data em que completar 19 anos” (Resolução TSE nº 21.538/03, art. 15 e parágrafo único)(ver também Código Eleitoral, art. 8º e Lei nº 9.504/97, art. 91).

De fato, a alteração normativa ora sugerida, se vier a ser acolhida pelo TSE, estará em consonância com o espírito constitucional extraído de uma exegese sistemática dos parágrafos 1º e 2º do art. 14 da Constituição Federal, pelos quais o alistamento e o voto são obrigatórios (também um direito) para todos os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade.

3.3. *Facultatividade*

O alistamento é facultativo para (CF, art. 14, § 1º, II):

a) os analfabetos⁸ [observa-se, na prática, a partir de dados do IBGE (Censo de 2010), que a totalidade dos índios não integrados e boa parte dos em processo de integração não são alfabetizados];

b) os maiores de setenta anos de idade; e

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

3.4. *Vedação*

Previam os incisos I a III do art. 5º do Código Eleitoral que eram inalistáveis:

a) os analfabetos;

b) os que não soubessem exprimir-se na língua nacional (ainda hoje há etnias indígenas com línguas próprias e que nem sequer precisam utilizar a língua portuguesa como instrumento de comunicação); e

c) os que estivessem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, não recepcionou parte do art. 5º do Código Eleitoral. Com efeito, são inalistáveis atualmente apenas:

a) os estrangeiros (CF, art. 14, § 2º);

b) os conscritos [os homens (inclusive indígenas) que se encontrem prestando o serviço militar obrigatório para as Forças Armadas (CF, art. 14, § 2º)];

c) os que tenham perdido os direitos políticos em razão de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 15, I);

d) os que tenham perdido os direitos políticos em razão da aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária, salvo nos casos de reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição da naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (CF, art. 12, § 4º, II, “a” e “b”); e

e) os que tenham seus direitos políticos suspensos, nos casos de:

- incapacidade civil absoluta (CF, art. 15, II);
- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos (CF, art. 15, III);
- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (CF, art. 15, IV); ou
- improbidade administrativa (CF, art. 15, V).

3.5. *Direito de voto*

3.5.1. *Obrigatoriedade*

O voto é obrigatório para os brasileiros natos e naturalizados maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade (CF, art. 14, § 1º, I).

Entre esses brasileiros, entendemos incidir a obrigatoriedade de voto para os índios integrados e alfabetizados.

3.5.2. *Facultatividade*

O voto é facultativo para os índios brasileiros natos e naturalizados:

- analfabetos;

⁸ Se a pessoa deixar de ser analfabeta, deverá providenciar sua inscrição eleitoral, sob pena de sujeição à cobrança de multa eleitoral. O § 1º do art. 1º da Lei nº 6.236/2005 dispõe: “o diretor, professor ou responsável por curso de alfabetização de adultos encaminhará o aluno que o concluir ao competente juiz eleitoral, para obtenção do título de eleitor”.

- maiores de setenta anos de idade; e
- maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

3.5.3. *Vedação*

Foi vedado o direito de voto para todos os indivíduos estrangeiros (índios ou não índios) e, durante o período do serviço militar obrigatório, para os conscritos⁹ (CF, art. 14, § 2º). Veda-se, também, o direito de voto àqueles que tiveram decretada a perda ou a suspensão dos direitos políticos.

3.6. *Domicílio eleitoral*

O conceito de domicílio eleitoral tem ensejado discussão na comunidade jurídica brasileira.

O Código Eleitoral (art. 42, parágrafo único) definiu-o como “o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas”.

O Código Civil brasileiro de 2002, por seu turno, definiu o domicílio civil da pessoa natural como o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70). Aduz, também, que, se a pessoa tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, será considerado domicílio seu qualquer delas (art. 71). E, igualmente, asseverou que é domicílio da pessoa natural, quanto às relações afetas à profissão, o lugar onde esta é praticada (art. 72).

Podemos dizer, então, que os conceitos de domicílio civil e domicílio eleitoral são idênticos?

A resposta é negativa.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral¹⁰ já pacificou o entendimento segundo o qual o domicílio eleitoral não se confunde com o domicílio civil. Nesse diapasão, asseverou: “O domicílio eleitoral não se

confunde, necessariamente, com o domicílio civil. A circunstância de o eleitor residir em determinado município não constitui obstáculo a que se candidate em outra localidade onde é inscrito e com a qual mantém vínculos (negócios, propriedades, atividades políticas)”.

Vê-se, destarte, que a expressão “domicílio eleitoral” é interpretada de forma mais ampla que “domicílio civil”. De fato, basta que o cidadão apresente vínculos ou interesses profissionais, patrimoniais, comunitários, familiares, políticos ou comerciais com determinada localidade para que possa requerer a sua inscrição eleitoral e ali ser eleitor ou até candidato.

No que concerne às populações indígenas, há que apurar qual o domicílio eleitoral do silvícola para lhe garantir o direito de cidadania, seja para votar, seja para ser candidato, seja mesmo para exercer mandato eletivo.

3.7. *Procedimento para o alistamento*

3.7.1. *Introdução*

Para que o índio seja sujeito de direitos políticos e esteja habilitado ao exercício do sufrágio, faz-se necessário que requeira¹¹, perante o cartório eleitoral ou o posto de alistamento do seu domicílio, o respectivo alistamento.

O alistamento eleitoral, mediante processamento eletrônico de dados, foi implantado pela Lei nº 7.444, de 20/12/85, e está disciplinado pela Resolução nº 20.132 (TSE), de 19/3/98 (DJU 22/4/98). A aludida instrução normativa fixa três fases para o procedimento: qualificação, inscrição e deferimento.

Qualquer indígena brasileiro maior de 16 (dezesseis) anos poderá se alistar eleitor e passar a exercer regularmente os direitos políticos ativos.

⁹ Para o conscrito que já seja eleitor, quando do ingresso nas Forças Armadas, haverá de ser suspensa sua inscrição eleitoral, enquanto durar a prestação do serviço militar obrigatório, sendo restabelecida após o cumprimento do aludido dever cívico.

¹⁰ Acórdão 18.124/2000.

¹¹ O alistamento é ato personalíssimo, pois não se admite que seja formulado o requerimento por procuração.

3.7.2. *Qualificação*

A qualificação é o ato pelo qual o índio faz prova de que é alistável e de que preenche todos os requisitos, inclusive idade mínima, para se tornar eleitor.

O documento exigido aos brasileiros não índios para a qualificação do eleitor para fins de alistamento é um dos seguintes (Resolução TSE nº 21.538/2003, art. 13):

a) carteira de identidade ou documento emitido pelos órgãos criados por lei federal controladores do exercício profissional (CREA, OAB, CRM, CRC, etc.);

b) certificado de alistamento militar ou de quitação do serviço militar, para os alistados do sexo masculino, maiores de 18 anos e até 45 anos de idade, conforme a Lei nº 4.375/64;

c) certidão de nascimento ou casamento, extraída do Registro Civil¹²;

d) instrumento público do qual se infira, por direito, ter o requerente a idade mínima de 16 (dezesseis) anos, e do qual constem, também, os demais elementos necessários à sua qualificação; e

e) documento no qual se identifique a nacionalidade brasileira do requerente (Lei nº 7.444, art. 5º, § 2º, VI).

Cabe ao aborígene apresentar um dos documentos acima elencados e requerer a sua inscrição eleitoral.

Entendemos que os indígenas podem se alistar eleitores apenas com a comprovação de serem brasileiros natos ou naturalizados, possuírem a idade mínima legal (dezesseis anos de idade) e comprovarem domicílio eleitoral.

3.7.3. *Inscrição*¹³

Após comprovar que não há óbice ao alistamento, o serventuário do cartório

¹² O § 2º do art. 50 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) prescreve que “os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição de nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios”.

¹³ *Caput* do art. 12 da Resolução TSE nº 20.132/98, de 19/3/98 (DJU 22/4/98).

eleitoral preenche um formulário oficial padronizado. A esse ato, ou seja, o preenchimento do Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE) chamamos de inscrição eleitoral.

3.7.4. *Deferimento*

O RAE, devidamente instruído com a documentação pertinente, na sistemática do Código Eleitoral, deveria ser encaminhado ao Juiz Eleitoral para decisão. Se o magistrado, sob a fiscalização do Ministério Público Eleitoral e dos partidos políticos, verificasse que não havia vedação ao alistamento, assinaria o documento e determinaria que o título fosse entregue ao eleitor, após a assinatura deste no Protocolo de Entrega do Título Eleitoral (PETE).

Hodiernamente, contudo, não há mais assinatura do Juiz Eleitoral no título, mas a chancela mecânica do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral impressa no próprio documento. A rigor, a entrega do título eleitoral ao alistando deve ser feita imediatamente, antes mesmo de qualquer apreciação judicial¹⁴. Aguarda-se o deferimento do RAE pelo Juiz Eleitoral apenas para enviar o lote para processamento.

3.7.5. *Impugnações e recursos ao alistamento*¹⁵

Incumbe aos partidos políticos, na pessoa de seus delegados, e ao Ministério Público Eleitoral, na pessoa do Promotor de Justiça Eleitoral, a fiscalização do procedimento. A eles a lei eleitoral outorgou legitimidade para impugnar [recurso no prazo de 10 (dez) dias¹⁶] o ato judicial deferitório do pedido de alistamento eleitoral.

¹⁴ Se houver dúvidas em relação ao eleitor (por exemplo, saber se ele possui mesmo domicílio na circunscrição eleitoral), poderá o cartório baixar o RAE em diligência. Nesse caso, não se fará a entrega do título ao eleitor, nem se realizará o seu processamento, antes de efetuada a respectiva diligência.

¹⁵ Art. 19 da Resolução TSE nº 20.132/98.

¹⁶ O prazo de 10 (dez) dias (Lei nº 6.996/82, art. 7º, § 1º) para recorrer é contado a partir da colocação da

Em caso de indeferimento do pedido de alistamento, o próprio eleitor tem legitimidade para, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da data do despacho indeferitório, interpor recurso (Lei nº 6.996/82, art. 7º, § 1º). Entendemos que o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade também para recorrer em favor do indígena em caso de indeferimento ilegal do seu pedido de alistamento, pois, além de exercer a função de *custos legis* em todas as fases do processo eleitoral, nos termos preceituados no art. 232 da Constituição Federal, incumbe ao MP intervir em todos os atos do processo em que haja interesses indígenas em disputa.

Os recursos ajuizados, seja no caso de deferimento, seja no de indeferimento do pedido de alistamento eleitoral, serão processados e julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral.

3.7.6. Encerramento do alistamento

O alistamento eleitoral deve ser encerrado na data prevista em lei.

O Código Eleitoral (art. 67) estabeleceu que nenhum requerimento de inscrição ou de transferência eleitoral deverá ser recebido nos 100 (cem) dias anteriores a qualquer pleito eletivo.

A Lei nº 9.504/97 (art. 91, *caput*), diversamente, fixou a seguinte regra: “nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos 150 (cento e cinquenta) dias anteriores à data da eleição”.

Hodiernamente, destarte, predomina o prazo fixado pela Lei das Eleições, ou seja, nenhum alistamento ou pedido de transferência será admitido no período de 150 (cento e cinquenta) dias anteriores a qualquer eleição.

O índio ou não índio deve, dessa forma, ficar atento ao prazo estabelecido na legis-

listagem contendo a relação das inscrições incluídas no cadastro eleitoral. Essa listagem é posta à disposição dos partidos políticos e do Ministério Público pelo cartório eleitoral nos dias 1º e 15 de cada mês ou no primeiro dia útil seguinte a essas datas.

lação eleitoral e procurar o cartório eleitoral de seu domicílio para realizar o alistamento eleitoral até 151 (cento e cinquenta e um) dias antes das eleições.

3.8. Transferência, revisão e segunda via

3.8.1. Transferência

O alistamento torna o eleitor vinculado a determinada zona e seção eleitorais. Não obstante, poderá ocorrer mudança de domicílio eleitoral se o cidadão solicitar ao cartório eleitoral a respectiva transferência.

Para a primeira inscrição (alistamento), basta a comprovação do domicílio eleitoral pelo indígena. Já para a transferência (inscrição secundária ou derivada), a lei eleitoral é mais rigorosa.

De fato, para o deferimento do pedido de transferência (operação 3 no RAE), a legislação¹⁷ eleitoral exige:

a) entrada do requerimento no cartório eleitoral do novo domicílio até 151 dias antes da eleição;

b) transcurso de, pelo menos, um ano da inscrição ou da última transferência;

c) residência mínima de três meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor¹⁸; e

d) prova de quitação com a Justiça Eleitoral; pede-se ao eleitor que apresente:

i) comprovantes de votação;

ii) justificativas eleitorais;

iii) certidão de quitação eleitoral expedida pelo cartório eleitoral em que estava inscrito; ou

¹⁷ Art. 15 da Resolução TSE nº 20.132/98.

¹⁸ As exigências contidas nas hipóteses “b” e “c” não se aplicam à transferência de servidor público civil, militar ou autárquico, ou de membro de sua família, por motivo de remoção ou transferência (Lei nº 6.996, art. 8º, parágrafo único).

O inciso III do § 1º do art. 55 do Código Eleitoral previa, *in verbis*: “residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio, atestada pela autoridade policial ou provada por outros meios convincentes”. Ocorre que o inciso III do art. 8º da Lei nº 6.996/82 passou a exigir apenas “a residência declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor”. Aplica-se esta nova regra

iv) comprovação de pagamento de multa pelo não exercício do voto.

Ao requerer a transferência, o índio entregará ao servidor do cartório eleitoral o título antigo e a prova de quitação com a Justiça Eleitoral.

Poderá o indígena requerer transferência:

a) de um Município para outro dentro do mesmo Estado;

b) de um Estado da federação para outro;

c) do Brasil para o exterior (votação em embaixada ou consulado); e

d) do exterior para o Brasil.

Na hipótese de indeferimento do pedido de transferência, caberá recurso, no prazo de três dias, a contar do despacho judicial, para o Tribunal Regional Eleitoral (Código Eleitoral, art. 57, § 2º). Esse recurso pode ser interposto pelo eleitor ou por partido político (entendemos também que pelo Ministério Público, nos casos de indeferimento ilegal).

Por seu turno, é cabível recurso dos pedidos de transferência deferidos, também no prazo de três dias, contados da data da divulgação da listagem contendo a relação de inscrições atualizadas no cadastro, por qualquer partido ou pelo Ministério Público (Código Eleitoral, art. 57, § 2º).

3.8.2. Revisão

O RAE será preenchido como revisão (operação 5) sempre que o eleitor:

a) necessitar alterar o lugar de votação no mesmo município;

b) mudar de endereço no mesmo município;

c) desejar retificar dados pessoais constantes do cadastro eleitoral (exemplo: nome, endereço, data de nascimento, nome dos pais, etc.); ou

d) pretender regularizar situação de inscrição cancelada (exemplo: cancelamento por ter deixado de votar, sem justificção, a três eleições consecutivas, duplicidade, revisão do eleitorado, etc.).

3.8.3. Segunda via

Em caso de perda ou extravio do título, assim como em caso de inutilização ou dilaceração, o eleitor índio poderá solicitar pessoalmente ao juiz de seu domicílio eleitoral que se lhe expeça a segunda via. Também é permitido a ele solicitar segunda via em zona eleitoral diversa, mas, nesse caso, deve indicar se pretende receber o documento na zona eleitoral de origem ou naquela onde requereu.

Deve ser consignada no RAE, em caso de segunda via, a operação 7 (sete).

No novo título expedido, sem nenhuma alteração em relação ao documento anterior, inclusive no que concerne à data de domicílio, o eleitor deverá apor a assinatura ou a impressão digital de seu polegar, se não souber assinar.

3.9. Cancelamento e exclusão

O Título II da Parte III (arts. 71 a 81) do Código Eleitoral é denominado “Do Cancelamento e da Exclusão”, mas não faz distinção entre os institutos.

Será que a expressão cancelamento de inscrição eleitoral é sinônima de exclusão de inscrição do cadastro eleitoral?

Para Pinto Ferreira (1991, p. 111), há as seguintes distinções:

“O cancelamento se realiza quando a inscrição de que se trata deixa de existir, como nas hipóteses de pluralidade de inscrições, quando elas são canceladas, ou na de transferência do eleitor para outra zona ou circunscrição. A exclusão é feita contra o próprio eleitor, que deixa de ser eleitor, até que cesse o motivo da exclusão, quando poderá novamente pleitear e requerer a sua inscrição”.

Entendemos que o cancelamento e a exclusão são procedimentos complementares. Com efeito, constatando-se irregularidade no procedimento de inscrição eleitoral, é dever imposto ao magistrado eleitoral promover o cancelamento da inscrição e a

consequente exclusão do nome do eleitor do cadastro eleitoral.

O Código Eleitoral, a propósito, estabelece, no *caput* do art. 71, que são causas de cancelamento:

- a) a infração dos arts. 5º e 42;
- b) a suspensão ou perda dos direitos políticos;
- c) a pluralidade de inscrições;
- d) o falecimento do eleitor; e
- e) deixar de votar em 3 (três) eleições consecutivas.

O parágrafo 1º do aludido dispositivo legal do mesmo diploma normativo assevera: “a ocorrência de qualquer das causas enumeradas neste artigo acarretará a exclusão do eleitor, que poderá ser promovida *ex officio*, a requerimento de delegado de partido ou de qualquer eleitor”.

Analisemos, destarte, as hipóteses elencadas no art. 71 do Código Eleitoral:

I) Infração ao art. 5º do Código Eleitoral

O art. 5º do CE previa as hipóteses nas quais determinados indivíduos [analfabetos; os que não soubessem se expressar na língua nacional (silvícolas e portadores de necessidades especiais por deficiência física ou mental); e os que estivessem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos] não poderiam se alistar eleitores. Também estabelecia que os militares soldados e os cabos fossem inalistáveis (o alistamento e o voto dos cabos e soldados das Forças Armadas e Polícia Militar hoje são obrigatórios). Uma vez identificado pelo Juiz Eleitoral que alguma dessas pessoas estivesse inscrita eleitora, deveria ele providenciar o cancelamento da respectiva inscrição eleitoral.

Relembre-se, todavia, que não são mais inalistáveis os analfabetos (possuem atualmente alistamento e voto facultativos, nos termos do art. 14, § 1º, II, “a”, da CF/88), os silvícolas e os militares, salvo o conscrito (este não pode votar nem ser votado, segundo o art. 14, § 2º, da CF/88).

II) Infração ao art. 42 do Código Eleitoral

O cancelamento da inscrição eleitoral dar-se-á quando o Juiz Eleitoral verificar

que o eleitor, inclusive o índio, não possui domicílio eleitoral na região na qual está inscrito.

Com efeito, há pessoas inscritas em determinadas zonas eleitorais, mas com domicílio eleitoral em outras. Se constatada tal situação, haverá o cancelamento da inscrição daquele eleitor em situação irregular, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade penal, civil e administrativa.

Vide, nesse diapasão, a revisão do eleitorado a cargo da Justiça Eleitoral no item 3.9, VII, *infra*.

III) Suspensão ou perda dos direitos políticos

Os casos de suspensão ou de perda dos direitos políticos, assunto já estudado, estão elencados no art. 15 da Constituição Federal. Sobre a hipótese em disceptação, assevera o § 2º do art. 71 do Código Eleitoral: “no caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao Juiz Eleitoral ou ao Tribunal Regional Eleitoral da circunscrição em que residir o réu”. De posse das informações, caberá ao Juiz Eleitoral tomar as providências necessárias para o cancelamento da respectiva inscrição eleitoral.

IV) Pluralidade de inscrições

A duplicidade ou pluralidade de inscrições é facilmente detectável em virtude do cadastramento eleitoral eletrônico unificado.

Hodiernamente, nenhum eleitor poderá estar registrado em mais de uma seção eleitoral do País, ou seja, possuir mais de um título de eleitor válido.

Com a transferência ou a revisão deferida, a inscrição eleitoral anterior há de ser imediatamente cancelada.

V) Falecimento do eleitor indígena

O óbito de cidadãos alistáveis deve ser comunicado à Justiça Eleitoral, pelos oficiais do registro civil, até o dia 15 (quinze) do mês consecutivo ao do falecimento, sob

as penas do art. 293 do Código Eleitoral (CE, art. 71, § 3º). Tal providência ensejará o cancelamento da inscrição eleitoral do *de cujus*.

VI) Abstenção reiterada

O eleitor que deixar de votar em três eleições consecutivas, não justificar a ausência ou não pagar a multa por não ter votado receberá como sanção o cancelamento de sua inscrição eleitoral.

VII) Revisão do eleitorado

O TRE, ao receber denúncia fundamentada de fraude no alistamento eleitoral, deverá realizar correição, sob a responsabilidade da Corregedoria Regional Eleitoral. O eleitor que não comparecer à revisão terá a sua inscrição eleitoral cancelada de ofício (CE, art. 71, § 4º).

De acordo com a Resolução TSE nº 21.538/2003, bem como com os incisos do art. 92 da Lei das Eleições, o Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a realização de revisão eleitoral ou correição das zonas eleitorais sempre que:

a) o total de transferências de eleitores ocorridas no ano em curso seja 10% (dez por cento) superior ao do ano anterior;

b) o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos, do território da zona ou da área do município; e

c) o eleitorado for superior a 65% (sessenta e cinco por cento) da população projetada para aquele ano pelo IBGE.

Segundo a Resolução TSE nº 21.490/2003, nos municípios em que a relação entre população e eleitorado for superior a 65% (sessenta e cinco por cento) e menor ou igual a 80% (oitenta por cento), a revisão dar-se-á por meio de correição ordinária anual.

3.10. Fiscalização do alistamento

Incumbe aos partidos políticos fiscalizar todo o processo eleitoral, que se inicia com o alistamento e se finaliza com a diplomação dos eleitos. Idêntica atribuição cabe ao Ministério Público Eleitoral, pois foi ao *Parquet* concedido o relevante papel de defensor do regime democrático pela Constituição Federal de 1988.

4. Elegibilidade dos silvícolas no ordenamento jurídico brasileiro

4.1. Conceito de direitos políticos passivos

Os direitos políticos passivos ou capacidade eleitoral passiva do indígena têm a ver com a sua elegibilidade ou o direito de vir a ser votado. São as condições ou os requisitos exigidos dele para ser votado e, uma vez eleito, poder ocupar determinado cargo público eletivo.

4.2. Condições de elegibilidade¹⁹

É digno de registro informar que os silvícolas alfabetizados podem ser eleitos, tal como ocorreu com o índio xavante Mário Juruna, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro (1983-1987), o primeiro parlamentar federal com etnia indígena do Brasil.

Para que possam vir a ser eleitos, é preciso antes que preencham determinados requisitos (condições de elegibilidade) e não incorram em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei.

Nos termos do § 3º do art. 14 da Constituição Federal, exigem-se as seguintes condições de elegibilidade: nacionalidade brasileira, pleno gozo dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral, filiação partidária e idade mínima.

4.2.1. Nacionalidade brasileira

O primeiro requisito para ser eleito no Brasil é ter a pessoa nacionalidade brasileira, isto é, ser brasileira nata ou naturalizada.

¹⁹ Pode-se dizer que existem dois tipos ou duas espécies de condições de elegibilidade: *a) as expressas (próprias, típicas ou nominadas)*: estão contidas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal (nacionalidade brasileira, pleno gozo dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio na circunscrição, filiação partidária e idade mínima); e *b) as implícitas (impróprias, atípicas ou inominadas)*: são verdadeiros obstáculos ou impedimentos eleitorais, sem os quais a pessoa não pode concorrer a um pleito eletivo (ser escolhida em convenção partidária, desincompatibilização, ser alfabetizada, quitação eleitoral, etc.).

Há, contudo, que ser brasileiro nato o candidato a Presidente da República e Vice-Presidente da República, bem como o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ocupante de cargo da carreira diplomática, o oficial das Forças Armadas e o Ministro de Estado da Defesa (CF, art. 12, § 3º, I a VII).

4.2.2. Pleno gozo dos direitos políticos

O eleitor índio que, por qualquer motivo, vier a perder ou tiver seus direitos políticos suspensos, ficará impedido de exercer as capacidades eleitorais ativa e passiva (sobre o tema, *vide* item 7, *infra*).

4.2.3. Alistamento eleitoral

Qualquer brasileiro, inclusive o índio, somente obtém a condição de eleitor com a inscrição do seu nome no juízo eleitoral de seu domicílio.

O alistamento eleitoral é comprovado com a apresentação de um documento hábil, isto é, o título de eleitor.

Além do alistamento, deverá o silvícola comprovar que está quite com suas obrigações perante a Justiça Eleitoral.

4.2.4. Domicílio eleitoral

A legislação exige que o candidato tenha domicílio eleitoral no local onde pretenda se eleger.

A circunscrição do Vereador, do Vice-Prefeito e do Prefeito é o município; do Deputado, do Senador, do Governador e do Vice-Governador é o Estado ou o Distrito Federal; do Presidente e do Vice-Presidente da República é qualquer seção eleitoral do país.

O prazo mínimo de domicílio eleitoral para a participação de candidato índio ou não-índio em determinada eleição é um ano antes do pleito. Já o simples eleitor, ou seja, aquele que pretende apenas votar em determinada eleição (não pretende se candidatar) deverá providenciar a inscrição ou a transferência eleitoral na respectiva

circunscrição até 151 (cento e cinquenta e um) dias antes do pleito.

4.2.5. Filiação partidária²⁰

Toda pessoa que resolva se candidatar a determinado cargo público eletivo deverá fazê-lo por intermédio de uma agremiação partidária. No Brasil, diversamente do que se dá nos Estados Unidos, por exemplo, não existe candidatura avulsa, isto é, sem a intermediação de um partido político. O prazo mínimo de filiação partidária para concorrer a um cargo eletivo é de um ano antes das eleições²¹ (data da realização do primeiro

²⁰ Dispõe a Lei Orgânica dos Partidos Políticos - LOPP (Lei nº 9.096/95): "Art. 19. Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, deverá remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos. § 1º Se a relação não é remetida nos prazos mencionados neste artigo, permanece inalterada a filiação de todos os eleitores, constante da relação remetida anteriormente. § 2º Os prejudicados por desídia ou má-fé poderão requerer, diretamente à Justiça Eleitoral, a observância do que prescreve o *caput* deste artigo. § 3º Os órgãos de direção nacional dos partidos políticos terão pleno acesso às informações de seus filiados constantes do cadastro eleitoral".

Reza a Súmula TSE nº 20, publicada no DJ de 21 de agosto de 2000: "A falta do nome do filiado ao partido na lista por este encaminhada à Justiça Eleitoral, nos termos do art. 19 da Lei 9.096, de 19/9/95, pode ser suprida por outros elementos de prova de oportuna filiação".

Haverá o cancelamento imediato da filiação partidária nos casos de: a) morte; b) perda dos direitos políticos; c) expulsão; e d) outras formas previstas no estatuto, com comunicação obrigatória ao atingido no prazo de quarenta e oito horas da decisão (LOPP, art. 22, I a IV).

Com o afã de acabar de uma vez por todas com eventuais fraudes em filiações partidárias, o TSE instituiu o sistema eletrônico FILIAWEB, por meio da edição da Resolução nº 23.117, de 20/8/2009, alterada pela Resolução nº 23.198, de 16/12/2009, o qual se propõe a cruzar dados e localizar multiplicidade de filiações partidárias em qualquer parte do território brasileiro.

²¹ A lei eleitoral também poderá fixar prazo de filiação partidária menor que um ano para certas

turno), mas é facultado aos partidos políticos estabelecer em seus estatutos prazo maior para que seus filiados possam participar da convenção para escolha de candidatos. Por fim, é digno de registro informar que a dupla filiação partidária²² leva à inelegibilidade.

Nesse sentido dispõe o seguinte escólio jurisprudencial²³:

“RECURSO ELEITORAL. DUPLA FILIAÇÃO. NULIDADE. INELEGIBILIDADE. Não pode registrar candidatura quem está filiado a dois partidos, por não ter comunicado ao Juiz Eleitoral a desfiliação de um para filiar-se a outro pelo qual pretende concorrer. Ofensa ao artigo 22, parágrafo único, da Lei 9.096/95.

1. O artigo 22 da Lei 9.096/95 elucida que quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral para cancelar sua filiação: se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

2. Tal dispositivo legal visa evitar expedientes fraudulentos e propiciar mais transparência a esse ato de filiação partidária. Assim, por estar inscrito em dois partidos, ficou configurada a dupla filiação partidária.

3. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade”.

4.2.6. Idade mínima

O parágrafo 2º do art. 11 da Lei nº 9.504/97, modificando o entendimento ju-

peoas ocupantes de relevantes funções públicas. É o que se dá, por exemplo, com magistrados, militares, membros de Tribunal ou Conselho de Contas e do Ministério Público.

²² A dupla filiação partidária também configura crime eleitoral de menor potencial ofensivo. Com efeito, dispõe o Código Eleitoral no art. 320: “Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos. Pena: pagamento de 10 a 20 dias-multa”.

²³ TRE/GO, Recurso Eleitoral nº 163-GO, Rel. Maria Thereza Pacheco Alencastro Veiga, j. 21/8/2000.

risprudencial esposado na Resolução TSE²⁴ nº 14.371/94, estabeleceu que os candidatos devem ter as seguintes idades mínimas na data da posse:

a) 35 anos: para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador;

b) 30 anos: para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) 21 anos: para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; e

d) 18 anos: para Vereador.

5. Inelegibilidade

5.1. Conceito

Alexandre de Moraes (2005, p. 214) assim se reporta ao tema: “os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas. Dividem-se em regra sobre inelegibilidade e normas sobre perda e suspensão dos direitos políticos”. E acrescenta: “A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania” (MORAES, 2005, p. 214).

Dizemos inelegível o índio que, embora regularmente no gozo dos direitos políticos, esteja impedido de exercer temporariamente a capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado) em razão de algum motivo relevante fixado em lei.

As inelegibilidades não se confundem com as condições de elegibilidade. Com efeito, enquanto estas constituem requisitos para que o cidadão possa concorrer a determinado cargo eletivo (requisitos positivos), aquelas consistem em impedimentos ou

²⁴ A Resolução TSE nº 14.371/94, da qual foi relator o Min. Marco Aurélio, previa que o requisito idade mínima deveria ser aferido na data da eleição.

obstáculos que, se não afastados, obstam a candidatura (requisitos negativos). Destarte, para que o índio possa pleitear um mandato eletivo, deve preencher as condições de elegibilidade e não incidir em qualquer dos casos de inelegibilidade. Ademais, as condições de elegibilidade podem ser elencadas na CF e em lei; já as hipóteses de inelegibilidade precisam estar previstas na CF ou em lei complementar.

5.2. Casos de inelegibilidade

As hipóteses de inelegibilidade estão inseridas diretamente na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades).

5.2.1. Inelegibilidades constitucionais

As inelegibilidades constitucionais, também chamadas de absolutas (não precluem e podem ser arguidas a qualquer tempo²⁵), são aquelas encartadas no texto constitucional (CF, art. 14, §§ 4º a 7º).

Segundo a Constituição Federal, são inelegíveis: os sem-domicílio, os sem-filiação, os inalistáveis, os parentes de chefes do Poder Executivo e os ocupantes de certos cargos, empregos ou funções.

5.2.1.1. Os sem-domicílio

O indígena que não possuir domicílio eleitoral na circunscrição, no prazo legalmente fixado (um ano antes de determinada eleição, no mínimo), ficará inelegível e, *ipso facto*, não poderá pleitear o cargo eletivo naquela localidade.

²⁵ Se a inelegibilidade for constitucional (idade mínima, analfabetismo, nacionalidade brasileira, etc.), acaso perdido o prazo para a apresentação de AIRC (Ação de Impugnação de Registro de Candidaturas), o interessado poderá valer-se de AIME (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) ou RCD (Recurso Contra a Diplomação). Se a matéria for infraconstitucional (rejeição de contas, desincompatibilização, etc.), haverá de ser utilizada apenas a AIRC, sob pena de preclusão, salvo se o motivo for superveniente (neste caso é cabível também o manejo de AIME ou RCD).

5.2.1.2. Os sem-filiação

A Constituição exige a filiação partidária para a elegibilidade do indivíduo, isto é, que ele esteja filiado a determinada agremiação partidária. Sem a intermediação de partido político, não poderá o agente postular cargo público eletivo. A lei eleitoral estabelece, a propósito, que a pessoa tenha filiação partidária há pelo menos um ano antes da eleição, salvo prazo menor ou maior nos termos da lei.

5.2.1.3. Os inalistáveis

Estando o índio privado da capacidade eleitoral ativa (ausência de alistamento eleitoral), não poderá vir a ser eleito.

São inalistáveis: os estrangeiros e os conscritos (aqueles que prestam às Forças Armadas o serviço militar obrigatório).

5.2.1.4. Os analfabetos²⁶

Foi vetado ao analfabeto, não obstante possua a capacidade eleitoral ativa (direito de votar)²⁷, o exercício da capacidade eleitoral passiva (ausência do direito de ser votado).

Como se comprova a alfabetização da pessoa, inclusive do indígena, para ser candidato?

A alfabetização é comprovada com a entrega, no ato do pedido de registro de candidatura, do comprovante de escolaridade. Ausente este, o candidato índio ou não índio pode fazer uso de uma declaração de próprio punho ou sujeitar-se a uma aferição coordenada pelo Juiz Eleitoral. Tal procedimento foi estatuído para as eleições

²⁶ O entendimento pacificado do Tribunal Superior Eleitoral é pela elegibilidade para qualquer cargo de candidato semianalfabeto. Nesse sentido, REsp. 16721/CE, REspe 29395 PA, REspe 29322 MG, REspe 16933 CE, REspe 23714 MG, entre outros.

²⁷ Até 1985 os analfabetos estavam excluídos do processo eleitoral brasileiro (não votavam e não podiam ser votados). Com o advento da EC nº 25, de 15/5/1985, eles passaram a exercer o direito de voto, sem, contudo, virem a ser votados. Essa garantia foi mantida pela Constituição Federal de 5/10/1988.

de 2004 pela Resolução TSE nº 21.608/04 e mantido nos pleitos posteriores. Veja, a propósito, a redação do art. 28, VII e § 4º, desse diploma legal, *in verbis*:

“Art. 28. O formulário Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) será apresentado com os seguintes documentos:

(...)

VII – comprovante de escolaridade; § 4º A ausência do comprovante a que se refere o inciso VII poderá ser suprida por declaração de próprio punho, podendo o juiz, se for o caso, determinar a aferição, por outros meios, da condição de alfabetizado.”

5.2.1.5. *Parentes de chefes do Executivo.*

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge²⁸ e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado, Território ou do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os houver substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Essa regra de inelegibilidade, todavia, sofre exceção. Segundo orientação do TSE, se o titular do mandato se afastar definitivamente do cargo 6 (seis) meses antes das eleições e não se candidatar à reeleição, evitará a inelegibilidade dos respectivos parentes. Tal fenômeno é conhecido no meio jurídico por heterodesincompatibilização.

5.2.1.6. *Os ocupantes de determinados cargos públicos*

Para concorrer a outro cargo, o índio Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal, bem como Prefeito, deve renunciar ao respectivo man-

²⁸ Segundo o entendimento do TSE, interpreta-se o termo “cônjuge” extensivamente. Consideram-se como tal quem é casado, quem vive em união estável ou mesmo em concubinato. No mesmo sentido, são inelegíveis aqueles que vivem em relação estável homoafetiva.

dato eletivo até seis meses antes do pleito. Outras autoridades²⁹ também precisam se afastar dos cargos públicos que ocupam nos prazos estabelecidos na Lei Complementar nº 64/90, os quais são fixados em três, quatro ou seis meses.

5.2.2. *Inelegibilidades infraconstitucionais*

Há outras hipóteses de inelegibilidade previstas na LC nº 64/90, com as alterações implementadas pela LC nº 81/94 e LC nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa). São as chamadas de infraconstitucionais.

Devem ser arguidas no período do registro, sob pena de preclusão, salvo se supervenientes.

6. *Reelegibilidade*

6.1. *Conceito*

Na lição precisa de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 681), “reeleição é a possibilidade de o titular do mandato eletivo pleitear nova eleição para o próprio cargo que estava ocupando. É também chamada de recandidatura, pois o candidato à reeleição candidata-se, sucessivamente, à função que já exerce”.

A reelegibilidade é a faculdade assegurada a titular de mandato eletivo de concorrer ao mesmo cargo eletivo que já ocupa, com ou sem necessidade de afastamento ou desincompatibilização.

6.2. *Hipóteses constitucionais*

Todas as constituições brasileiras, inclusive a de 1988, proibiram a reeleição para cargos eletivos do Poder Executivo. Aos ocupantes de cargos do Legislativo sempre foi assegurado o direito de recandidatura. O índio Mário Juruna, eleito Deputado

²⁹ O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão se candidatar a outros cargos, mantendo-se os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não sucedam o titular.

Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, tentou a reeleição.

A EC nº 16/97, todavia, passou a permitir a reeleição, para um segundo mandato consecutivo e sem necessidade de desincompatibilização, para Presidentes da República, Governadores e Prefeitos, assim como para os seus substitutos ou sucessores.

Com efeito, assim estão redigidos os parágrafos 5º e 6º do art. 14 da Constituição Federal, acrescentados pela EC nº 16/97, *in verbis*:

- O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente (§ 5º); e

- Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito (§ 6º).

7. Privação dos direitos políticos

7.1. Introdução

Em um estado democrático de direito, apenas em casos excepcionais se admite a privação definitiva (perda) ou temporária (suspensão) do exercício da cidadania do indivíduo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (incisos I a V do art. 15) vedou a cassação dos direitos políticos, mas estabeleceu os casos de perda e suspensão sem, no entanto, distingui-los.

7.2. Hipóteses legais

Coube à doutrina elencar as hipóteses de suspensão e perda dos direitos políticos, visto que a CF, conforme dito acima, não o fez.

7.2.1. Cassação

É expressamente vedada a cassação de direitos políticos de índios ou não índios no Brasil (CF, art. 15, *caput*).

7.2.2. Perda

A perda é a privação definitiva dos direitos políticos. A doutrina não é uníssona em elencar as suas hipóteses de ocorrência, mas entendemos que são as seguintes: cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional; e aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária.

7.2.2.1. Cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 15, I)

Sendo cancelada a naturalização do índio, este volta à condição de estrangeiro. Daí ficar privado definitivamente do exercício dos direitos políticos no Brasil.

7.2.2.2 Aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária (CF, art. 12, § 4º, II)

O brasileiro índio ou não índio que, por ato voluntário, adquirir outra nacionalidade passa a ser estrangeiro e, assim, fica inalistável e privado definitivamente do exercício dos direitos políticos ativos e passivos no Brasil.

A Constituição (art. 12, § 4º, II, “a” e “b”), entretanto, fixa duas exceções ao regramento acima; ou seja, não perderá a nacionalidade brasileira:

a) aquele que adquirir outra nacionalidade em virtude de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização pela norma estrangeira; e

b) o brasileiro residente no exterior que adquirir outra nacionalidade como condição para permanência em território estrangeiro ou para o exercício de direitos civis.

7.2.3. Suspensão

A suspensão é a privação temporária dos direitos políticos do cidadão. Configura-se nas seguintes hipóteses: incapacidade

civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, escusa de consciência e improbidade administrativa.

7.2.3.1. *Incapacidade civil absoluta*³⁰
(CF, art. 15, II)

O brasileiro índio ou não índio que for interditado por sentença judicial transitada em julgado no cível ficará privado, enquanto não cessado o motivo da interdição, do exercício dos direitos políticos no Brasil.

7.2.3.2. *Condenação criminal transitada em julgado*³¹ (CF, art. 15, III)

O índio que sofrer condenação criminal transitada em julgado ficará privado, enquanto perdurarem os efeitos da condenação, do exercício dos direitos políticos.

A propósito, dispõe a Súmula nº 9 do Tribunal Superior Eleitoral: “a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos”.

7.2.3.3. *Escusa de consciência*
(CF, art. 15, IV)

Ficará com os direitos políticos suspensos o brasileiro que se recusar a cumprir (ou não realizar por completo) obrigação a todos imposta e prestação alternativa, fixadas em lei, alegando escusa de consciência (convicção religiosa, filosófica ou política).

³⁰ São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I) os menores de dezesseis anos; II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Código Civil, art. 3º, I a III). Todas essas causas, exceto a menoridade, devem ser reconhecidas por sentença judicial transitada em julgado para ensejarem a suspensão dos direitos políticos.

³¹ Poderá a condenação criminal transitada em julgado ou por órgão colegiado gerar a inelegibilidade por 8 (oito) anos. Nesse sentido, *vide* o art. 1º, I, “e”, da LC nº 64/90, com as alterações da LC nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa).

Existe um dissenso doutrinário sobre se a escusa de consciência seria caso de suspensão ou perda dos direitos políticos. Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos entendem que é caso de privação definitiva (perda) dos direitos políticos. Já Sylvio Motta, William Douglas, Joel José Cândido, Marcos Ramayana, Francisco Dirceu Barros, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira classificam a hipótese como de suspensão dos direitos políticos.

Entendemos que é caso de suspensão dos direitos políticos. Com efeito, a partir do advento da Lei nº 8.239, de 4/10/1991, que veio a regulamentar o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição e dispor sobre a prestação do serviço militar obrigatório, não há mais dúvidas de que a hipótese é de suspensão e não de perda dos direitos políticos. Vejamos o que dizem os arts. 3º e 4º da Lei nº 8.239/91:

“Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei.

§ 1º Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividade de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.

Art. 4º. Ao final do período de atividades previsto no § 2º do art. 3º desta Lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista.

§ 1º A recusa ou o cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não fornecimento do Certificado correspondente, pelo prazo de 2 (dois) anos após o vencimento do período estabelecido.

§ 2º Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o Certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas”.

A Resolução TSE nº 20.806/2001 passou a exigir, em nosso pensar requisito inconstitucional, conforme explicitação feita acima (*vide* item 3.2 *supra*), no momento da inscrição eleitoral, para eleitores do sexo masculino maiores de 18 (dezoito) anos de idade (inclusive para os indígenas), a quitação com o serviço militar.

7.2.3.4. Improbidade administrativa³² (CF, art. 15, V)

A prática de atos de improbidade administrativa, de acordo com o que dispõe o § 4º do art. 37 da Carta de 1988, além de repercutir na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, gera a suspensão dos direitos políticos pelo prazo fixado em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

³² Para suspender os direitos políticos, é preciso que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória em ação civil pública por ato de improbidade administrativa. A LC nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa) estabeleceu, contudo, que a condenação em primeira instância transitada em julgado ou por órgão colegiado (mesmo sem trânsito em julgado) por prática de ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito gera inelegibilidade do infrator desde a condenação até 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, nos termos da LC nº 64/90, art. 1º, I, “I”, conforme redação dada pela LC nº 135/10.

A Lei de Improbidade (Lei nº 8.429, de 2/6/1992) estabelece os seguintes prazos de suspensão dos direitos políticos:

- a) se o ato de improbidade importar enriquecimento ilícito: oito a dez anos;
- b) se o ato de improbidade causar prejuízo ao erário: cinco a oito anos; e
- c) se o ato de improbidade atentar contra os princípios da administração pública: três a cinco anos.

8. Direitos políticos dos militares

O militar³³ índio ou não índio, enquanto em serviço ativo, embora alistável, não pode filiar-se a partido político (CF, art. 142, § 3º, V).

Não obstante a vedação constitucional, ao militar foi concedido o direito de se candidatar. Como deverá fazê-lo, já que não pode filiar-se a partido político?

A resposta foi dada pelo Tribunal Superior Eleitoral com a edição da Resolução nº 20.100/98³⁴, cujo § 2º do art. 4º está assim redigido: “Ao militar candidato basta o pedido de registro da candidatura, após prévia escolha em convenção partidária (CF, arts. 14, § 8º, e 42, § 6º)”.

Observa-se, destarte, que o índio militar, mesmo não estando filiado a qualquer partido político, ressalvado o conscrito (pessoa inalistável e inelegível), poderá participar de convenção partidária e, uma vez escolhido candidato, vir a ser registrado perante a Justiça Eleitoral.

O militar alistável³⁵ e elegível ficará sujeito a afastar-se ou a agregar-se no momen-

³³ Lembre-se de que ao conscrito são vedados os direitos de se alistar eleitor, votar e ser votado.

³⁴ Ac. 11.314, de 30/8/90, Rel. Min. Octávio Gallotti.

³⁵ O militar da reserva não está submetido às regras do art. 14, § 8º, da CF. Com efeito, ele deverá ter filiação partidária regular (um ano antes da eleição), tal quais os demais cidadãos civis. De fato, o parágrafo 2º do art. 12 da Resolução TSE nº 20.993 permite apenas ao candidato militar da ativa o direito ao registro na forma estatuída no texto constitucional. No mesmo sentido, Ac.-TSE nº 11.314, de 30/8/90.

to do pedido de registro da candidatura, nos seguintes termos:

a) *se contar menos de 10 (dez) anos de serviço*: deverá afastar-se da atividade; e

b) *se contar com mais de 10 (dez) anos de serviço*: será agregado pela autoridade superior e, uma vez eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Uma vez deferido o pedido de registro de candidatura de militar, o Juiz Eleitoral deverá informar tal decisão ao Comandante da Unidade Castrense. Nesse sentido dispõe o § 4º do art. 16 da Resolução TSE nº 22.717/08, *in verbis*: “deferido o registro de militar candidato, o Juiz Eleitoral comunicará imediatamente a decisão à autoridade a que o militar estiver subordinado, cabendo igual obrigação ao partido político, quando o escolher candidato”.

9. Conclusões

À guisa de conclusões, poderemos asseverar:

a) o vocábulo “índio” representa um equívoco histórico. Cristóvão Colombo, navegador europeu, ao chegar às Américas, imaginando que tinha descoberto um novo caminho (o marítimo) para as Índias, denominou o povo autóctone americano de índio;

b) outro erro histórico foi o invasor europeu imaginar que o aborígine do Novo Mundo formava um único povo. Eram, diversamente do que pensavam, milhares de etnias, com milhões de pessoas e centenas de línguas diversas. Hodiernamente, no território brasileiro, contamos apenas com 817.963 índios, divididos em 236 povos, falantes de 180 línguas distintas. Representam 0,42% da população nacional;

O militar que exerce função de Comando (coronéis), uma vez candidato, deve se afastar da atividade militar seis meses antes do pleito (TSE, Acórdão 12.913/92), salvo se candidato a Prefeito ou Vice-Prefeito (neste caso, o prazo de desincompatibilização é de quatro meses). Se não exerce função de Comando, o prazo de desincompatibilização é de três meses para Prefeito, Vice-Prefeito ou Vereador.

c) índio, indígena, silvícola, aborígine, aborígine, autóctone ou nativo, pode-se dizer, é a pessoa de origem e ascendência pré-colombiana identificada como integrante de um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

d) os povos indígenas têm assegurados direitos constitucionais e legais, entre os quais o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; a legitimidade para ingressar judicialmente na defesa de seus direitos e interesses; bem como os demais direitos civis e políticos garantidos aos brasileiros não índios;

e) alistamento eleitoral é o ato jurídico pelo qual a pessoa natural índia ou não índia adquire, perante a Justiça Eleitoral, após a habilitação e a comprovação do preenchimento dos requisitos legais, a capacidade eleitoral ativa e passa a integrar o corpo de eleitores de determinada zona e seção eleitorais;

f) deve-se assegurar a todos os indígenas maiores de 16 (dezesseis) anos de idade o direito ao alistamento eleitoral;

g) a obrigatoriedade contida na Resolução TSE nº 20.806/2001, segundo a qual os índios integrados e alfabetizados do sexo masculino maiores de 18 (dezoito) anos de idade precisam comprovar quitação do serviço militar ou prestação alternativa, é inconstitucional, pois, não obstante ser o serviço militar obrigatório no Brasil, não há razoabilidade em exigí-lo para o alistamento, uma vez que este é um dever/direito a todos imposto em um estado democrático de direito;

h) os índios analfabetos, bem como os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade, têm a faculdade de alistar-se ou não eleitores;

i) é vedado o alistamento, contudo, ao índio estrangeiro e, durante a prestação do serviço militar obrigatório, ao nativo conscrito;

j) o voto é obrigatório para o índio integrado e alfabetizado. É facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade. Veda-se tal direito, tal qual ocorre com o alistamento, para o silvícola estrangeiro e, durante a prestação do serviço militar obrigatório, para o conscrito;

k) o alistamento do índio há de ser processado eletronicamente, nos termos da Lei nº 7.444/85. O alistando, após a qualificação e a inscrição, receberá o título de eleitor no ato do requerimento. Tal postulação haverá de ser feita até 151 (cento e cinquenta e um) dias antes das eleições;

l) os indígenas fazem jus, nas hipóteses legais, aos procedimentos de transferência, revisão e segunda via. Por outro lado, podem vir a sofrer cancelamento e exclusão do cadastro eleitoral;

m) os indígenas em geral, desde que preencham as condições de elegibilidade e não se enquadrem em nenhum dos casos de inelegibilidade, têm assegurado o direito político de serem votados (capacidade eleitoral passiva);

n) são condições de elegibilidade exigidas para os silvícolas: i) nacionalidade brasileira; ii) pleno gozo dos direitos políticos; iii) alistamento eleitoral; iv) domicílio eleitoral na circunscrição; v) filiação partidária; e vi) idade mínima (18 anos, para Vereador; 21 anos, para Deputado, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; 30 anos, para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; e 35 anos, para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador);

o) as inelegibilidades encontram-se contidas nos parágrafos 4º a 7º do art. 14 da Constituição Federal (inelegibilidades constitucionais) e na Lei Complementar nº 64/90 (inelegibilidades legais);

p) os silvícolas, uma vez eleitos, podem concorrer à reeleição: i) no Poder Executivo: para um único período subsequente (CF, art. 14, § 5º); e ii) no Poder Legislativo: para ilimitados períodos subsequentes;

q) veda-se a cassação de direitos políticos de indígenas no Brasil. Haverá perda nos casos de: i) cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional; e ii) aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária. Dar-se-á suspensão dos direitos políticos por: i) incapacidade civil absoluta; ii) condenação criminal transitada em julgado; iii) escusa de consciência; e iv) improbidade administrativa; e

r) o índio militar alistável e elegível ficará sujeito a afastar-se ou a agregar-se no momento do pedido de registro da candidatura, nos seguintes termos: i) se contar menos de 10 (dez) anos de serviço: deverá afastar-se da atividade; e b) se contar com mais de 10 (dez) anos de serviço: será agregado pela autoridade superior e, uma vez eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz Pádua; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.

_____. *Manual de direito constitucional: de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOBREIRO NETO, Armando Antônio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

Cultura e internacionalização dos direitos

Da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. Os processos de interação no direito internacional. 3. O multiculturalismo. 4. A margem nacional de apreciação. 5. O transcivilizacionismo. 6. Conclusões.

1. Introdução

Ao tema multiculturalismo, tradicionalmente definido como a diversidade cultural dentro de uma mesma comunidade, foram agregadas diversas questões sociológicas e históricas de grande valia. Tentando sempre relacionar a diversidade cultural¹ a uma pretensa comunidade

¹ A noção trabalhada neste artigo é aquela relativa às éticas da identidade e da diversidade, isto é, da identidade como o igual e da diversidade como o diferente, nesse sentido, Clodoaldo Meneguelo Cardoso (2003, p. 17) esclarece que “outro aspecto a ser avaliado é a própria crítica ao Iluminismo, visto como vertente moderna da *ética da identidade*. O questionamento do racionalismo dogmático, fonte de intolerância, acabou estendendo-se à própria razão. Para essa posição, nós somos o que somos muito mais por aquilo que temos de diferente do que por aquilo que temos em comum. Em última instância, a cultura existe apenas no plural e por isso somente se pode conceber a tolerância no interior da *ética da diversidade*. Em outras palavras, essa virtude será alcançada não pela consciência do que temos em comum (porque quase nada temos em comum), mas pela sensibilidade em relação a nossas diferenças. (...) Assim sendo, o sentido da tolerância deverá emergir da tensão entre identidade e diversidade, como veremos, passando necessariamente pelo debate sobre as desigualdades sociais. Isso implica,

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz é mestra em Direito Público (UFPE). Doutoranda em Direito (UniCeub). Juíza de Direito (TJDFT).

mundial, foi possível verificar duas tendências do direito internacional: a primeira, que pretende excluir as questões locais, dentre elas as particularidades culturais e religiosas², do discurso relativo à internacionalização do direito. A segunda tendência, ainda mais limitada e tímida, pretende abrir o discurso internacional a esses temas relativos à diversidade cultural dos inúmeros países.

Neste trabalho, pretende-se analisar essas duas tendências acima rasamente explicadas, para verificar se realmente alguma delas é viável, pois algumas questões tormentosas parecem indefinidamente sem resposta, quando se analisa cultura e religião³: ao falar em respeito ao outro, quem é o outro? Quem é o homem a que se refere a teoria dos direitos humanos? Como pretender harmonizar o direito, e sua pretensão universalizante, com a cultura, que é particular em seu próprio conceito? Seria possível pretender respostas universalizáveis nos domínios da vida e morte? Ou a pretensão comunidade mundial de valores encontra limites exatamente nesses domínios? Sem me comprometer a dar uma resposta a cada uma dessas questões, pois tal projeto seria exageradamente audacioso, mas pretendendo tensionar e discutir esses temas, inicio a análise de minhas hipóteses pelas formas ou processos de interação no direito internacional.

portanto, uma atenção especial ao se trabalhar esse valor ético na educação”.

² Não são os únicos aspectos em que pode haver particularidades locais que possam se caracterizar como zonas de resistência ou domínios recalcitrantes, é bem verdade. Mas, considerando o objetivo do trabalho e da pesquisa e o fato de que as questões religiosas tem profunda relação com o tema vida e morte e, portanto, íntima relação com o direito penal, ramo do direito que mais me interessa, fez-se esse recorte.

³ O estudo da moral e cultura como parte da religião ou vice-versa não é o objeto central do presente trabalho. Portanto, a análise desses dois fatores será feita como aspectos independentes entre si.

2. *Dos processos de interação no direito internacional*

Os temas que envolvem os domínios recalcitrantes⁴ geram uma grande dificuldade de uniformização no direito internacional. Todavia, a uniformização é apenas uma das formas possíveis no processo de interação, quando se fala em internacionalização do direito. Coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridação são possíveis formas de internacionalização do direito e precisam ser encaradas e estudadas, pois as situações de interdependência entre os Estados multiplicam-se e o isolamento não é mais possível (se é que algum dia o foi). O direito e os direitos internacionalizam-se, mas o fazem de modo não sistemático, e é preciso saber como agir em casos em que há profunda diversidade cultural, muitas vezes determinada por grandes divergências religiosas.

Essa temática demonstra a existência de formas híbridas de miscigenação cultural (HABERMAS, 2003, p. 104), ou seja, conflitos multiculturais que se tornam mais evidentes com a mundialização do direito e da diluição das fronteiras, próprias do mundo internacionalizado⁵ em que vivemos⁶. Aliás, a própria noção de Estado Democrático se relaciona com a inexistência de uma concepção uniforme da moral (DELMAS-MARTY, 2004, p. 84), ou seja, de um pluralismo moral e de um espírito de abertura. A dificuldade apresenta-se porque, em temas profundamente marcados por valores reli-

⁴ Expressão de minha autoria e que foi utilizada pela primeira vez no artigo com o mesmo nome (DINIZ, 2011).

⁵ Prefere-se a distinção entre globalização e mundialização como sendo aquela relativa ao direito privado, especialmente ao comércio e economia e à mundialização relativa aos direitos humanos, ambas como espécies da internacionalização do direito.

⁶ Embora seja evidente que não existe multiculturalismo apenas no plano internacional, pois há sociedades complexas com multiculturalismos notórios dentro de um mesmo estado nação.

giosos⁷, constata-se que o dever religioso e a liberdade são dificilmente conciliáveis; o dever religioso, por sua natureza, implica na submissão de uma pessoa às regras divinas, enquanto a liberdade pressupõe que um máximo de faculdades e de escolhas seja dado ao indivíduo.

A primeira e mais radical forma de interação é a unificação dos sistemas jurídicos, que na realidade é uma negação de qualquer tipo de pluralismo e, embora pareça ser perfeita do ponto de vista formal, por permitir uma perfeita hierarquia e ordenação, satisfazendo assim os eternos anseios dos profissionais do direito⁸, ignora a noção de margem nacional e exclui completamente as possíveis diferenças. Dois são os mecanismos de unificação: transplantação e hibridação. Pela transplantação, simplesmente se transporta uma ordem jurídica de um país a outro, sem reciprocidade, privilegiando uma visão estática e soberana dos sistemas de direito (DELMAS-MARTY, 2006, p. 107). Na unificação pela hibridação, por sua vez, há um regime de reciprocidade, que em regra implica a modificação do direito nacional para adequar a legislação de mais um país.

A segunda modalidade de processo de interação é a coordenação por entrecruzamento, que se relaciona com a possibilidade de jogos de interpretação cruzados entre diversos órgãos judiciais, jurisdicionais ou quase jurisdicionais, encarregados de aplicar as normas aos casos concretos (DELMAS-MARTY, 2006, p. 41). A inter-

⁷ A escolha dos temas ligados à religião e moral deve-se ao fato de que o estudo é direcionado especialmente às normas penais incriminadoras e não aos outros ramos do direito.

⁸ "Para Visconde e os seus contemporâneos, a tradição era o estranhamento, possibilidade e escolha; para os juristas brasileiros de hoje, ela é proximidade, continuidade e conformidade. Se, para aqueles era preciso examinar a nossa realidade social e, a partir de sua contingência, operar uma solução de compromisso, para esses, no plano da doutrina, não há compromisso possível: aplica-se à realidade social algo que não pode ser contaminado por ela" (ABREU, 2011. p. 9).

normatividade cria uma dialética, mas não dá uma solução em caso de conflito e, por isso, surge a necessidade de interpretação. Ao mesmo tempo em que os juizes nacionais se internacionalizam, quer em razão da aplicação direta do direito internacional, quer em razão da extensão da competência nacional, os juizes internacionais banalizam-se, à medida que suas competências parecem estar muito mais voltadas às questões privadas.

Com a coordenação por entrecruzamento, busca-se uma integração recíproca, por intermédio das trocas informais entre juizes para aproximar os pontos de vista e evitar conflitos jurisprudenciais pela via da informação recíproca. O grande problema desse processo de interação é que ele não parece adequar-se aos casos de conflitos extremos, em que os juizes são influenciados pela forte crença da população em um sentido ou em outro, como se verificou ter ocorrido no caso brasileiro sobre o aborto do feto anencéfalo. Aliás, esses temas constantemente são determinantes até mesmo na escolha dos dirigentes eleitos, como ocorreu nos Estados Unidos na eleição dos juizes da Suprema Corte e no Brasil, recentemente, na eleição presidencial.

Reconhece-se, portanto, que o entrecruzamento é necessário, mas não suficiente para evitar os conflitos. É necessário para minimizar os conflitos e reduzir as contradições, permitindo uma coordenação espontânea; mas não é suficiente para garantir a coerência do conjunto normativo, tanto assim que há quem afirme que esse processo de interação apenas prepara a transição dos diversos sistemas jurídicos (DELMAS-MARTY, 2006, p. 67).

Alguns autores, ainda mais céticos, preferem afirmar que, mais do que assegurar a unidade do direito internacional, o importante é apenas assegurar a compatibilidade fraca entre os fragmentos (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004). No lugar de uma integração ilusória de uma sociedade global diferenciada, o direito poderia ape-

nas, na melhor das hipóteses, ser um discreto civilizador de nações (KOSKENNIEMI, 2007, p. 20), ou seja, não poderia evitar contradições entre as diferentes racionalidades sociais, mas poderia limitar danos.

O terceiro processo de interação é a harmonização por aproximação. Fala-se, então, em conceber a harmonização como uma alternativa à codificação, um processo novo que inclui o objetivo da integração normativa, mas que se contenta com uma integração imperfeita, sem impor uma unificação, isto é, preservando as margens nacionais, mas permitindo a aplicação de princípios diretores comuns e viabilizando a cooperação jurídica entre os Estados (CHAIB, 2009).

A harmonização por aproximação é dada como exemplo exatamente para os casos em que a uniformização é impossível, como nos casos de diversidade moral e religiosa (DELMAS-MARTY, 2006, p. 71), ou seja, casos em que tanto o isolamento quanto a codificação são impossíveis e que, portanto, a saída seria a busca dessa harmonização. A harmonização instaura uma relação vertical, ao contrário do entrecruzamento, que instaura apenas relações horizontais. Mas essa relação vertical instaurada pela harmonização seria do tipo hierarquia emaranhada (DELMAS-MARTY, 2006, p. 72), significando a convivência de dinâmicas centrípetas, com primazia do direito supranacional e de dinâmicas centrífugas, com subsidiariedade do direito supranacional em prol do direito local.

A harmonização também é vista como um método de mútua acomodação e proteção dos direitos humanos, especialmente em casos de regimes diferentes, para que os tratados sobre direitos humanos possam ser implementados da melhor forma possível, de acordo com um princípio de harmonização (KOSKENNIEMI, 2007, p. 201) e não de universalização⁹. Essa complexidade das

⁹ Nessa seara, interessante a observação de Luiz Eduardo Abreu (2011, p. 15), ao mencionar que no

interações que resulta do processo de harmonização (BELTRAME; CHAIB; SILVA, 2008) demonstra a importância, no caso das dinâmicas centrífugas, que teriam lugar nos temas de domínio recalcitrante, do conceito de margem nacional de apreciação.

Analisados esses processos de internacionalização do direito, e verificando-se que a harmonização seria o mecanismo que melhor lidaria com questões culturais, resta então verificar, para os fins do nosso estudo, como a cultura pode ser abordada em um cenário de direito internacional.

3. O multiculturalismo

O termo cultura apresenta variadas acepções, já tendo sido usado para designar todos os aspectos espirituais de uma comunidade e para se referir às realizações materiais de um povo. Mais recentemente, Edward Tylor passou a definir cultura “tomado em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (TYLOR, 1958, p. 53), separando-a do biológico, desatrelando-se então da ideia de que a cultura seria algo inato ao ser humano e estancando assim a ideia de que existem culturas mais evoluídas do que outras.

Já o termo “multiculturalismo”¹⁰ foi usado pela primeira vez e aplicado ao

direito internacional, o “discurso dos atores emprega argumentos baseados em valores “universais”: a autodeterminação dos povos, os direitos dos homens, a liberdade, o desenvolvimento econômico, dentre outros. O direito internacional incorpora esses universais: eles servem sua justificação, sua razão de ser, e sua função é vigiá-los”.

¹⁰ Stuart Hall faz uma importante distinção entre o multicultural e o multiculturalismo. Para ele, “multicultural é um termo qualificativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade ‘original’. Em

Canadá, com o sentido de coexistência, em uma mesma sociedade política, de um número diversificado de subgrupos culturais com a intenção de manter as suas próprias e distintas identidades (RAZ, 1998). Posteriormente, essa noção foi ampliada para o direito internacional, significando, portanto, a pluralidade de grupos culturais existentes em uma “única” sociedade mundial. A par da discussão antropológica, interessa aqui o estudo da influência da religião no direito, entendida aquela como um elemento cultural de cada povo.

A intenção para tanto é clara. Evitar, na seara da internacionalização dos direitos, o etnocentrismo, entendido como um processo de discriminação de determinadas culturas e conseqüente imposição de outras culturas, o que, embora possa ocorrer dentro de uma mesma sociedade, no presente trabalho será analisada entre países diferentes. Essa prática de imposições culturais, em regra, é feita sob uma lógica deturpada de evolução, que pressupõe que determinada cultura seja mais avançada do que outra. Daí a necessidade da abertura do discurso no direito internacional.

Nos dias atuais, a problemática acima enunciada revela-se com maior proporção, pois vivemos uma época de total idolatria dos direitos humanos (DOUZINAS, 2009, p. 260), os quais, por sua vez, possuem um contexto universalizador. Mas quem é o humano dos direitos humanos? Qual é o padrão de homem que se leva em consideração, pois o homem, como ser cultural que é, possui diferenciados valores e desejos a serem apreciados. E esses direitos humanos poderiam superpor-se a todos os fenômenos culturais?

No fim do século XX, a valorização das diversas identidades culturais, na seara internacional, ganhou papel de destaque,

contrapartida, o termo ‘multiculturalismo’ é substantivo. Refere-se às estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais” (HALL, 2009, p. 52).

com maior preocupação com conflitos advindos dessa pluralidade cultural, especialmente após o ataque de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos da América. Em 2004, o relatório do PNUD (PROGRAMA..., 2004) identificou que “a globalização pode ameaçar as identidades nacionais e locais. A solução não é refugiar-se no conservadorismo e no nacionalismo isolacionista, mas conceber políticas que promovam a diversidade e o pluralismo”. No entanto, essa noção de pluralismo tem sido muito criticada¹¹, por ser extremamente imprecisa.

Essa noção e estudo da cultura não pode ser separada do jurídico. Luiz Eduardo Abreu¹² (2009, p. 4) aponta para a necessidade da análise dialética entre o cultural e o jurídico. Ocorre que a tendência, no direito, sempre foi exatamente a contrária, ou seja, a de separar esses dois ramos do conhecimento, e isso foi feito com grande vigor a partir da estruturação da 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 (BRAATZ, 2007) e outros. O giro linguístico foi um

¹¹ Alasdair MacIntyre (1998, p. 10) afirma que: “The surface rhetoric of four culture is apt to speak complacently of moral pluralism in this connection, but the notion of pluralism is too imprecise. For it may equally well apply to an ordered dialogue of intersecting viewpoints and to an unharmonious mélange of ill-assorted fragments.”

¹² O autor aborda, em realidade, a relação existente entre direito e política, mas insere, dentro da análise da política, os estudos de fatores sociais tais como a cultura. Essa relação se dá, segundo o autor, porque o Estado “tem como propósito de modificar a sociedade, a maneira como os homens se comportam” (ABREU, 2009, p. 6). O autor relaciona e aponta a necessidade de aprofundar a análise da influência da cultura no direito por intermédio da análise histórica. Afirma que “as diferenças, a multiplicidade, as incongruências, as mudanças e outros fenômenos que caracterizam aquilo que outros saberes entendem por história são todos ignorados” (ABREU, 2009, p. 9). De fato, como se pretender apontar as tradições culturais de um povo sem a análise histórica desse mesmo povo?

importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX e sua principal característica foi 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 Chaïm Perelman, Toulmin e Wiehweg (BRAATZ, 2007). 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, assim, é necessário que o julgador fundamente sua decisão, como requisito de legitimidade.

Pretendendo-se demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado 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 meio 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 argu-

mentação 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 emoção¹³ estão neurologicamente interligados, como adiante se verá.

Não existe compreensão que seja livre de todo preconceito (GADAMER, 1999, 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 valorizações 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.

¹³“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).

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. Os principais erros do emotivismo relacionam-se com 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.

Assim, 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.

E a ideia aqui é apontar, que nesses chamados “*hard cases*”, o grande problema é quando se tem uma questão cultural subjacente. Nesses casos, enquanto o direito nacional enfrenta problemas nas decisões concretas a serem tomadas nesse processo dialético entre direito e cultura¹⁴, o direito internacional se depara com o grande desafio da atualidade: como internacionalizar o direito, nos pontos em que o direito e a cultura precisam dialogar. Duas têm sido as principais teses para enfrentar o tema: a

¹⁴ Como visto, a religião é ponto central do conceito de cultura. No recente caso do julgamento da antecipação do feto anencefálico, os ministros do Supremo Tribunal Federal, embora pretendessem a todo custo afirmar que “direito é direito e religião é religião”, reiteradamente utilizaram conceitos e argumentos religiosos para tratar do tema acerca do início da vida.

doutrina da margem nacional de apreciação e a tese do transcivilizacionismo, que passaremos a abordar adiante, em dois tópicos.

4. A margem nacional de apreciação

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o um mecanismo de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos.

A base jurídica da doutrina da margem nacional de apreciação pode ser encontrada na jurisprudência, influenciada pela teoria da discricionariedade administrativa alemã (*Ermessensspielraum*), cujo conteúdo é mais restrito do que aquele que vem sendo empregado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que passou a aplicar a teoria em face das diversas tradições culturais e jurídicas adotadas por cada Estado-membro, que tornava difícil identificar padrões europeus de direitos humanos, apesar da pretensão universalista¹⁵ dos direitos humanos.

Seria possível construir uma comunidade de direito sem uma comunidade de valores ou a universalização jurídica não é suficiente para a construção de uma sociedade de valores (CHAIB, 2009)? Hodiernamente, faz-se necessário pensar na existência de um diálogo intercultural, argumentativo e contraditório, que leve em conta as diferenças históricas, geográficas, de tradições filosóficas e religiosas etc. No entanto, nos *hard cases* do direito penal, esse

¹⁵ Expressão utilizada por Luiz Eduardo Abreu (2009, p. 7), para quem há uma verdadeira “tradição ocidental de pretensões universais.

diálogo não resolveria, e somente a existência de uma clara margem nacional de apreciação respeitaria as particularidades locais e atingiria uma maior legitimidade parlamentar na representação dos interesses de uma específica comunidade moral.

A ideia é mostrar que não há como pensar em valores comuns, pois aspectos relacionados a fortes sentimentos humanos, religião, moral, ética, impedem que se chegue a um denominador comum (DELMAS-MARTY, 2006, p. 81). Haveria, então, uma necessidade de se interpretar o direito penal em harmonia com as tradições nacionais.

O princípio da proporcionalidade, do mesmo modo, não resolveria esse tipo de problema de difícil solução, pois o princípio é pensado para ser aplicado no caso concreto, com uma ponderação à luz das especificidades do caso e, no caso de direito penal, o assunto deveria ser tratado no plano abstrato, à luz da tipicidade ou não da conduta (DINIZ, 2010, p. 263).

Em tais hipóteses, a única saída seria deixar a análise de mérito da matéria na seara da margem nacional de apreciação (DELMAS-MARTY, 2004, p. 55), como um mecanismo para conjugar o universalismo dos direitos do homem com o relativismo das tradições nacionais. A margem nacional permite uma certa lacuna para que se reporte à norma comum e uma certa diversidade entre os dispositivos nacionais, mas ainda haverá a possibilidade de um controle supranacional, por exemplo, quanto à legalidade da medida, a existência de um recurso e a proporcionalidade da medida relacionando-se com a razão invocada. A norma é relativizada não somente no espaço, mas também no tempo.

Para evitar uma autonomia ilusória, poder-se-ia pensar em harmonizar os procedimentos e as regras de fundo, deixando à margem nacional de apreciação nacional as questões éticas que exigem do direito penal uma intervenção na seara da tipicidade (DELMAS-MARTY, 2006, p. 20).

Assim, por exemplo, poder-se-ia pensar em harmonizar questões quanto ao prazo para requerimento da autorização para a interrupção da gravidez, necessidade de perícia médica, confirmação do diagnóstico por mais de um médico, possibilidade de recurso (duplo grau de jurisdição), acesso psicológico e psiquiátrico à gestante, obrigação do Estado em arcar com as despesas de funeral etc.

Os textos sobre os direitos do homem revelam uma confusão entre moral comum e direito comum, substituindo um método dedutivo fundado sobre uma lógica formal descendente ao método inverso dos juriconsultos romanos e dos juizes da *common law*, sem fazer distinção entre o direito escrito e a jurisprudência, de forma que os juizes deverão progressivamente reinventar um método dialético e indutivo para conjugar norma universal e relativismo nacional.

O assunto necessita de uma verdadeira reflexão filosófica – razão filosófica da moral (CORTINA, 1996, p. 38) –, pautada em normas de moral estabelecida e legitimidade, que não impescinde de um diálogo interdisciplinar, aberto e pluralista, impossível de ser alcançado em um cenário internacional, ao menos sob a forma de imposição. Como leciona Peter Häberle (2008, p. 63), seria um pensamento possibilista, ou seja, pensar em e a partir de alternativas, em um procedimento chamado pelo autor de antonomásia e caracterizado pelo seguinte questionamento: que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser? O pensamento possibilista ou pluralista alternativo amplia o horizonte visual, dando espaço a outras e novas realidades, incompatível com a fixação de valores comuns.

Verifica-se que, atualmente, podemos verificar a criação, dentro de um mesmo estado-nação, de grupos culturais, étnicos, religiosos, que se ligam a outros grupos de outros estados-nação, enfrentando os conceitos tradicionais de jurisdição e soberania. Gize-se, ainda, a opinião de que não há

forma racional de assegurar o acordo moral mesmo dentro de uma determinada cultura (MACINTYRE, 1984, p. 6) para questões que tais, o que se agrava ainda mais ao se pensar em internacionalização do direito.

A Corte Europeia de Direitos Humanos elaborou sua doutrina da margem nacional de apreciação no caso Irlanda *versus* Reino Unido. Considerou-se que os Estados nacionais têm contato direto e contínuo com as pressões e necessidade do momento, de forma que as autoridades nacionais estão, em princípio, em uma melhor posição do que o juiz nacional para decidir. Entendeu-se que o art. 15, §1º da Convenção confere às autoridades nacionais essa margem de apreciação¹⁶. A Corte entende, ainda que a ausência de um conceito europeu uniforme sobre moralidade deve fazer com que os países tenham um mínimo de poder discricionário (DELMAS-MARTY, 1992, p. 308).

A doutrina da margem nacional de apreciação foi uma resposta natural da Corte Europeia de Direitos Humanos às lacunas do direito e previsões de tratados a serem interpretados. A Corte indicou que há três razões para permitir que os Estados tenham certa discricionariedade: a natureza subsidiária da proteção internacional, o contato direto e contínuo dos Estados com as forças vitais de seu país e a ausência de *standards* europeus comuns (CAMERON, 2000, p. 444). A Corte Europeia de Direitos Humanos admite uma margem nacional de apreciação, considerando que os estados estão, em princípio, mais bem situados do que o juiz internacional para decidir determinados temas, em regra ligados a restrições de direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de direito à diferença

¹⁶ Artigo 15. §1º Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

para os Estados (DARNTON; DUHAMEL, 2001, p. 168) e se pode observar que diversos assuntos que se encontram no ponto de intersecção entre direito e cultura ou entre direito e religião são deixados à margem nacional de apreciação, como já ocorreu em decisões sobre aborto, transexuais, eutanásia etc.

A religião, portanto, tem um importante papel na discussão sobre os temas tormentosos do direito, como é o caso do aborto, embora constantemente se tente neutralizar a discussão jurídica nessa seara¹⁷. A questão relativa a quando a vida começa, por exemplo, tem sido construída pela religião desde tempos muito remotos, sendo que algumas religiões acreditam que a vida começa com a concepção, outras ao nascimento e há quem prefira deixar o tema para ser discutido de acordo apenas com as crenças individuais. A religião toma esse espaço não somente porque a ciência ainda não deu uma resposta definitiva ao tema, mas pela pressão que a religião sempre exerceu sobre o direito (MERRIMAN, 2007, p. 404).

A doutrina da margem nacional de apreciação tem uma fundação de balancear a uniformidade e a diversidade dentro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O grande problema é a falta de critério na aplicação dessa doutrina pela CEDH. Quando se quer impor uniformi-

¹⁷ Luiz Eduardo Abreu, em análise interessante, cita como exemplo desse processo de neutralização a questão do julgamento, pelo Conselho Nacional de Justiça, dos pedidos de providência que pretendiam a retirada dos crucifixos das salas de julgamento, sob a alegação de que se tratava de um símbolo religioso. Afirma ele, em sua análise, que o processo de neutralização se demonstrou por intermédio de “estratégias discursivas e processuais: descontextualizar, des-historicizar, negar o conteúdo simbólico da cruz, dar-lhe um sentido contemporâneo, bem à brasileira, afirmando que ela representa uma outra coisa, tem uma essência diferente – e, no limite, classificando-a como uma peça de mobiliário” (ABREU, 2009, p. 16). Da mesma maneira, recentemente, em decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão acerca da possibilidade da antecipação do parto do feto anencéfalo, embora a religião fosse o tema central da discussão, esse processo de neutralização se repetiu.

dade, não se menciona a margem nacional de apreciação; quando se quer garantir a diversidade, aplica-se a margem nacional de apreciação (BREMS, 2003, p. 82). Como a Convenção Europeia de Direitos Humanos não faz menção ao conceito de margem nacional de apreciação, a CEDH tem desenvolvido o conceito caso a caso, mas autores têm apontado que a margem de apreciação não tem sido aplicada de forma idêntica na interpretação dos artigos da Convenção (MERRILLS, 1993, p. 151), de maneira que a margem nacional de apreciação se tornou uma ferramenta multifuncional à disposição da CEDH (YOUROW, 1995, p. 195).

Pode-se então afirmar que dentro dessa sistemática, o direito doméstico é o primeiro árbitro sobre os valores e moral que constituem o suporte de justificação para as regras domésticas (BARTH, 2008, p. 180). Propõe que valores éticos e princípios sejam considerados nas declarações internacionais e estudos, sugerindo então cinco categorias de documentos: 1) documentos intergovernamentais, 2) relatórios de comissões internacionais e declarações de conferências internacionais, 3) projetos e pesquisas não governamentais, 4) afirmações de indivíduos, especialmente os participantes de encontros relacionados com o Projeto Ético Universal, 5) propostas relativas a tradições religiosas (KIM, 2000, p. 101).

O desafio a ser enfrentado, no entanto, é o mau uso da margem nacional de apreciação, ou seja, o seu uso como parte do processo de neutralização acima mencionado, que visa afastar do discurso jurídico os valores sociais¹⁸. Assim, necessidade de esse repensar a internacionalização do direito

¹⁸ Afirma o autor: a negação que a doutrina faz da nossa identidade, dos nossos valores sociais, é parte de uma “conversa” que se constrói pelo distanciamento e pelo estranhamento (reitero a ideia de Ricoeur, 1986); uma conversa que pode se desenrolar de maneira diferentes, conforme o lugar de onde se “fala” e dos instrumentos que se usa para dizer (doutrina, a atitude do juiz, a aplicação da lei etc)” (ABREU, 2009, p. 21).

decorre do fato de que não é a política, mas a própria sociedade civil que impulsiona a mundialização dos diferentes discursos fragmentados, até porque hoje em dia os grupos sociais diferenciados se encontram nos diversos países, não respeitando fronteiras, em um processo que alguns chamam de *spill over*. Assim, o direito internacional se desenvolve a partir de periferias sociais para o centro, formando assim a chamada Bukowina (TEUBNER, 1997, p. 23) da sociedade mundial.

Mas deve ser refutada, de qualquer maneira, a pretensão de criar uma pacificação social em face da margem nacional de apreciação¹⁹, dando-se preferência ao seu uso como meio de incorporação de tradições jurídicas diferentes e não de afastamento do discurso cultural do âmbito jurídico, o que entendemos ser impossível.

5. O transcivilizacionismo

A sociedade internacional tem sido caracterizada por ser uma sociedade na qual a distribuição de poderes é completamente assimétrica, de forma que o direito internacional tem refletido valores e interesses das nações mais poderosas. Dessa forma, se há alguma forma de respeito à cultura, a predominância é que esse respeito seja feito à cultura ocidental, não sendo nova a crítica nesse sentido.

Com efeito, afirma-se que o liberalismo não é um possível ponto de encontro para todas as culturas existentes, porque embora se possa entendê-lo como uma expressão política de diversas culturas, é profundamente incompatível com outras (TAYLOR, 1998, p. 82-83). Assim, à medida que as sociedades tendem, com a globalização,

¹⁹ Luiz Eduardo Abreu (2011, p. 4) esclarece: “Também nos são estranhas as pretensões de criar, tornar possível ou pacificar a sociedade, afirmações que se encontram por todo bom manual de direito brasileiro, pretensões que, para nós que lemos Marx e outros tantos teóricos das mais diversas procedências, soam megalomaniacas e um tanto arrogantes”.

a tornar-se cada vez mais multiculturais, tanto intra como extrafronteiras (CORM, 2006, p. 193), elas parecem ser mais permeáveis aos fatores externos trazidos com a mundialização.

O universalismo liberal ocidental tem-se caracterizado por uma tentativa de estabelecimento de uma cidadania universal, com uma neutralidade cultural do estado (HALL, 2009, p. 77), e a sociedade internacional no século XX é profundamente marcada pelos poderes ocidentais, a ponto de afirmar-se ser ela a “Era da América”. Na Europa, junto com a secularização da sociedade, passou-se a ver o mundo como composta de Estados-nação e não mais de cristãos e não cristãos, o que colaborou para o total afastamento da religião do discurso jurídico, como já visto acima.

A perspectiva transnacional mudou, em parte, a forma de ver o direito internacional, que em regra era focada apenas nos Estados soberanos, e autorizando uma visão menos focada nos estados. Dessa maneira, a noção de sujeitos do direito internacional foi flexibilizada. Não se pensa, atualmente, somente nos Estados-nação, pois a essa ideia foi acrescentada a ideia de outros participantes do direito internacional, tais como as organizações não governamentais e outros atores de direito privado. A questão, todavia, que não foi (e talvez não possa ser) superada, é: como suprir o déficit de legitimidade do direito internacional, especialmente em relação a esses atores não estatais?

Por outro lado, o termo civilização, relacionado especialmente aos conteúdos de antropologia e história, tem conteúdo relativo, mas sempre associado à noção de cultura. Assim, há quem afirme que civilização se relaciona à ideia de sociedades modernas, distinguindo-as das sociedades primitivas; há quem prefira relacionar estritamente à cultura, podendo-se falar, por exemplo e nesse sentido, em civilização islâmica e civilização ocidental; e há ainda quem a relacione com a emancipação do

homem. Em qualquer desses conteúdos, o que interessa, no presente momento, é a vinculação do conceito de civilização à cultura.

Os homens são naturalmente motivados a agir em prol da realização de seu bem estar material e espiritual, que envolve uma variedade de fatores econômicos, culturais, religiosos etc. Como pretender, portanto, que esses valores sejam iguais entre todos os seres humanos e mais, que o direito internacional trate desses valores de uma forma a garantir a igualdade material?

Por outro lado, é preciso ter em mente que deve haver limites à tolerância (RAZ, 1994, p. 157-158) e, portanto, ao multiculturalismo, como nos casos em que o grupo reprime os seus próprios membros (circuncisão, homofobia, clitoridectomia), proíbe seus membros de deixar o país ou cria obstáculos injustificáveis aos estrangeiros etc. Dessa maneira, surge o impasse: é necessário preservar as identidades culturais de cada povo, de cada nação, mas essa tolerância deve ter um limite.

Para a tese de Onuma Yasuaki (2010, p. 131), a maneira de lidar com esse impasse seria por intermédio de uma perspectiva transcivilizacional, pela qual seria desenvolvida uma estrutura valorativa e cognitiva que transpusesse as fronteiras nacionais e que tivesse por base o reconhecimento da pluralidade de civilizações e culturas que existem na história humana. Logo, o direito internacional não pode abster-se de analisar as diversidades religiosas e culturais de cada um dos autores envolvidos.

Essa afirmação vai de encontro à tendência histórica refletida pela interpretação do princípio da não intervenção, segundo o qual cada nação, em sua soberania, poderia decidir sobre suas próprias regras, cultura e religião, dentro de seu próprio território. Esse princípio teve por intuito preservar a diversidade cultural dentro das fronteiras do Estado, mas não resolveu as questões de como preservar as diversidades culturais fora das fronteiras do Estado. Nesse passo,

como garantir o direito ao uso da burca fora do próprio país, sem o manto do princípio da não intervenção? Esse princípio, por outro lado, criou o impasse de como se poder intervir em um Estado em caso de grave violação a direito humano. É o caso, por exemplo, da discussão em relação à clitoridectomia.

Com o crescimento da teoria dos direitos humanos, uma nova relação entre o princípio da não intervenção e a natureza ou característica universal dos direitos humanos passou a ser desenvolvida. Várias práticas religiosas e culturais, antes pouco discutidas e afastadas de maiores críticas porque acobertadas pelo manto do princípio da não intervenção, passaram a ser largamente questionadas e conceituadas ou caracterizadas como em conflito com os direitos humanos. Podem ser citados os exemplos do aborto na China, da clitoridectomia na África, entre tantos outros.

A tese do choque de civilizações²⁰ demonstrou com maior ênfase esse tipo de problema, embora tenha tratado o tema com a visão de que a principal fonte de conflitos será a cultural, sem propor uma solução. O que se passou a verificar é que, ao contrário do que se pretendeu com a secularização e com o princípio da não intervenção, as questões culturais e religiosas interessam ao direito internacional e até mesmo às políticas internacionais e isso pôde ser claramente visto no caso dos ataques em 11 de setembro de 2001.

Para a tese do transcivilizacionismo, desenvolvida por Onuma Yasuaki (2010), leva-se em consideração que, se o direito

internacional é o direito que deve ser aplicado à sociedade internacional, então ele deve adaptar-se aos desejos, expectativas, emoções, interesses e valores humanos, levando-os, portanto, em consideração. Segundo o autor, na perspectiva transcivilizacional, pode-se tentar responder a problemas epistemológicos, normativos e práticos por intermédio da expansão dos conceitos do direito internacional. É uma perspectiva pela qual, em vez de fechar os olhos para as questões culturais, como o faz a doutrina da margem nacional de apreciação, busca-se reconhecer, interpretar e propor soluções para os problemas que transbordam as fronteiras nacionais, desenvolvendo uma estrutura cognitiva e valorativa baseada no reconhecimento da pluralidade de civilizações (YASUAKI, 2010, p. 115) que existem e existiram ao longo da história.

Verifica-se, portanto, que há duas tendências no direito internacional, entre as que propõem alguma alternativa²¹ à questão multicultural no que tange à internacionalização dos direitos: uma propondo uma marginalização das questões culturais, mediante a aplicação da margem nacional de apreciação, deixando os assuntos culturais à apreciação discricionária dos Estados; e a segunda, propondo uma abertura do discurso do direito e da política internacional às questões culturais, reconhecendo, assim, a existência de uma sociedade internacional multipolar e multicultural.

6. Conclusões

O direito internacional tem-se deparado com a problemática, ainda sem solução, de como internacionalizar os direitos, especialmente aqueles direitos que envolvem valores culturais de diversas sociedades. Entre os processos existentes para

²⁰ “Minha hipótese é que a fonte fundamental de conflitos neste mundo novo não será principalmente ideológica ou econômica. As grandes divisões entre a humanidade e a fonte dominante de conflitos será cultural. Os Estados-nações continuarão a ser os atores mais poderosos no cenário mundial, mas os principais conflitos da política global ocorrerão entre países e grupos de diferentes civilizações. O choque de civilizações dominará a política global. As falhas geológicas entre civilizações serão as frentes de combate do futuro” (HUNTINGTON, 1996, p. 79).

²¹ Não se levará em conta, por exemplo, as teses que apenas constataam o problema, sem propor nenhuma solução, como o caso da teoria do choque de civilizações.

a internacionalização do direito, tem-se a unificação dos sistemas jurídicos, que simplesmente ignora essas divergências e, por meio da imposição de valores, cria-se um direito único. A segunda modalidade é a coordenação por entrecruzamento, pela qual se busca uma integração recíproca, por intermédio das trocas informais entre juízes para aproximar os pontos de vista e evitar conflitos jurisprudenciais pela via da informação recíproca. Mas essa modalidade esquece os casos de conflito, e só funciona quando há perfeita harmonia entre as partes, o que é raro acontecer em direito internacional quando se há divergência cultural. O terceiro processo de interação é a harmonização por aproximação, pela qual se busca encontrar as semelhanças entre os diversos sistemas.

Analizados esses processos de internacionalização do direito, e verificando-se que a harmonização seria o mecanismo que melhor lidaria com questões culturais, chega-se então ao momento de saber como lidar com as divergências nessa temática. Samuel Huntington preferiu ser extremamente pessimista em relação ao tema, afirmando que as diferentes culturas serão a fonte dos conflitos modernos, em sua teoria do choque de civilizações, e sua profecia parecia completamente certa com o atentado de 11 de setembro de 2001.

A própria Organização das Nações Unidas, em 2004, no relatório do PNUD identificou que “a globalização pode ameaçar as identidades nacionais e locais. A solução não é refugiar-se no conservadorismo e no nacionalismo isolacionista, mas conceber políticas que promovam a diversidade e o pluralismo” (PROGRAMA..., 2004). Assim, tem-se que a noção e estudo da cultura não pode ser separada do jurídico, muito embora tenha sido isso o que se construiu até agora, especialmente com o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica.

A teoria da argumentação jurídica, com a pretensão de demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado racional-

mente, excluiu do discurso jurídico tudo o que não é racional e, nessa exclusão, estariam incluídas as questões culturais, muito embora o que se veja, reiteradamente, seja exatamente o oposto, ou seja, a grande influência dos valores culturais no direito.

No direito internacional, a margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o mecanismo que busca preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos na seara internacional. No entanto, com a consolidação dessa doutrina, tem-se verificado que ela nada mais faz do que manter afastada do discurso jurídico a questão cultural e, dentro dela, especialmente a questão religiosa, como já ocorreu em casos sobre aborto, transexuais e eutanásia.

O desafio a ser enfrentado, no entanto, é o mau uso da margem nacional de apreciação, ou seja, o seu uso como parte do processo de neutralização acima mencionado, que visa a afastar do discurso jurídico os valores sociais. Surge, então, uma segunda teoria, conforme a qual a maneira de lidar com essa diversidade seria por intermédio de uma perspectiva transcivilizacional, pela qual seria desenvolvida uma estrutura valorativa e cognitiva que transpusesse as fronteiras nacionais e que tivesse por base o reconhecimento da pluralidade de civilizações e culturas que existem na história humana, alargando-se, pois, o discurso jurídico internacional para abranger a cultura.

Essas duas tendências, na realidade, em muito remontam à noção de tolerância negativa e tolerância positiva, aquela como noção de neutralidade no sentido de não intervenção nas diferenças individuais e socioculturais de formas de vida (APEL, 1997) e esta no sentido de respeito a todos os valores e tradições que formam a identidade cultural dos membros de uma sociedade multicultural (APEL, 1997, p. 207), como o é a sociedade internacional.

O necessário, no atual momento, é que o direito internacional supere a tolerância como a mera aceitação passiva do outro

(HAARSCHER, 1997), até porque não se sabe sequer dizer quem é o outro, ou quem é o homem destinatário dos direitos humanos, e que passe a tratar os valores culturais de todos os povos como parte integrante do processo da internacionalização dos direitos, a fim de aumentar, ainda que a conta-gotas, a sua legitimidade.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. *As diferentes tradições jurídicas*. Brasília: UniCEUB, 2011.
- _____. *Tradição, direito e política*. Brasília: UniCEUB, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- APEL, Karl-Otto. Plurality of the good?: the problem of affirmative tolerance in a multicultural society from an ethical point of view. *Ratio Juris*, Oxford, v. 10, n. 2, 1997.
- BARTH, William Kurt. *On cultural rights: the equality of nations and the minority legal tradition*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito. *Padê*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/583/531>>. Acesso em: 29 nov. 2010.
- BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar?: reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica*, Brasília, 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.
- BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine of the European court of human rights: accommodating diversity within Europe. In: FORSYTHE, David P.; MCMAHON, Patrice C. (Ed.). *Human rights and diversity: area studies revisited*. Lincoln: University of Nebraska, 2003.
- CAMERON, Iain. *National security and the European convention on human rights*. Boston: Kluwer Law International, 2000.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: UNESP, 2003.
- CORM, Georges. *La question religieuse au XXI siècle: géopolitique et crise de la postmodernité*. Paris: La Découverte, 2006.
- CHAIB, André Nunes. Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>> Acesso em: 09 nov. 2010.
- CORTINA, Adela. *Ética mínima: introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Tecnos, 1996.
- DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Seuil, 2004.
- _____. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- _____. (Ed.). *The European convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*. Tradução de Cristina Chodkiewicz. Dordrecht: Kluwer Academic, 1992.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Porto Alegre: Uerj, 2009.
- DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e love's knowledge no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 188, p. 255-276, out/dez 2010.
- _____. Os domínios recalitrantes do direito internacional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 16, p. 120-160, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- HAARSCHER, Guy. Tolerance of the intolerant? *Ratio Juris*, Oxford, v. 10, n. 2, p. 236-246, June 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tradução de Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. New York: Simon & Schuster, 1996.

KIM, Yersu. Philosophy and the prospects for a universal ethics. In: STACKHOUSE, Max L.; PARIS, Peter J. (Ed.). *Religion and the powers of the common life*. Paris: Trinity Press International, 2000.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Helsinki: Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. Indiana: University of Notre Dame, 1984.

MERRILLS, J. G. *The development of international law by the European court of human rights*. 2. ed. New York: Manchester University, 1993.

MERRIMAN, Scott. A. *Religion and the law in America: an encyclopedia of personal belief and public policy*. Califórnia: ABC-CLIO, 2007.

PROGRAMA das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do desenvolvimento humano 2004*. Lisboa: PNUD, 2004.

RAZ, Joseph. Multiculturalism. *Ratio Juris*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 193-205, 1998.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1994.

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. Tradução de Cecília Prada. São Paulo: Palas Athena, 2002.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento, epistemologia e sociedade*. Lisboa: Piaget, 1998.

TEUBNER, Gunter. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. (Ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

_____; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 25, n. 4, 2004.

TYLOR, Edward Burnett. *Primitive culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom*. New York: Harper, 1958.

YASUAKI, Onuma. *A transcivilizational perspective on international law: questioning prevalent cognitive frameworks in the emerging multi-polar and multi-civilizational world of the twenty-first century*. Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

YOUROW, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Boston: Martinus Nijhoff, 1995.

Representação política, inovações institucionais e novas subjetividades

Antonio Carlos Torrens

Sumário

1. Introdução. 2. Entre a materialidade e o simbólico. 3. Representação política e seus desdobramentos. 3.1. Entre o tradicional e o novo. 4. A atualidade da representação política. 5. A modernidade, a representação e a prática política.

1. Introdução

O que têm em comum um comerciante do setor de panificação, um comunicador de rádio, um geógrafo, um servidor público, uma cantora *gospel*, um engenheiro civil e um técnico contábil, entre outras profissões e atividades? Aparentemente fazem parte do abundante material social e econômico de uma grande cidade. No entanto, num determinado momento de suas vidas, há uma transfiguração dos seus papéis sociais, e os rumos que tomam a partir daí apresentam um novo contexto: ao se colocarem como candidatos em eleição municipal, sob diversas razões – por ideologia, por exposição à mídia, por uma base institucional estruturada, por lealdade pessoal ou a uma rede de favores públicos –, e obterem o número de votos necessários, tornam-se representantes parlamentares municipais, escolhidos por meio de eleições proporcionais periódicas. Essas pessoas, que possuem profissões, escolaridades e origens sociais variadas, passam a ser representantes de um bairro, uma região, uma cidade, uma comunidade,

Antonio Carlos Torrens é doutorando em Sociologia do Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Paraná.

um setor determinado, isto é, tornam-se vereadores. De cidadãos comuns passam a exercer o papel de mediadores entre o Estado e a sociedade civil, nas demandas por políticas públicas e por troca de favores políticos e sociais.

Na visão de Bourdieu (1989), esses representantes devem adquirir uma competência específica assim que passam a concentrar os meios de produção política, exigindo uma preparação especial, como os saberes específicos que se produzem no trabalho político, além de uma linguagem própria e de uma retórica política. Em uma palavra, há uma *iniciação*, uma espécie de rito de passagem que possibilite o domínio da prática do campo político.

Para o autor, é imperativo evitar a *naturalização* dos mecanismos sociais que produzem e reproduzem a separação entre os “agentes politicamente ativos” e os “agentes politicamente passivos”, e concentrar a análise da representação política dentro das “determinantes econômicas e sociais da divisão do trabalho político” (BOURDIEU, 1989, p. 162):

“(…) o campo político é o lugar onde se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de ‘consumidores’, devem escolher, com probabilidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção” (BOURDIEU, 1989, p. 164).

Bourdieu (1989) indica ainda que fazem parte da análise as “condições sociais da constituição social e técnica que a participação ativa na ‘política’ exige”, e que “a concentração do capital político nas mãos de um pequeno grupo é tanto menos contrariada e portanto tanto mais provável, quanto mais despossados de instrumentos materiais e culturais necessários à participação ativa na política estão os simples

aderentes – sobretudo o *tempo livre* e o *capital cultural*” (BOURDIEU, 1989, p. 164), distribuídos desigualmente, segundo o autor, na divisão do trabalho político:

“[n]este caso, como em outros, a passagem do implícito ao explícito, da impressão subjetiva à impressão objetiva, à manifestação pública num discurso ou num ato público constitui por si um ato de instituição e representa por isso uma forma de oficialização, de legitimação (...)” (BOURDIEU, 1989, p. 165).

2. Entre a materialidade e o simbólico

Segundo Pereira & Santos (2000), há diversas suposições etimológicas a respeito do termo vereador; a mais aceita, a da historiografia portuguesa, considera que “vereador deriva de vereda ou vereia, o que sugere que a magistratura teria tido origem em supostos fiscais dos caminhos concelhios” (p. 14). Dito de outra maneira:

“Os veedores (veer + [d]ores) eram os responsáveis pelo enveramento (em + veer + [a]mento), composições de palavras perfeitamente aceitas no português medieval. Neste sentido, os vereadores seriam, simplesmente, os responsáveis por ver ou veer, termo que já naquela época era empregado com o sentido *zelar por* ou *cuidar de*. Vereador seria, portanto um sinônimo de vedor, o que reforça a idéias de poder delegado que está na origem da criação do ofício: alguém que vee em nome de outro, seja este outro o concelho alargado, *seja o próprio rei*.” (PEREIRA; SANTOS, 2000, p. 14)

Desde a escolha dos “homens bons” das Câmaras de Vereança do período colonial brasileiro até os dias atuais, a representação política metamorfoseou-se sobremaneira, mas manteve-se essencialmente como a possibilidade de o representante decidir questões que afetam a vida coletiva em nome de outros, os representados. Isto se

dá mediante *mandato parlamentar*, em que alguém, designado pela via eleitoral, é investido de uma função política na democracia representativa.

Em linhas gerais: o Parlamento é um órgão decisório coletivo, composto por representantes eleitos periodicamente, os quais sintetizam as diferentes tendências dos interesses, grupos e classes sociais em determinadas políticas públicas num dado território. Esses representantes eleitos devem atender às expectativas dos eleitores, que, dessa maneira, indiretamente, participam do processo político de gestão da coisa pública, além da possibilidade real ou virtual de algum controle sobre o poder político.

Longo caminho percorreu a instituição municipal, a mais antiga do Brasil, que iria desempenhar papel fundamental no processo de colonização, até os dias atuais, em que se discute a legitimidade desse modelo de representação social e política, a partir da recorrência da visão da representação como corrupta, corporativa, clientelista e insuficiente para o atendimento da crescente demanda por serviços públicos, e pelo questionamento do modelo, dentro de uma reflexão mais geral sobre as diferentes concepções de democracia como arcabouço político das sociedades modernas.

É necessário destacar, como primeiro ponto, que não há praticamente aleatoriedade no processo de mudança de *status* social experimentado por essas pessoas, que, ao serem colocadas como candidatos, percorrem um caminho burocrático que possui características próprias, e é regido por normas políticas e jurídicas regulamentadas em extenso Código Eleitoral (BRASIL, 1965). Devemos admitir, portanto, numa aproximação especulativa, que se desenvolve certo “conhecimento” nesse processo, tendo em vista a participação do candidato nas relações sociais locais, a qual por um lado o coloca na posição de “tradutor” de determinadas demandas, com vínculos os mais variados, dentro de uma rede de

significados que dá sentido à realidade de determinado grupo social (GEERTZ, 1989), ao mesmo tempo em que ocorre o envolvimento em determinado partido político, com conteúdo programático, com posicionamentos públicos sobre políticas locais, regionais ou nacionais. A essa dupla relação, que Geertz percebe como “um padrão particular de orientações para a ação política”, um “conjunto de significados e propósitos” dentro do qual cada sistema político está embutido, é preciso acrescentar a construção das referidas “redes de significado” (GEERTZ, 1989), em que esses processos políticos de representação podem ser pensados como fenômenos “mais amplos e profundos do que as instituições formais destinadas a regulamentá-las.” (GEERTZ, 1989, p. 211)

A representação político-parlamentar pode levar a duas interpretações: a primeira considera que a vontade do representante é a vontade do representado, isto é, os eleitores votam pelo que o postulante ao mandato pensa ou diz. A segunda interpretação considera que a vontade do representante é a expressão de uma demanda ou intenção preexistente dos eleitores, o que tornaria o eleito mero porta-voz dos representados.

A representação simboliza, ao mesmo tempo, uma vontade coletiva de mediação política na pessoa do representante e, paradoxalmente, considera cada indivíduo ou cidadão isoladamente, isto é, predominam as vontades individuais, tanto as do eleitor ao votar, quanto as do eleito ao representar (AURÉLIO, 2009).

Hanna Pitkin (2006) descreve três visões sobre representação: a formalista, a simbólica e a descritiva. A primeira, que nos diz respeito, concentra-se ao fato de que há uma relação entre representantes e representados, e permite seja definida uma conexão entre esses dois pólos, por meio da autorização e da prestação de contas. O eleitor autoriza o representante a agir em seu nome ao mesmo tempo em que avalia a sua atuação.

O primeiro questionamento que podemos fazer relaciona-se à própria vinculação criada entre representante e representado. Por ser uma prerrogativa constitucional, uma eleição não torna o titular do mandato parlamentar vinculado ao representado; ou seja, o parlamentar, eleito por uma parcela do eleitorado, passa a representar a totalidade dos eleitores daquela circunscrição.

Inferre-se daí que ou o representante identifica-se com o representado, ao falar, decidir e agir em seu nome, o que requer um exercício de abstração – isto é, representação como “uma certa coisa que não está literalmente presente se considera como presente em sentido não literal” (PITKIN, 2006) –, ou a representação supõe uma certa autonomia, na medida em que não é simbiótica, pois há uma estrutura política em que a representação se faz prática, discurso, não somente para aqueles ausentes, mas também para uma audiência que passa a ser um terceiro elemento, uma entidade concreta e soberana, que é o poder legislativo. Em outras palavras, a discussão gira em torno da ideia de, por um lado o representante ser parte de uma comunidade de origem e que naturalmente deve defender os seus interesses, e por outro e ao mesmo tempo ser membro de um parlamento, imbuído de responsabilidade social, mas também de independência, na medida em que passa a ter autonomia e poder de deliberar e agir em nome de toda a sociedade.

Seja qual for o enfoque, a representação política não deve ser tratada de maneira secundária ou instrumental na ciência política, na medida em que se trata de

“(…) um conceito inscrito no próprio cerne da política enquanto tal, ou seja, da questão por excelência da sociedade vista como um conjunto de indivíduos que se atribui a si mesmo, de forma estável, uma identidade e uma vontade comuns, as quais precisam ser representadas para que o conjunto deixe de ser uma simples abstração e possa, de fato, decidir e agir enquanto todo” (AURÉLIO, 2009, p. 34).

3. Representação política e seus desdobramentos

A insuficiência da concepção de democracia em que o fundamento é o voto periódico, aliada ao surgimento de novas alternativas de participação política, e ao esgotamento de um modelo político-econômico que durante décadas excluiu a sociedade civil da participação do processo político governamental, suprimiu benefícios sociais e gerou desigualdades sociais profundas, com a transformação de cidadãos em meros consumidores de bens e serviços, é pano de fundo para o debate da crise da democracia representativa contemporânea, que aponta a emergência de novas formas de abordagem sobre representação política nas sociedades complexas como a atual.

Porém, não se trata, na verdade, da discussão permanente entre democracia e representação política, cuja tensão remonta aos clássicos da teoria política? Em seus trabalhos, esses clássicos demonstraram a preocupação, ao seu tempo, com a representação como tradução de mandato imperativo ou representativo, da maior ou menor participação política da sociedade em geral nas decisões de diferentes tipos de governo. Não há muita diferença qualitativa nos escritos de Hobbes, Burke, Montesquieu, Tocqueville ou Rousseau sobre a legitimidade da representação política frente à democracia direta, e a discussão atual sobre as deficiências da democracia representativa.

Aurélio (2009), na introdução da obra sobre alguns escritos clássicos sobre representação política, mostra que Hobbes ressaltava a autonomia do representante, que seria “um ator, e a sua atuação torna possível, à diversidade dos autores que o autorizaram a representá-los, identificar-se como um todo e agir em comum” (AURÉLIO, 2009, p. 21). Em Montesquieu e Sieyès, aponta, para o primeiro, “ser impossível o parlamento ter alguma eficácia e produzir legislação, se o imaginarmos amarrado a um mandato

imperativo dos eleitores” e para o segundo a impossibilidade de “conhecer em tempo útil a vontade dos representados sobre cada um dos temas a respeito dos quais o representante tem de pronunciar-se” (AURÉLIO, 2009, p. 22). Em Burke, por seu turno, o autor destaca que “o que está em jogo na representação não é uma questão de vontade, sejam as vontades individuais que o liberalismo de Locke tem em mente, seja, no extremo oposto, a ‘vontade geral’ a que se refere o radicalismo democrático de Rousseau”, mas sim “a representação de um interesse geral, a identificar pela informada e livre discussão entre os representantes” (AURÉLIO, 2009, p. 22).

Weffort (2006), em semelhante compilação de textos de alguns clássicos da política, ressalta que Hobbes e Locke escreveram e viveram em um período tumultuado da Inglaterra, Montesquieu, na França absolutista do séc. XVIII, enquanto Rousseau anunciava, no plano das ideias, a Revolução Francesa. Também em Madison, Hamilton e Jay há a defesa da Constituição americana que coroa a revolução iniciada em 1776. Para o autor, além de haver o forte comprometimento da teoria com os acontecimentos políticos do seu tempo, a política não era vista como especialidade, e sim como uma “concepção geral sobre a sociedade [um] grandioso esforço intelectual que constrói, ao lado de uma visão do Estado, uma concepção da natureza humana e da sociedade em geral. A reflexão sobre a gênese do Estado moderno é, nos clássicos, o caminho de uma ampla reflexão sobre a gênese da sociedade moderna” (WEFFORT, 2006, p. 9).

O significado dessa digressão é atentar-mos para o fato de que não há um caminho linear de aperfeiçoamento da democracia, até culminar no ideal desejável de participação, deliberação e representatividade. Após períodos revolucionários, em que os arranjos institucionais se desestabilizam, tanto quanto a passagem por golpes de Estado, em que as instituições representativas

são as primeiras a serem atingidas (o que demonstra sua importância), trava-se um longo duelo para a reconstituição política e social. Deve ser relativizada, portanto, a crise atual como a que caracteriza a ruína do sistema representativo: “[d]esnaturalizar a democracia e a representação política passa justamente pela percepção de que sua relação sempre foi tensa e de disputa, e que o consenso, apesar de muito desejado em algumas vertentes, não é o que dá o tom final ao processo” (D’AVILA FILHO; JORGE; LIMA, 2010).

3.1. *Entre o tradicional e o novo*

A indagação que fazemos aqui diz respeito ao local, ao específico, o tipo de representação que aparentemente não suscita teoria ou grandes investigações, na medida em que há um recorte da representação, principalmente local, como fundada em paroquialismo, clientelismo e assistencialismo, geralmente acrescidos de corrupção. Ao se considerar esses elementos constitutivos da política como noções que mais se aproximam da percepção do senso comum – mesmo que ditos de forma elaborada e contundente ganhem *status* de cientificidade –, em nosso entender carecem de validação. São construídos malabarismos conceituais para explicá-los: a falta de definição do que sejam “instituições democráticas frágeis”, ou a afirmação, sem o devido esclarecimento dessa relação causal, de que o clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção são sustentáculos do processo político, e exercem maior influência que as instituições formais, pressupostos colocados como vícios políticos que desfiguram e descaracterizam os arranjos institucionais formais, arranjos “inferiores” da representação.

Essas questões são suscitadas pela aparente falta de rigidez nas conformações criadas por essas relações, que, ainda que duradouras, revelam uma transitoriedade própria, na medida em que são ao mesmo tempo pontuais e permanentes. Por um

lado, há uma unidade política legítima, com estrutura, forma, rituais, regulamentos para o exercício do poder. Por outro, os representantes não possuem outra existência política a não ser a que a representação lhes confere.

“Ter uma vontade – decidir, ordenar, contratar, vincular – supõe, da parte de qualquer agregado, que este se represente como um corpo único, não somente do ponto de vista ideológico, simbólico e iconográfico, mas também do ponto de vista do seu ordenamento, a fim de que a representação seja efetiva e que os seus agentes, isto é, aqueles que a objetivam, gozem de legitimidade perante os representados para falar e atuar em nome deles. Todo o problema nasce precisamente de que a representação, se por um lado opera essa espécie de antropomorfização da unidade do agregado, transformando-a em sujeito singular que possui vontade e direitos, por outro lado institui uma nova entidade – o corpo de representantes – que se sobrepõe à realidade empírica de cada um dos indivíduos e que se apropria da vontade e dos direitos de que em rigor só o agregado é titular. Não foi por acaso que a representação se pensou tantas vezes, no decurso da modernidade, como contraponto à democracia, e não como seu instrumento ou prolongamento natural. Convém, por isso, à falta de uma definição que possa cobrir todas as ocorrências em que o termo se reveste de algum significado, analisar os principais elementos que fazem da representação um conceito ainda hoje tão pertinente no domínio político” (AURÉLIO, 2009, p. 11).

A relação entre Estado e sociedade civil, sob várias formas, adquire uma identidade política e cultural que produz trocas materiais e simbólicas, de difícil fronteira de demarcação, se forem usados referenciais

teóricos e metodológicos que não levem em conta o cenário que também “é um lugar de visões concorrentes, conflitantes e uma rede de relações e posições assimétricas. Um cenário que nada garante, exceto que possa ser posta a serviço da democratização de forma muito mais efetiva do que visões tradicionais do papel da política institucional permitiriam” (BURITY, 1999).

Temos, na representação política, em qualquer nível, a construção de uma identidade, ou uma cultura política? O arcabouço institucional que delimita as fronteiras entre o Estado e a sociedade civil é suficiente como objeto de análise para a compreensão dessa construção?

A partir da evidente insuficiência da resolução das desigualdades e da violência social dentro dos parâmetros da desregulamentação do Estado experimentada nos anos 80 e 90, já há o registro de um caminho de movimentos alternativos e de emergência de novos espaços públicos e privados de pensamento e ação política, com ênfase na ética e em outras dimensões da vida social e política que não sejam as institucionais, ou que pelo menos haja uma atuação que possibilite a reestruturação institucional. Seja por caminhos altruístas, seja pela negação do que já existe, seja pela busca de redirecionamento das estruturas institucionais consagradas, há um campo de atuação que deve ser compreendido como integrante da análise da representação política.

Burity (1999) também aponta a necessidade da exploração da experiência contemporânea da *identidade*, que levanta questões sobre a demarcação do institucional do exercício da cidadania, num enfoque que “se inscreve no questionamento de concepções essencialistas da subjetividade, realçando seu caráter construído (político) e sua relação indissociável com uma alteridade que lhe escapa ou confronta, pedindo reconhecimento ou cobrando negociação” (BURITY, 1999). Novos contextos de ação e afirmação coletivas levam à “necessidade de negociar as modalidades de pertenci-

mento e distinguir as esferas de aplicação possível de suas exigências” (BURITY, 1999, p. 1).

São questões que requerem o desvelamento de uma complexidade na chamada sociedade civil que torna difícil tratá-la como unidade, principalmente nas relações estabelecidas nas diferentes esferas do Estado em que essa diferenciação, tanto interna, ocorre na forma bastante diversificada de associações de moradores, empresariais, ONGs, igrejas, movimentos culturais e sociais, quanto externas, como *lobbies* de pressão, dirigidas a governos e legisladores. Há que se considerar ainda, segundo o autor, que “ter-se-ia que incluir aqui outros ‘projetos’ ou ‘cenários’ (*settings*) – para usar a terminologia de Michael Walzer (1992) – a saber, a ampla porção desorganizada da população e o lado mais obscuro da sociedade civil, representado por diversas formas de ilegalidade e violência” (BURITY, 1999, p. 228), como grupos de extermínio, o narcotráfico e o crime organizado e ainda, sob o ponto de vista cultural, os “valores opostos à participação, ao compromisso com a igualdade de oportunidades e de condições sociais etc., tais como conformismo, relações clientelistas, passividades, autoritarismo, posturas hierarquizantes fundadas em concepções naturalistas” (BURITY, 1999, p. 228).

A Constituição de 1988 apresenta-se como referência na formalização de inovações institucionais e novas formas de interlocução entre a sociedade civil e o Estado, o que significa releituras e reformulações teóricas e práticas sobre o tema da representação política.

Do ponto de vista institucional, com efeito, ocorrem mudanças significativas na interlocução com a sociedade civil, por meio da reestruturação interna do legislativo¹ e a adoção de novas formas de

¹ Criação da Comissão de Participação Legislativa; Audiências Públicas; projetos de Iniciativa Popular; Tribuna Popular; Emenda Popular ao Orçamento Público; Pedidos de Informação.

comunicação e democratização do espaço institucional².

Nesse contexto, o conhecimento sobre a representação deve ter como foco a natureza e a direção dessas transformações institucionais, as razões das mudanças e a análise comparativa entre os perfis institucionais anteriores e atuais, e as características de cada período de implementação de mudanças. Sob tal prisma, ocorre uma significativa mudança de análise, na medida em que a visão distributiva do parlamento, baseada na distribuição de benefícios pelos parlamentares para um eleitorado específico, é substituída pela análise informacional, em que a questão central é a informação no processo político, que possibilita a representação com bases de interesse mais amplos e universalistas. Esse enfoque possibilita diminuir o postulado da incerteza, que significa informação incompleta tanto no sentido da atenção dada a interesses e valores dos representados, quanto à prestação de contas do representante dos efeitos das políticas escolhidas.

Costa, no entanto, considera que as análises sobre as transformações sociais ocorridas no período de democratização centradas no aprimoramento institucional “relegam a um segundo plano de análise dimensões e atores centrais das transformações observadas” (COSTA, 1997).

Dessa forma, o autor analisa como insuficiente a tipologia institucional para a compreensão da dinâmica social engendrada por novos atores e configurações mais complexas de relacionamento social e para a reflexão sobre a teoria democrática:

“Para deslindar os processos sociais de transformação verificados no escopo da democratização, as investigações teriam, portanto, que penetrar o tecido das relações sociais e da cultura política gestada nesse nível, revelando as modificações aí observa-

² TV Legislativa; Ouvidoria; acompanhamento de tramitação de proposições na Internet.

das. Ao mesmo tempo, rompendo o véu do discurso institucional universalista, esses estudos necessitariam debruçar-se sobre os padrões concretos de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, analisando o papel de atores com movimentos sociais, organizações não-governamentais etc. para a operação de transformações em tais relações” (COSTA, 1997).

No mesmo sentido, Avritzer (2004) propõe novos parâmetros para o entendimento da democracia pela ação coletiva, pela análise da cultura política desenvolvida pela sociedade, pela característica do Estado moderno e a atividade econômica e pelas formas de reação ao funcionamento das instituições sistêmicas. Novos atores políticos devem ser considerados na análise, e nesse sentido deve haver uma ruptura do pensamento sobre a democracia como “coordenação da ação sem constrangimentos”, centrada nas instituições, e que se perceba a “necessidade de entender a democracia no marco de uma teoria que diferencie formas estratégicas de formas solidárias de ação social e coloque o problema da democracia como prática cotidiana” (AVRITZER, 2004, p. 4).

Ao considerar as instituições políticas e o sistema políticos como parte da dimensão mais ampla do político, pensa-se em verdade na necessidade de ampliação do marco teórico sob o qual a democracia é trabalhada, e no qual a sociedade civil e os atores políticos integrem a análise, numa “combinação entre a livre operação do sistema político e a compreensão do significado atribuído pelos atores políticos à democracia” (AVRITZER, 2004, p. 3). Com isso, o autor sinaliza a perspectiva de que a representação institucional, o parlamento, deve ser vista como “o ponto de encontro entre as dimensões estratégicas e consensuais do sistema político, na medida em que ele é, ao mesmo tempo, parte da estrutura do Estado e representante da sociedade” (AVRITZER, 2004, p. 7).

4. A atualidade da representação política

Augé (1997) observa que a antropologia se tornou possível e necessária a partir das experiências da pluralidade, da alteridade e da identidade. Na sociologia, que busca o conhecimento das relações de representação política engendradas na modernidade, cabe a analogia, no sentido de que “os outros com quem os observadores foram interagir situavam-se distantes, na diversidade de um vasto mundo que lhes era preciso descobrir” (AUGÉ, 1997, p. 91).

As indagações colocadas até agora procuram essa diversidade, isto é, os representados e suas metamorfoses, os representantes e os discursos e ritos que trazem uma identificação momentânea, sob a qual é produzida uma equivalência cujo sentido “é o sentido social, isto é, o conjunto das relações instituídas e simbolizadas (portanto admitidas e reconhecidas) entre um e outros. O sentido social (a que dizem respeito, naturalmente, a economia, o emprego e todas as ‘identidades de classe’ a eles ligadas) é também histórico. As relações de alteridade e de identidade que se desdobram no campo social também se redefinem, individual e coletivamente, no passado e no futuro” (AUGÉ, 1997, p. 122).

A representação política organiza-se em arcabouço jurídico, material e histórico, mas, como sustenta Bourdieu (1989), essas estruturas são também produto da percepção, da ação e do pensamento dos agentes que as compõem, isto é, “as estruturas, as representações e as práticas constituem e são constituídas continuamente” (BOURDIEU, 1989, p. 147). Essa visão possibilita compreendermos a articulação do social sob os mecanismos de representação que leva em consideração também a prática dos agentes sociais que participam do processo, pela sua experiência de vida e pela sua apreensão intelectual da realidade,

o que gera “disposições interiorizadas duráveis”, “geradoras de práticas e representações” (BOURDIEU, 1989, p. 62), dentro de um campo, espaço estruturado de posições que independe das características daqueles que o compõem, mas é dado pelas relações de força entre os agentes (indivíduos e grupos) e as instituições que lutam pela hegemonia no interior do campo, isto é, o monopólio da autoridade que outorga o poder de ditar as regras, de repartir o capital específico de cada campo. A forma como o capital é repartido dispõe as relações internas do grupo, isto é, dá a sua estrutura (BOURDIEU, 1989). Na análise da representação política, nesses termos, o importante é destacar que o “campo é tanto um ‘campo de forças’, uma estrutura que constrange os agentes nele envolvidos, quanto um ‘campo de lutas’, em que os agentes atuam conforme suas posições relativas ao campo de forças, conservando ou transformando a sua estrutura” (BOURDIEU, 1989, p. 164).

O campo político apresenta divisão de trabalho e distribuição de capital político desigual, “crédito firmado na *crença* e no *reconhecimento*”, historicamente construída, admitido pelos agentes envolvidos:

“O campo político é pois o lugar de uma concorrência pelo poder que se faz por intermédio de uma concorrência pelos profanos ou, melhor, pelo monopólio de falar e de agir em nome de uma parte ou da totalidade dos profanos. O porta-voz apropria-se não só da palavra do grupo de profanos, quer dizer, na maioria dos casos, do seu silêncio, mas também da força desse mesmo grupo, para cuja produção ele contribui ao prestar-lhe uma palavra reconhecida como legítima no campo político” (BOURDIEU, 1989, p. 185).

Acima, verificamos que os representados, isto é, aqueles que escolhem os porta-vozes legais e legitimados, carregam crenças, práticas, saberes e atitudes que possuem uma complexidade crescente,

na medida em que estão sujeitos a interferências da mídia, da religiosidade, da participação nas mais variadas organizações. Na medida em que um candidato se capacita para tornar realizáveis ideias com valor de verdade, reconhecidas assim pelo grupo, capacita-se também para tornar-se autoridade: “[q]uando se admite que o porvir que está em discussão depende da vontade e da ação coletivas, as idéias-forças do porta-voz capaz de suscitar esta ação são infalsificáveis, pois têm o poder de fazer com que o porvir que elas anunciem se torne verdadeiro” (BOURDIEU, 1989, p. 186).

Dessa forma, o estranhamento inicial ao serem verificadas as origens, biografias e trajetórias dos representantes políticos de determinada população de uma cidade, dá lugar à possibilidade de analisar a relação simbólica, a subjetividade, as relações sociais e relações de força frente à objetividade do institucional, do formalizado em regras, leis, permissões e limites. A investigação a ser feita ganha novos contornos:

“No trabalho empírico, tais aspectos se acham estreitamente imbricados: os sistemas de signos remetem a várias ordens – informação, valor, relações de força –, razão pela qual a ação de determinadas práticas levam a estudar os signos, as classificações, os agentes que classificam e são classificados (pelas classificações dos outros e pelas próprias classificações), as relações sociais que se estabelecem por intermédio de atos simbólicos etc., tudo isso sem jamais deixar de esclarecer a distância que existe entre a facticidade bruta das estruturas objetivas e a experiência subjetiva” (PINTO, 2000).

A riqueza e a complexidade das relações estabelecidas entre representantes políticos e seus representados, e a própria variedade biográfica dos eleitos, confirma a análise de Wagner (1996), de que há dificuldade em perceber qualquer coletividade como portadora de uma coesão que constitua uma

“sociedade”, isto é, o compartilhamento de identidades (individuais e coletivas), práticas (atividades e vínculos afetivos e sociais) e regulação da vida em comum (regras de organização política) como forjadora de uma unidade social. A sociologia contemporânea reconhece que “há uma reconhecida dificuldade em mostrar as condições sob as quais essa coesão ocorreria, por que razões e até que ponto ela seria necessária e de que maneira poderia ser criada e mantida” (WAGNER, 1996).

No que respeita às regras de organização política, isto é, à regulação do bem comum de uma coletividade, o autor enfatiza que há fatores essenciais nesses modos de definições, que são “a extensão do grupo a que se aplicam, as regras de participação em sua deliberação e a definição do campo de práticas legitimamente coberto pelas regras coletivas” (WAGNER, 1996, p. 22).

5. A modernidade, a representação e a prática política

“É comum que parlamentares encampem reivindicações e agendas pontuais de grupos identitários específicos; sejam segmentos sociais, organizações corporativas ou funcionais. Aqui, os interesses devem ser entendidos como ‘paroquiais’, ou seja, os de um pequeno grupo identitário formado em bases territoriais: uma localidade, que pode abranger um bairro ou parte dele ou, ainda, um conjunto de bairros. A referência a uma base eleitoral territorializada é o que mais aparece nos discursos dos vereadores. Nesta, os vereadores parecem se constituir em ‘ouvidores públicos’ (D’AVILA FILHO; JORGE; LIMA, 2010, p. 5).

No início deste trabalho, apresentamos algumas características dos representantes políticos escolhidos numa eleição municipal, como ponto de partida na busca da compreensão sobre a representação política

como um estudo que deve levar em conta a relação representante-representado como resultante de atitudes e orientações que ultrapassem alguns determinismos, tais como origem de classe na definição do voto, que se tornaram insuficientes para o conhecimento do comportamento político. Ao mesmo tempo, devem-se buscar as motivações e percepções dos que escolhem determinados representantes políticos para falar e agir em seu nome nas demandas por políticas públicas que têm influência direta na sua vida cotidiana, e apenas nelas. Não é difícil seguir o trabalho parlamentar, visto que a instituição tem regras definidas e claras na elaboração de leis que organizam a vida social. Por outro lado, há um jogo político indefinido e complexo, que exige desvelamento para sua compreensão, e a pesquisa a ser desenvolvida deve levar em conta essa articulação social, ou seja, da história, da trajetória e do comportamento dos cidadãos comuns com aqueles que farão parte de um “mundo político” e falarão em nome deles. Ou, como no caso do voto, que é um depósito de confiança, nos mostra Bourdieu (1989) que o sentido das ações mais pessoais e mais transparentes não pertence ao sujeito que as produzem, mas ao sistema completo de relações nas quais e pelas quais elas se realizam. Por seu turno, Ortiz (2003, p. 10) ressalta que: “Como nos ensinou Foucault, todo discurso é produzido a partir de um determinado lugar, o que implica tomarmos consciência desse lugar e dos modos de produção dos saberes”.

A influência iluminista sobre o saber acadêmico faz-se presente de alguma maneira na discussão da questão da representatividade. É esperado, do ponto de vista da produção científica, que a percepção sobre a realidade social, seja mais ampla, seja local, se configure na conformidade com determinados padrões canônicos, embasados na produção dos grandes clássicos ou nos seus seguidores ou críticos mais modernos. Nem sempre a produção acadêmica sobre

esse tema desvela determinados conceitos que se tornam padrões, usados frequentemente como fundamento a partir dos quais se formulam análises, mas que na verdade necessitariam de um tratamento mais adequado, como nas pesquisas que consideram variáveis como dados, isto é, define-se um conjunto de construções teóricas a partir de determinados instrumentos que estão longe de ser consenso. Na medida em que aparecem como dados, torna-se difícil adequar esses instrumentos às definições analíticas que desembocarão em um quadro conceitual amplo. A variável deve constituir um primeiro nível de operacionalização de uma construção teórica e, para cada uma, deve-se dar, em seguida, uma descrição operacional. Algumas noções em nosso entender carecem de validação e aproximam-se da percepção do senso comum, mesmo que, ditos de forma elaborada e contundente, ganhem *status* de cientificidade, como paroquialismo, clientelismo, personalismo³. Esses conceitos são frequentemente colocados de forma a constituir um atributo de desvalorização política, e não elementos constitutivos da formação histórica e variáveis orientadoras de voto ou relações sociais.

Uma das caracterizações de representação é nos dada por d'Avila Filho, Jorge e Lima (2010):

“De Certeau distingue dois planos das representações sociais: um que denomina de estratégia e outro de tática. A dimensão estratégica é a feição normativa, disciplinar, institucionalizada de uma representação, como sua definição pelo especialista. A dimensão tática reside na forma como os usuários criam seus mecanismos de uso e proveito da dimensão disciplinar (estratégica). Os consumidores

³ Não cabe aqui a discussão destes conceitos e seu uso generalizado como fatores desestruturantes de um ideal político. Estes esclarecimentos estão esplendidamente colocados por: Carvalho (1997), Vellasco (2009), d'Avila Filho (2008).

usuários reagem às normas, ocasião em que, embora não produtores, tiram proveito das forças que lhes são estranhas. Trata-se de uma espécie de produção de novos significados, frequentemente díspares do sentido atribuído disciplinarmente. Assim sendo, os consumidores usuários das normas não são agentes passivos, mas ativos recriadores de significados, tal como nossos eleitores no mercado político.”

Para a obtenção da “compreensão esclarecida” (DAHL, 2001), há elementos constitutivos das escolhas e definições dos representantes na política em seus vários níveis que devem ser levados em consideração.

Em primeiro lugar, o grau de informação obtido pelos participantes do jogo político. Sob o ponto de vista de Serrano (2009, p. 16), há uma variação complexa de graus de informação que são adquiridas através de diferentes veículos de comunicação:

“El resultado de nuestro modelo informativo y empresarial es la división de los ciudadanos en dos tipos: una gran mayoría que consume grandes medios de comunicación de forma acrítica y se convierte en carne de manipulación informativa y una elite política e intelectual que logra comprender las claves del mundo. De esta última, una parte utiliza esa información para aprovecharse y otra – la crítica – se ve obligada a convivir con la impotencia de no lograr que su mensaje llegue a la comunidad ciudadana.”

Da mesma maneira, Romano (2007, p. 26), adverte-nos que a compreensão na política toma caminhos nebulosos quando “... se toma por opinión pública la opinión publicada de unos cuantos o por realidad la definición interesada que esos pocos den de ella.” Para este autor, informações estandardizadas acabam por “... aumentar necesariamente la discrepancia entre el

pueblo y sus delegados, en lugar de reducir las mediante la comunicación recíproca, dialógica, mutuamente enriquecedora”.

Um elemento importante, portanto, é o grau e a qualidade de informação sobre a atividade política e seus mecanismos, e esse aspecto deve ser levado em conta, na medida em que a mídia se torna instrumento de formação (a opinião publicada) e, pela concentração em grandes grupos empresariais com interesses privados, está longe de agir como agentes do conhecimento para deliberações e escolhas políticas. No documento “Comunicação social no Brasil: o direito e o avesso” o jurista Fábio Konder Comparato (2011)⁴ ressalta que a discussão sobre a regulamentação da mídia adquire importância fundamental, na medida em que o Estado delega poderes ao setor privado para difusão da radiodifusão sonora ou de sons e imagens⁵. Ocorre, no período da ditadura empresarial-militar instaurada em 1964, a privatização desse espaço público quando se deu a outorga permanente e sem licitação das concessões, subordinando permanentemente o bem comum aos interesses privados. Acrescente-se a isso o fato de ocorrerem de maneira abundante as subconcessões, ou arrendamentos, prática mercantil sob consentimento tácito do poder do Estado. Conforme nos exemplifica o autor:

“Para se ter uma idéia da ampla mercantilização do serviço público de televisão entre nós, considerem-se os seguintes dados de arrendamento de concessões, somente no Estado de São Paulo:

BANDEIRANTES: 24 horas e 35 minutos por semana (tempo estimado)
2ª a 6ª feira

5h45 – 6h45 (Religioso I)

20h55 – 21h20 (Show da Fé)

⁴ Preparado para apresentação em audiência pública ao Senado Federal 22 de novembro de 2011.

⁵ Lei nº 8.987, de 1995, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal para as concessões de serviços públicos em geral.

2h35 (Religioso II)

Sábado e domingo

5h45 – 7h (Religioso III)

4h (Religioso IV)

REDE TV!: 30 horas e 25 minutos por semana (tempo estimado)

Domingo

6h – 8h – Programa Ultrafarma

8h – 10h – Igreja Mundial do Poder de Deus

10h – 11h – Ultrafarma Médicos de Corpos e Alma

16h45 – 17h – Programa Parceria 5

3h – Igreja da Graça no Seu Lar

2ª e 3ª feiras

12h – 14h – Igreja Mundial do Poder de Deus

14h – 15h – Programa Parceria 5

17h10 – 18h10 – Igreja da Graça – Nosso Programa

1h55 – 3h – Programa Nestlé

3h – Igreja da Graça no Seu Lar

4ª feira

12h – 14h – Igreja Mundial do Poder de Deus

14h – 15h – Programa Parceria 5

17h10 – 18h10 – Igreja da Graça – Nosso Programa

3h – Igreja da Graça no Seu Lar

5ª e 6ª feiras

12h – 14h – Igreja Mundial do Poder de Deus

17h10 – 18h10 – Igreja da Graça – Nosso Programa

3h – Igreja da Graça no Seu Lar

Sábado

7h15 – 7h45 – Igreja Mundial do Poder de Deus

7h45 – 8h – Tempo de Avivamento

8h – 8h15 – Apeoesp – São Paulo

8h15 – 8h45 – Igreja Presbiteriana Verdade e Vida

8h45 – 10h30 – Vitória em Cristo

10h30 – 11h – Igreja Pentecostal

11h – 11h15 – Vitória em Cristo 2

12h – 12h30 – Assembléia de Deus do Brasileiro

12h30 – 13h30 – Programa Ultrafama

2h – 2h30 – Programa Igreja Bola de Neve

3h – Igreja da Graça no Seu Lar

TV GAZETA: 37 horas e 5 minutos por semana

2ª a 6ª feiras

6h – 8h – Igreja Universal do Reino de Deus

20h – 22h – Igreja Universal do Reino de Deus

1h – 2h – Polishop

Sábado

6h – 8h – Igreja Universal do Reino de Deus

20h – 22h – Igreja Universal do Reino de Deus

23h – 2h – Polishop

Domingo

6h – 8h – Igreja Universal do Reino de Deus

8h – 8h30 – Encontro com Cristo

14h – 20h – Polishop

0h – 2h – Polishop” (COMPARATO, 2011).

No entanto, ainda que diante desse quadro revelador de mecanismos que tentam produzir a fragmentação e a desagregação do pensamento crítico, isso não nos limita a uma única narrativa política que substancie um quadro conceitual sobre a democracia eleitoral representativa. Mesmo porque, a despeito de toda a capacidade argumentativa e o poder persuasivo que afirma, entre outras coisas sobre a superioridade do indivíduo sobre o grupo, a supremacia do mercado sobre o estado, a política como mal, o consumidor como meta, a ineficiência dos parlamentos e governos representativos, há uma inclusão, ainda que limitada, ainda que num processo de participação formal periódica, minimalista, mas de extrema importância, porque representa um aspecto da “luta pela transformação da relação da sociedade com suas instituições” (MOUFFE, 1985 apud GIACAGLIA, 2006, p. 108).

A encerrar aqui a reflexão, o horizonte seria bastante cinzento. Porém ao proce-

dermos à justaposição do outro lado do espelho, que é a conquista de direitos e ampliação da participação eleitoral, política e organizacional extrainstitucional, que proporcionam a incorporação na sociedade política de setores sociais até então marginalizados, e que exigem do Estado novas formas de articulação entre os programas já estruturados e decisões frente a demandas que possuem muitas faces, com distintos modos de realização.

Esses distintos grupos sociais surgem como novos atores sociais e políticos, que buscam à sua maneira construir novas identidades e elaboração própria do que seja o Estado, do que seja seu reconhecimento como sujeito construtor de uma cultura política, com base em necessidades materiais e efetivação de direitos.

A população mal informada, com apego religioso, atarefada com suas lides de sobrevivência, adquire uma forma de capital social que não é necessariamente o capital social acadêmico ou político-parlamentar, mas organizado e pensado a partir de experiências de ação coletiva e formas de comunicação e organização próprias, contraditórias, complexas e fragmentadas. Como aponta Chirinos (1991, p. 13-17 apud TEIXEIRA, 1997, p. 183), há

“(…) seis tipos de participação política: eleitoral, envolvendo também atividades partidárias; participação dos movimentos sociais, tendo em vista efetivação de direitos; ação comunitária, de caráter autogestionário, auto-ajuda e cooperação voluntária; participação manipulada por governos, visando ao controle e antecipação de demandas populares; participação como controle dos recursos e instituições estatais por parte das organizações populares; participação nas estruturas governamentais de decisão”.

A articulação entre o Estado e a sociedade civil, assim, passa a ter a presença do elemento político, reconstruído a partir de

“uma relação em que atores, usando recursos que são disponíveis no espaço público, fazem valer seus interesses, aspirações e valores, construindo suas identidades, afirmando-se como sujeitos de direitos e obrigações” (TEIXEIRA, 1997, p. 184)

A ação coletiva, seja institucionalizada na forma de direitos adquiridos pela participação eleitoral, seja em experiências de participação em Conselhos Municipais, controle de recursos públicos – como Orçamento Participativo – seja em entidades e organizações de diversos matizes, temporárias ou permanentes, produz debates no campo político de tal maneira que possibilita pensar o Estado, tanto no sentido de negá-lo como provedor das demandas sociais, buscando-se alternativas localistas que não levam em conta a “heterogeneidade de interesses e a complexidade das interações sociais” (TEIXEIRA, 1997, p. 185), quanto no sentido de campo de disputa do poder, de incorporação ao sistema político “desde os atos eleitorais até ações que visam a definir orientações políticas dos órgãos de poder ou de controlá-los através de mecanismos de intermediação” (TEIXEIRA, 1997, p. 185).

Os fatores apontados ao longo deste trabalho vão nesta direção, ou seja, o surgimento de novas subjetividades e a pluralidade de direções das novas formas de participação política, a inclusão de setores até então marginalizados do processo social, a ampliação da comunicação eletrônica, novas formas de alternativas institucionais e não institucionais. Frente à despolitização da grande mídia no terreno da desinformação, da divulgação de meias verdades ou mesmo de mentiras, certo esgotamento da crença nas instituições políticas pelas constantes denúncias de corrupção e nepotismo, sugerem reformulações investigativas, que possibilitem trazer à discussão a representação situada no terreno da modernidade, não no sentido de totalidade do social, mas no sentido sugerido por Laclau (apud GIACAGLIA, 2006,

p. 106), como uma “série de articulações contingentes”, ou seja, a aceitação de que a política é a articulação de uma pluralidade de sujeitos históricos, na qual “a unidade e a própria homogeneidade dos sujeitos de classe desagrega-se em um conjunto de posições precariamente integradas”, dentro de um conjunto de forças em conflito que não formam identidades plenas, mas configuram lutas sociais específicas onde há posicionamentos concretos e provisórios de agentes sociais determinados. A representação é constitutiva desse social multiplicado e fragmentado característico da modernidade, na busca e no avanço, expansão e diversificação das lutas emancipatórias. Para Laclau (apud GIACAGLIA, 2006, p. 112), devem-se construir alternativas democráticas de multiplicação dos pontos a partir e em torno dos quais opera a representação, concluindo que “a eliminação da representação é a ilusão que acompanha a noção de emancipação total”.

Conhecer a pluralidade intrínseca aos universos dos eleitores e suas expectativas e o universos dos representantes escolhidos e suas reais e possíveis formas de atuação deve constituir a base indicativa para a investigação e a elaboração conceitual do tema representação política.

Referências

AUGÉ, Marc. *Por uma antropologia dos mundos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

AURÉLIO, Diogo Pires. *Representação política: textos clássicos*. Lisboa: Livros Horizonte, 2009.

AVRITZER, Leonardo. *Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 28, 1995.

_____; COSTA, Sérgio. *Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina*. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004.

BORBA, Julian. *Cultura política, ideologia e comportamento eleitoral: alguns apontamentos teóricos sobre*

o caso brasileiro. *Opinião Pública*, Campinas, v. 11, n. 1, p. 147-168, mar. 2005.

BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 1983a.

_____. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983b.

_____. A representação política: elementos para uma teoria do campo político. In: _____. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 1965. Seção 1, p. 6746.

BURITY, Joanildo A. Identidade e cidadania: a cultura cívica no contexto de uma nova relação entre sociedade civil, indivíduos e estado. In: XXIII ENCONTRO ANUAL, 1999, Caxambu. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997.

CASTRO, Henrique Carlos. Cultura política: a tentativa de construção de um conceito adequado à América Latina. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Comunicação social no Brasil: o direito e o avesso. *Correio do Brasil*, Rio de Janeiro, ano XII, n. 4707, nov. 2011.

COSTA, Sergio. Movimentos sociais, democratização e a construção de esferas públicas locais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev. 1997.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

D'AVILA FILHO, Paulo; JORGE, Vladimyr Lombardo; LIMA, Paulo Cesar. produção legislativa e intermediação de interesses na câmara municipal do Rio de Janeiro. In: 7º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 2010, Recife. *Anais...* Recife: ABCP, 2010.

_____. O clientelismo e o exercício do poder no Brasil. *DPH*, Rio de Janeiro, jun. 2008. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8518.html>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

FAGUNDES, Bruno Flávio. Matrizes do pensamento culturalista: Tocqueville e Almond-Verba. *Lua Nova*, São Paulo, n. 74, p. 131-150, 2008.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

GIACAGLIA, Mirta. Política e subjetividade no pensamento de Ernesto Laclau. In: RODRIGUES, Leo

Peixoto; MENDONÇA, Daniel (Org.). *Ernesto Laclau & Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagens sistêmicas e as organizações sociais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

LACLAU, Ernesto. Poder e representação. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 7-28, dez. 1996.

_____. Os novos movimentos sociais e a pluralidade do social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 41-47, out. 1986.

ORTIZ, Renato (Org.). *Pierre Bourdieu: sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.

_____. (Org.). *A sociologia de Pierre Bourdieu*. São Paulo: Olhos d'Água, 2003.

PEREIRA, Magnus Roberto; SANTOS, Antonio César. *O poder local e a cidade: a Câmara Municipal de Curitiba, séculos XVII a XX*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2000.

PINTO, Céli Regina. Notas a propósito de Ernesto Laclau. *Revista de Ciências Sociais*, Montevideo, n. 15, 1999a.

_____. Democracia como significante vazio: a propósito das teses de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, jul./dez 1999b.

_____. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e idéias*. São Paulo: Lua Nova, 2006.

ROMANO, Vicente. *La intoxicación lingüística: el uso perverso de la lengua*. Caracas: Fundación Editorial El Perro y la Rana, 2007.

SERRRANO, Pascual. *Desinformación: cómo los médios ocultan el mundo*. Barcelona, Península, 2009.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. As dimensões da participação cidadã. *Caderno CRH*, Salvador, v. 10, n. 26, p. 179-209, jan./dez. 1997.

VELLASCO, Ivan de A. Clientelismo, ordem privada e Estado no Brasil oitocentista: notas para um debate. In: CARVALHO, José Murilo de; NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. *Repensando o Brasil do Oitocentos: cidadania, política e liberdade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

WEFFORT, Francisco Correia (Org.). *Os clássicos da política*. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

WAGNER, Peter. A crise da modernidade: a sociologia política no contexto histórico. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 29-43, jun. 1996.

O princípio da alternância no regime democrático

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Democracia. 2.2. Oposição. 2.3. Alternância. 3. Conclusão.

Introdução

O escopo precípua do trabalho é des-cortinar a natureza jurídica e a relevância do princípio da alternância no regime democrático.

Para tanto, serão apresentados, inicialmente, ainda que em apertada síntese, uma trajetória no tempo da ideia de regime democrático e um apanhado de sua configuração básica, suficientes para a definição e a apresentação das características básicas do fenômeno da oposição e de sua correlação com o princípio da alternância, parte de sua engrenagem.

Ao final, à moda de singela conclusão, será destacada a importância da alternância como ferramenta da oposição política, na perspectiva da construção e da manutenção de uma cambiante (boa) ordem democrática.

2. Desenvolvimento

2.1 Democracia

Se o foco da pesquisa está em revelar uma relação de forte proximidade entre o princípio da alternância, como braço mecâ-

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); mestre e doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); Subprocurador-Geral do Distrito Federal; advogado especializado em Direito Eleitoral.

nico da oposição, e o fenômeno da democracia, mais especificamente na configuração de uma visão de alguma dependência e subordinação, é óbvio que se deve partir da trilha histórico-evolutiva do modelo democrático, que não foi, não é e nunca será um só para todos os povos que, de todo modo, celebram a vida com incondicional apego à liberdade.

Assim, não se mostra conveniente qualquer abordagem doutrinária sobre democracia, termo de difícil e complexa definição¹, sem a (duradoura) visão dos clássicos².

Aristóteles (1998), no capítulo XII (“Crítica das monarquias”) de sua célebre e inextinguível obra *A Política*, logo após fazer opção pessoal pela monarquia como o melhor entre os regimes de sua época, advertiu que poderia muito bem existir “um sistema mais interessante”. Disse, ainda, no capítulo XIII (“Crítica das repúblicas”), mais de três séculos antes do nascimento de Cristo, que, se há algo de justo entre os homens, é a igualdade de tratamento entre pessoas iguais, questão que não pode passar alheia à política e que parece ser a base do direito (ARISTÓTELES, 1998, p. 151, 162). Especificamente sobre a democracia, o sábio grego, focando o tema da alternância do mando e da obediência, aduziu que o fundamento do governo democrático, segundo consenso da época, era a liberdade e que um dos apanágios dela era o de que todos, alternadamente, mandassem e obedecessem. Dessa diferença entre perpetuidade e alternância dependiam, a seu ver, a disciplina e a instituição.³

¹ De acordo com Lipset (1963, p. 45), “democracy in a complex society may be defined as a political system which supplies regular constitutional opportunities for changing the governing officials, and a social mechanism which permits the largest possible part of the population to influence major decisions by choosing among contenders for political office”.

² Muito embora Kelsen (2000, p. 139) afirme que a democracia seja uma ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII.

³ Prossegue Aristóteles (1998) para dizer, com certa ironia, pelo menos aos olhos da modernidade: “Se houvesse uma raça de homens que superasse tanto os outros quanto imaginamos que os deuses e

Locke (1998), com mestria, assinalou que, tendo a maioria naturalmente em suas mãos todo o poder da comunidade, desde o momento em que os homens originalmente se uniram em sociedade, pode-se empregar tal poder para baixar leis para a comunidade de tempos em tempos e fazer executar essas mesmas leis por meio de funcionários por ela mesma designados – caso em que a forma de governo que se tem é uma perfeita democracia. Afirmou ainda que tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem leis estabelecidas e fixas não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo. Daí porque *salus populi suprema lex* (A salvação – ou o bem – do povo é a suprema lei) é, com certeza, uma regra tão justa e fundamental que “aquele que a segue com sinceridade não pode errar perigosamente” (LOCKE, 1998, p. 500, 508, 526-527).

No célebre livro XI do seu *Espírito das leis*, mesmo revelando que um dos grandes inconvenientes da democracia é que o povo não seja capaz de discutir bem os assuntos, Montesquieu (1996) revelou que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” e que ela, liberdade, só se encontra nos governos moderados, e nem sempre neles está presente. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma “experiência eterna” que todo aquele que faz uso do poder é levado a dele abusar, até que encontre limites,

os heróis o fazem; se essa superioridade se manifestasse primeiramente pelo porte e pela boa aparência, depois pelas qualidades da alma, e fosse indubitável para os inferiores, o melhor sem contestação seria que o governo fosse perpétuo e que as pessoas se submetessem à lei de uma vez por todas. Mas como, com exceção, segundo Scyllax, dos indianos, de ordinário os reis não apresentam superioridade tão acentuada sobre seus súditos, é preciso que todos os cidadãos mandem e obedeçam alternadamente, e isto por várias razões. Primeiro, é essencial para a igualdade que só haja uma mesma condição entre semelhantes; depois, é difícil que um governo dure muito se for constituído contra este princípio de equidade. Aos descontentes se soma a gente do campo, sempre ávida de novidades, e qualquer que seja o número dos altos funcionários, não pode ser grande o bastante para que eles sejam os mais fortes” (ARISTÓTELES, 1998, p. 175-176).

porque “até a virtude precisa de limites” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

Nos dias que correm, num salto de séculos e séculos, impossível ferir o tema da democracia com desconhecimento dos poderosos estudos empreendidos por Dahl (2001, 2012), grande ideólogo da democracia, para quem os critérios de um processo democrático passam, inexoravelmente, por: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido; d) controle do programa de planejamento; e e) inclusão dos adultos. O porquê da democracia, no seu elevado entender, está em proporcionar dez consequências bastante desejáveis, quais sejam: 1) evitar a tirania; 2) direitos essenciais; 3) liberdade geral; 4) autodeterminação; 5) autonomia moral; 6) desenvolvimento humano; 7) proteção dos interesses pessoais essenciais; 8) igualdade política; e, quanto às democracias modernas: 9) busca pela paz; e 10) prosperidade (DAHL, 2001, p. 49, 50, 58).

Caggiano (1995), sem desmerecer Dahl (2001, 2012), destaca que há uma crescente preocupação com a trilha da democracia, o que justifica “o avanço de perspectivas transformistas, visando equipá-la de modo a atender de forma mais adequada às novas demandas sociais” (CAGGIANO, 1995, p. 8).

Na mesma trilha exegética, Przeworski, Alvarez, Cheibub e Limongi (1997), em interessante estudo, revelaram que, em primeiro lugar, em proposital redundância, democracia exige democracia. Além disso, exige: (i) riqueza; (ii) crescimento com inflação moderada; (iii) desigualdade decrescente; (iv) clima internacional favorável; e (v) instituições parlamentares (PRZEWORSKI et al, 1997)⁴.

⁴ Os autores são professores de Ciência Política, respectivamente, da New York University, da De Paul University, da Pennsylvania University e da Universidade de São Paulo. Em atualizado estudo, alicerçado em base técnica, procuram demonstrar as razões mercê das quais as democracias se sustentam no mundo contemporâneo. Entre as inúmeras conclusões acopladas à pesquisa, podem ser destacadas, para os fins deste trabalho, as seguintes: a) as ditaduras não são mais favoráveis à geração de crescimento econô-

A nosso ver, a democracia é isso e muito mais. Não obstante esteja profundamente enraizada por todo o (civilizado) mundo, continua frágil e merecedora de carinho e cuidados. Porque não está imune a engenhosas aleivosias e/ou achegas de desnaturalização⁵, sua virtuosa existência e mesmo a sua sobrevivência dependem de perene e redobrada vigilância.

Mesmo tendo sido covardemente manipulada, em episódios lamentáveis da história, inclusive da brasileira, como apon-

mico do que as democracias; b) as democracias não são produzidas pelo desenvolvimento de ditaduras; c) o nível de desenvolvimento econômico tem um efeito bastante forte sobre a probabilidade de sobrevivência da democracia; d) democracias podem sobreviver em países pobres, caso gerem crescimento econômico com uma taxa de inflação moderada; e) inflação ameaça a estabilidade democrática; f) a democracia está muito mais propensa a sobreviver em países nos quais o nível de desigualdade é declinante ao longo do tempo; g) as condições internacionais predizem a sobrevivência de um regime melhor do que o nível de desenvolvimento; h) democracias não são iguais, já que sistemas de representação, arranjos para a divisão e supervisão de poderes e métodos de organização de interesses, assim como doutrinas legais e direitos e obrigações associados à cidadania, podem variar substancialmente entre regimes genericamente conhecidos como democráticos; i) democracias parlamentaristas podem se mostrar mais duráveis do que as presidencialistas, porque, nas segundas, as apostas são mais altas, devido ao fato de que uma disputa presidencial não tem mais do que um único vencedor, e, além disso, há certa propensão a uma paralisia do legislativo; j) países que tiveram monarquias, mas não experimentaram nenhuma revolução, transferiram a responsabilidade governamental da coroa para o parlamento, acabando por gerar sistemas parlamentaristas; k) países nos quais a monarquia foi abolida e colônias que se rebelaram contra os poderes monárquicos substituíram os monarcas por presidentes; l) países que emergiram da dominação colonial após a Segunda Guerra Mundial, tipicamente, herdaram o parlamentarismo de seus colonizadores, mas, quando a democracia caiu, instituíram logo o presidencialismo; m) ditaduras que se democratizam tendem a fazer opção pelo presidencialismo.

⁵ Michels (2001), em passagem magistral, cunhada no início do século passado, dotada não só de atualidade reluzente, mas também de comovente angústia, revela que: “As correntes democráticas, ao longo da história, fazem lembrar a rebentação contínua das ondas. Quebram sempre no momento em que se enrolam e se abatem com fragor. Mas renascem sempre.

ta Sanways (2011), a ponto até mesmo de termos experimentado o gosto amargo da “legitimação” de uma ditadura justamente na “defesa” da própria democracia⁶, para o cidadão de bem, a maioria do mundo, segue sendo a democracia *the only game in town*⁷ (LINZ; STEPAN apud MOISÉS, 2010), ou, como indica Dahl (2001, p. 74), um jogo bem melhor do que qualquer outra alternativa viável.

Para Dahl (2001), mesmo nos países em que a democracia parecia eternizada, alguns observadores sustentavam que ela “estava em crise ou, no mínimo, gravemente distorcida pela redução na confiança dos cidadãos de que os líderes eleitos, os partidos políticos e os funcionários dos governos conseguiriam ou realmente tratariam corretamente ou pelo menos teriam algum sucesso em questões como o persistente desemprego, os programas de bem-estar, a imigração, os impostos e a corrupção” (DAHL, 2001, p. 11-12).

O espectáculo que oferecem contém ao mesmo tempo factores de encorajamento e desespero. Logo que a democracia atinge um certo estágio de desenvolvimento, inicia-se um processo de degeneração, adopta um espírito aristocrático, em que parte adquire também formas aristocráticas e torna-se idêntica àquilo que em tempos procurara combater. É então que do seu próprio seio levantam as vozes que a acusam dos privilégios oligárquicos. Mas depois de um período de combates gloriosos e de um período de participação cinzenta na dominação, também estes antigos acusadores acabam por se dissolver na classe dominante. E contudo, contra eles levantam-se uma vez mais novos combatentes pela liberdade empunhando a bandeira da democracia. E não encontra fim este drama que ferozmente se desenrola entre o incansável idealismo dos mais jovens e a incurável sede de poder dos mais velhos. Sempre novas ondas a rugir no mesmo ponto de rebentação. É esta a marca mais profunda e mais característica da história dos partidos políticos” (MICHELS, 2001, p. 429-430).

⁶ No interessante estudo, o historiador aborda, por meio de uma virtuosa colaboração entre Teoria Política e História Política, a correlação entre ditadura e democracia na realidade brasileira vivenciada no período autoritário de 1964 a 1985, iniciado com o Golpe de 1964.

⁷ A engenhosa expressão, da lavra de Linz e Stepan, foi recolhida do texto de Moisés (2010, p. 84).

Shapiro (2006)⁸ rebate tais observações para dizer que a prova maior de que a democracia está viva e permanece como indispensável componente da legitimidade política está no fato de que governos das mais diversas colorações ideológicas, em todos os cantos do mundo, tentam se cobrir com ela.

Pedicone de Valls (2001), forte em Laski, sustenta que a democracia não é meramente uma forma de governo, mas também um modo de vida e, com apoio em De Parga, que a democracia é, hoje, uma filosofia, um modo de viver, uma religião e quase acessoriamente uma forma de governo. Segundo a autora:

“La democracia como forma de gobierno está inmersa en una configuración más amplia: la democracia como modo de vida. Por esta razón, no debe ser identificada exclusivamente con el gobierno, ya que involucra, además, cualquier organización humana, desde el Estado hasta la sociedad misma: una forma de vida afianzada por la comprensión, la cooperación y la solidaridad de todos los hombres que pretenden realizar su destino dentro de esta forma política de ser. Es la creencia que tiene un pueblo acerca de cuál es la mejor manera de conducir su conveniencia y progresar en paz y armonía” (PEDICONE DE VALLS, 2001, p. 51-52).

⁸ Para o autor: “Os aspirantes à liderança política podem ser progressistas ou conservadores, meritocratas ou igualitaristas, nacionalistas ou cosmopolitas, multiculturalistas ou defensores de uma cultura única. É muito mais difícil para eles opor-se abertamente à democracia – o que raramente acontece – do que adotar qualquer uma dessas posições. Podem atacar as deturpações ou desvios da democracia, ou afirmar que determinado sistema de representação democrática é injusto. Podem discutir a respeito do significado da democracia e das instituições que ela exige. Podem até tentar defender a tese de que seu país ‘ainda’ não está preparado para a democracia – reconhecendo-lhe a legitimidade no mesmo momento em que se esquivam dela. No mundo contemporâneo, portanto, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável” (SHAPIRO, 2006, p. 245).

Seja para assegurar o seu apogeu, seja para zelar por sua preservação, como será a seguir demonstrado, é forçoso tratar bem a oposição.

2.2 Oposição

O fenômeno da oposição, de marcada relevância para a operacionalização plena da fórmula democrática, é tema que tem merecido pouca atenção da comunidade jurídica e quase nenhum tratamento legislativo digno de efusivo aplauso.

A Constituição da República Federativa do Brasil não trata do assunto expressamente⁹. Algumas constituições o fazem, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976, após a V Revisão Constitucional (art. 114/2), da Constituição da Colômbia (art. 112, modificado pelo Ato Legislativo nº 1, de 2003), de 1991, e da Constituição do Equador (art. 117).¹⁰

⁹ Não obstante, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trata indiretamente da oposição em alguns dispositivos relacionados à organização do Poder Legislativo: princípio da maioria (art. 47); competência do Congresso (art. 49, X); prerrogativas parlamentares (art. 53); instituição de comissões (art. 58, §§ 1º e 4º); composição do Conselho da República (art. 89, IV); medidas de exceção (art. 140). No âmbito parlamentar, os regimentos internos das Casas Legislativas instituem a figura do líder da minoria e reconhecem a atuação do Bloco Parlamentar da Minoria junto com o Bloco Parlamentar da Maioria (EMERIQUE, 2006, p. 19).

¹⁰ Confirmam-se os textos constitucionais invocados: a) Constituição portuguesa de 1976, art. 114/2: “É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei”; b) Constituição colombiana, de 1991, art. 112 (modificado pelo Ato Legislativo nº 1/03: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores, la réplica en los mismos medios de comunicación. Los partidos y movimientos minoritarios con personería

Emerique (2006) fez exame detalhado, em diversas Constituições, sobre o reconhecimento do direito de oposição e chegou, entre outras, às seguintes conclusões: a) a ordem democrática e o pluralismo sociopolítico concretizam-se, em parte, no direito de oposição; b) o direito não se coaduna com uma oposição antissistema, porque a legitimidade do seu exercício depende de uma atmosfera democrática e isso afasta qualquer modalidade de oposição cuja atuação seja contrária às decisões fundamentais consignadas na ordem constitucional; c) o direito visa a garantir o livre exercício de suas características, a saber, a crítica, a fiscalização e a alternância política; d) o direito não tem a sua titularidade restrita aos partidos políticos nem pode ser estritamente caracterizado como oposição parlamentar (EMERIQUE, 2006, p. 17).

No direito brasileiro, destaca-se, sobranceira, a obra de Caggiano (1995), para quem:

“A ideia de oposição, pois, foi cunhada a partir da experiência britânica, e nesse ambiente passou a sensibilizar os teóricos, em razão até do sistema político praticado, pautado na fórmula da alternância no poder, rotulada por Finer de ‘política de adversários’, porquanto em seu bojo exsurge de contornos mais nítidos o bloco da oposição e a relação de adversidade que se estabelece entre governo e oposição. Ali, resume a pena de Finer, a ideia de oposição, oriunda da constatação de que ‘a responsabilidade política não pode ser dividida ou compartilhada’, afigurava-se ‘útil e fecunda’ (1975:13). Isto porque a par de valorizar a linha crítica, impunha

jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria reglamentará la materia”; c) Constituição equatoriana, de 1998, art. 117: “ Los partidos y movimientos políticos que no participen del gobierno, tendrán plenas garantías para ejercer, dentro de la Constitución y la ley, una oposición crítica, y proponer alternativas sobre políticas gubernamentales. La ley regulará este derecho”.

à oposição uma postura responsável diante da perspectiva sempre presente de assumir o poder” (CAGGIANO, 1995, p. 15).

Para a especialista, o ambiente parlamentarista revela-se mais adequado à atuação oposicionista, quer sob o perfil bipartidário, quer multipartidário, sendo verdade que, numa textura de bipolaridade de forças, a par da robustez de que passa a se revestir a sua atuação – operando num bloco homogêneo e, por isso mesmo, mais potente – é-lhe atribuída também responsabilidade no tocante às propostas que oferece. O conceito de oposição, então, supera a ideia original (já desgastada!) de simples dissensão e, tanto no plano parlamentar como no extraparlamentar, assume o caráter de oposição responsável, a lhe impor o dever de contar com programas exequíveis, compatíveis com o quadro fático e a expectativa popular (CAGGIANO, 1995, p. 156).

No ambiente presidencialista, prossegue a autora, os ingredientes da receita, em especial a fórmula utilizada para fixar o regime das inter-relações que se estabelecem entre os poderes, asseguram um teor mais elevado à atuação da oposição, principalmente por privilegiar o funcionamento do sistema de controles recíprocos (*checks and balances*) a que se referiam os teóricos responsáveis por sua idealização. É de se notar, por exemplo, no figurino americano, que elementos indispensáveis à convivência com a oposição, com destaque para o fator *mutual trust*, se alinham a um sistema próprio de partidos – um bipartidarismo fático a autorizar o jogo da alternância – e ao exercício limitado do poder político, que se traduzem em elementos condicionadores do fenômeno (CAGGIANO, 1995, p. 163).

Emerique (2006), por sua vez, sustenta que a oposição política é direito fundamental e elemento chave para a construção do Estado Democrático de Direito, operando na concretização da democracia, da cidadania e do pluralismo político. Em um

sentido minimamente consensual, revela a autora que “oposição indica o conjunto de forças sociais que se contrapõem a atuação de um regime ou governo e lutam contra ele de forma não violenta, impugnando sua conduta por razões de conveniência ou legalidade”. Diz, ainda, que “a ideia de oposição caracteriza-se por um tipo de conduta ou comportamento político cuja formalização nas instituições e nos sistemas políticos ocorre com o desenvolvimento do parlamentarismo e dos partidos políticos” (EMERIQUE, 1995, p. 1).

Segundo a pesquisadora, “a primeira e mais habitual referência doutrinária relacionada ao desempenho institucional da oposição diz respeito à fiscalização e controle permanente e legal do governo, exercida enquanto minoria política, tanto no âmbito parlamentar, onde é canalizada de maneira mais intensa, como também em outras instâncias sociais, sobretudo aquelas associadas à formação da opinião pública” (EMERIQUE, 1995, p. 13). Para Emerique (1995), “a existência de oposição levou as forças políticas que perderam as eleições a aceitarem a derrota e a participarem das instituições democráticas, visto que perdura a competição pelo poder”. A perspicaz observação conecta-se claramente com o exímio raciocínio de González (2003), para quem a aceitação da derrota nada mais é do que a essência da democracia. Afirma o autor espanhol, político maduro e experiente:

“Comparto con un amigo, profesor en la Universidad de Nueva York, de origen polaco, Adam Przeworski, mi convicción profunda de que lo que define la democracia es la aceptabilidad de la derrota. La aceptabilidad de la victoria es facilísima. Todo el mundo está dispuesto a aceptar la victoria en un sistema democrático o no democrático. Sin embargo, no sucede así con la aceptabilidad – no la aceptación, que es un momento – de la derrota con carácter previo y posterior al momento incierto, que

es esencial para la democracia, en el que el ciudadano vota entre una, dos, tres o cuatro alternativas entregando su soberanía individual en manos de líderes y grupos políticos determinados. La aceptabilidad *ex ante* y *ex post* de la derrota es lo que define a un sistema democrático maduro” (GONZÁLEZ, 2003, p. 14).

Ao tratar do perfil da oposição, suas formas de expressão e estratégias de ação, Caggiano (1995) explicita que, “elemento catalisador dos regimes democráticos, a oposição emerge adequadamente ambientada às sociedades pluralistas, que erigem o direito de participação política ao rol dos denominados direitos do cidadão” (CAGGIANO, 1995, p. 76-119). E lança luzes de importância sobre os seguintes institutos: (i) partidos políticos; (ii) grupos e movimentos; (iii) instrumentos da democracia semidireta; e (iv) *writs* constitucionais.

Interessa-nos, sobremaneira, uma vez que focada a questão da alternância, realçar a importância dos partidos políticos como atores da oposição (sem prejuízo de outros), a exemplo dos movimentos sociais, partidos que são tidos, por alguns, a exemplo de Seiler (2000, p. 5), como “os mal amados da democracia”.

Em matéria de partidos políticos, altamente relevante é a abordagem de Michels (2001), para quem, entre os obstáculos à efetivação da democracia, está a questão de que “a democracia conduz à oligarquia”. Segundo o autor alemão, a democracia, como movimento e universo de ideias, atravessa hoje uma crise de que não conseguirá sair intacta porque “está confrontada com limitações e barreiras que não se erguem apenas à sua frente, mas dentro de si mesma e só até certo ponto tem condições para as ultrapassar”. Sendo assim, também os partidos políticos estão em xeque (MICHELS, 2001, p. 8-10).

Carvalho (1990) revela que, historicamente, razões doutrinárias sempre foram opostas aos partidos políticos, em nome

mesmo da proteção à democracia e da proteção aos direitos dos cidadãos. Para o saudoso autor, “a crítica até hoje persiste, sendo que uma boa parte dela se origina da tendência autocrática e oligárquica que caracterizaria a estrutura interna dos partidos políticos” (CARVALHO, 1990, p. 15-16). Lembra-nos, inclusive, que Napoleão em pessoa teria dito que governar por um partido é colocar-se, cedo ou tarde, sob sua dependência.

Contudo, gostemos ou não do seu funcionamento no mundo fenomênico contemporâneo, chega a ser inimaginável a fórmula democrática à minguia de partidos políticos. É como erguer majestosa estrutura sem vocacionada infraestrutura.

Duverger (1987)¹¹, imbatível no assunto em desate, ao tratar da escolha dos dirigentes dos partidos, confirma a existência de uma tendência autocrática no funcio-

¹¹ Ao concluir a sua obra, o autor chega a dizer, com bastante realismo, que: “Os adversários do regime dos partidos encontrarão muitos argumentos neste trabalho. A organização dos partidos políticos, certamente, não se conforma à ortodoxia democrática. A respectiva estrutura interna é, essencialmente, autocrática e oligárquica; os chefes não são, de fato, designados pelos adeptos, apesar da aparência, mas cooptados ou nomeados pelo centro; tendem a formar uma classe dirigente, isolada dos militantes, casta mais ou menos fechada sobre si mesma. Na medida em que são eleitos, a oligarquia partidária amplia-se, mas não se transforma em democracia, pois a eleição é feita pelos adeptos, que são uma minoria em relação aos que dão seus votos ao partido, quando das eleições gerais. Ora, os parlamentares estão cada vez mais sujeitos à autoridade dos dirigentes internos; isso significa que a massa dos eleitores é dominada pelo grupo menos numeroso dos adeptos e dos militantes, subordinando-se este, por sua vez, aos organismos diretores. Tem-se de ir mais longe: se se admitir que os partidos sejam dirigidos pelos parlamentares, torna-se-lhes ilusório o caráter democrático, porque as próprias eleições traduzem muito mal a verdadeira índole da opinião. Os partidos tanto criam a opinião quanto a representam; formam-na pela propaganda; impõem-lhe um quadro pré-fabricado; o sistema de partido não é só o reflexo da opinião pública, mas a consequência de elementos externos e técnicos (conforme seja a modalidade de escrutínio) que a ela se impõem. O sistema de partidos é menos uma fotografia da opinião do que a opinião é uma projeção do sistema de partidos” (DUVERGER, 1987, p. 555-456).

namento das células partidárias. Diz que uma verdadeira “classe de chefes”, mais ou menos fechada, ou seja, “um círculo interior de difícil acesso”, se instala na direção dos partidos e erode, a mais não poder, seu funcionamento ideal. Contudo, para o autor de prestígio universal, não seria satisfatório sustentar um regime sem partidos, mesmo porque até partidos totalitários contribuem para a existência da democracia. Conclui, com admirável tirocínio, que a democracia não está ameaçada pelo regime dos partidos, mas sim pelo rumo contemporâneo das suas estruturas internas. O perigo, para o culto francês, não está na própria existência dos partidos, mas na índole autoritária da qual podem se revestir (DUVERGER, 1987, p. 188).¹²

Seiler (2000) não discorda da conclusão do conterrâneo Duverger (1987). Assinala que o fenômeno partidário é totalmente inevitável porque “os partidos políticos constituem a condição *sine qua non* do funcionamento representativo”; e também porque o fenômeno partidário chega a ser um fato social, “constatação cheia de consequências, pois, se ocorresse de a ‘crise dos partidos’ ser uma verdade não jornalística,

¹² Duverger (1987), em passagem magistral, aponta que: “O verdadeiro meio de defender a democracia contra as toxinas que ela mesmo segrega, pelo seu próprio desenvolvimento, não consiste em amputá-las das técnicas modernas de enquadramento das massas e de seleção dos quadros – cirurgia que a reduziria a uma forma vazia, a uma aparência ilusória – mas em canalizá-las para seu próprio uso, pois são, em definitivo, ferramentas, talvez capazes tanto do melhor quanto do pior, como as línguas do velho Esopo. E recusá-las equivale a recusar-se a atuar. Se fosse verdade que a democracia é incompatível com elas, ter-se-ia de concluir que a democracia é incompatível com as condições de nossa época. Todos os discursos sobre os benefícios do artesanato e os malefícios da grande indústria não obstam que a era artesanal esteja encerrada e vivamos na era da produção em série: todas as saudades dos partidos de quadros do século XIX, individualistas e centralizados, mais os anátemas contra os partidos maciços atuais, centralizados e disciplinados, não impedem que só os segundos é que correspondem à estrutura das sociedades contemporâneas” (DUVERGER, 1987, p. 460).

isso significaria que ela seria o revelador de uma crise bem mais profunda e bem mais vasta: crise da sociedade civil e crise da sociedade global” (SEILER, 2000, p. 6, 156).¹³

Caggiano (2011), em síntese magistral, com a qual concordamos, aduz que não se pode imputar aos partidos políticos as mazelas, vicissitudes e crises da democracia e que “a sociedade contemporânea mudou e a complexidade que a qualifica, hoje, importa numa mutação até mesmo da ideia de povo que não mais deve ser compreendido como um bloco concentrado e monocolor, mas como uma série – uma soma – de interesses e situações específicas e em constante evolução”. Segundo a notável professora, “há, pois, uma profunda alteração da expectativa em relação a uma ‘boa representação política’” e, para tanto, “impõe-se a constante interface entre o poder e a sociedade”, o que deverá ser, na sua ótica, “o lema do futuro partido, se este estiver disposto a permanecer no cenário que envolve o poder e a luta pela sua conquista” (CAGGIANO, 2011, p. 567, 570).¹⁴

¹³ Para o autor francês: “Toda vez que, na história, morre uma democracia liberal, sob os golpes de alguns militares fanfarrões ou daqueles dos poucos guerrilheiros padecendo do mal rousseauiano, a primeira decisão dos novos senhores é abolir os partidos para uns, o pluralismo para outros. Muitas vezes, quando é visível que têm pouca respeitabilidade burguesa, eles se apressam em criar simulacros de partidos: crueldades pseudomodernizadoras ou correias de transmissão no cerne de uma Frente. Em compensação, a partir do momento em que surgem alguns botões anunciadores de uma primavera democrática, que perfuram a camada glacial do totalitarismo ou da ditadura, temos sob os olhos uma floração de partidos políticos. Foram vistos florescendo em Budapeste em 1956, em Praga em 1968 e, em seguida, em Lisboa, Atenas, Madri, Varsóvia e no conjunto da falecida esplanada soviética” (SEILER, 2000, p. 6).

¹⁴ Arremata a autora que, “considerando que o veredito das urnas não mais desponta como único fator de legitimação do poder, cabe ao partido do século XXI demonstrar sua aptidão de manter a função de agente que concorre para a formação da vontade política, adaptando-se às imposições de uma sociedade que prestigia e persegue o aprimoramento democrático, uma tarefa extremamente exigente” (CAGGIANO, 2011, p. 571).

Com ou sem partidos políticos, mesmo se isso fosse possível (e, como se viu, não é), o fenômeno da oposição política, exercitado por todas as vias, é, justamente, o coração da democracia, porque qualifica e encorpa a sua base de sustentação, a saber, a liberdade substancial.

A primorosa ideia segundo a qual os problemas e dilemas da democracia se resolvem com mais e mais democracia passa pela compreensão de democracia real, ou seja, aquela que confia na oposição e dela depende.

2.3 Alternância

Entreabertas as esferas da democracia e da oposição, impende aquilatar, doravante, se o princípio da alternância faz mesmo parte da engenhosa equação que, de maneira justa, endeusa a liberdade.

A nosso sentir, a ideia de alternância não é produto original de mentes contemporâneas. Pelo menos numa visão prefacial, talvez rudimentar e um tanto quanto imperfeita, do ponto de vista dogmático, a alternância já estava presente nas preocupações dos estudiosos das fórmulas democráticas incipientes.

Aristóteles (1998) já se referia à igualdade na “alternância do mando e da obediência” como o “primeiro atributo da liberdade que os democratas colocam como fundamento e como fim da democracia”. Entre as máximas democráticas (em número de doze) concebidas por seu poderoso intelecto, estavam, justamente, as de que: (i) a mesma magistratura não deve ser conferida mais de uma vez à mesma pessoa, ou pelo menos que isso aconteça raramente e para pouquíssimos cargos; (ii) todos os cargos devem ser de curta duração, ou pelo menos aqueles em que essa breve duração for conveniente; (iii) todos devem passar pela judicatura, independentemente da classe a que pertençam, e ter poder para julgar sobre todos os casos em qualquer matéria, mesmo as causas da mais alta importância para o Estado; (iv) não se deve

tolerar nenhuma magistratura perpétua. Para ele, o princípio no qual se baseiam é “o direito que retiram da igualdade numérica” e “quanto mais longe se levar essa igualdade, mais a democracia será pronunciada” (ARISTÓTELES, 1998, p. 177-179).

No mundo contemporâneo, a noção de oposição entre órgãos de poder é visível na doutrina da separação de poderes, mas, como elemento da ordem jurídica, segundo Caggiano (1995, p. 21), passou a merecer especial atenção e particular tratamento a partir da matriz parlamentarista britânica, desenvolvendo-se, numa manifestação de maturidade política, quase concomitantemente às próprias instituições do sistema. Em um primeiro plano, o próprio Parlamento era tido como força de oposição à supremacia do poder real, mas, ao longo do tempo, a oposição deixou de ser simples antítese em relação ao monarca ou à maioria parlamentar, para assumir tons e nuances diferenciadas e desempenhar distintos papéis, entre os quais o construtivo, concernente à construção de uma proposta alternativa aos objetivos programáticos da maioria. Estava divisada, assim, a importância da ferramenta da alternância.

Sobre a dinâmica correlação oposição-alternância, ensina Caggiano (1995), forte em De Vergottini, que:

“Da noção de *oposição construtiva* avulta inconfundível a *alternância* como elemento integrante desse quadro. Até aí, no entanto, a alternância era concebida em seu sentido estrito, isto é, como expectativa de rotatividade das forças políticas no polo da decisão – alternância de maiorias e, portanto, sempre no âmbito do Parlamento. Restava inexplorada, ainda, a expectativa de alternância a envolver forças políticas extraparlamentares e, evidentemente, aquela a que se propõe a oposição que opera numa linha anticonstitucional” (CAGGIANO, 1995, p. 21).

A alternância, pois, faz parte de um todo harmonizado e, de acordo com Caggiano

(1995, p. 74), por isso supõe: a) pluralidade partidária; b) regular realização de pleitos eletivos; e c) respeitoso desempenho oposicionista.

Quanto ao item “a”, acrescenta a autora que “não há, contudo, como refutar o plano propício à expressão oposicionista consagrado pelo sistema bipartidário, receita que melhor atende à imposição da alternância” (CAGGIANO, 1995, p. 78). Lembra Caggiano (1995)¹⁵ que o bipartidarismo acaba instaurando um sistema de oposição que gira basicamente em torno do Parlamento e, quando acoplado às técnicas majoritárias, de turno único, introduz a política de adversários, envolvendo o elemento alternância, na sua versão absoluta. Ensina a preclara autora que, mesmo no presidencialismo, a oposição se acomoda melhor ao quadro bipartidário ou de bipolarização de forças políticas, podendo, nesse esquema, desempenhar com mais rigor suas tarefas, a par da responsabilidade que se lhe atribui pelas posições e programas que adota. E assim é porque, sob a sua ótica, “o cenário bipartidário tem o condão de estimular a alternância, outro elemento que privilegia a oposição” (CAGGIANO, 1995, p. 163).

Em boa hora, Baptista (2003) relembra-nos que tudo isso é muito recente. Em meados do século XIX, Lincoln declarou que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, e, no século seguinte, Churchill afirmou que a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras. Só ao longo do século XX, a prática

¹⁵ Revela a ilustre publicista, com apoio em Quermonne: “Opera-se, aqui, uma completa inversão de papéis, entre o partido que abandona a posição de majoritário (governamental) – em razão de ter sido desprestigiado pelo corpo eleitoral – e a agremiação, até esse momento na oposição, que, por consagração das urnas, ascende ao poder. É o efeito da *adversary politics*, que repousa na segurança ‘que detém cada um dos partidos poderosos de conquistar, cada qual a seu turno, poder na sua plenitude, que junto à Casa Legislativa, quer no âmbito governamental’. Aquele, porém, a partir desse momento, assumirá as funções de oposição” (CAGGIANO, 1995, p. 78).

democrática foi aperfeiçoando vários de seus elementos fundamentais, entre os quais a alternância no poder.¹⁶

A comprovar que a fórmula da alternância está amalgamada com o fenômeno da oposição, Emerique (2006) assinala que, na condição de antipoder, as três principais interpretações do fenômeno da oposição são: a oposição como simples dissensão, a oposição como limite e a oposição como alternativa. Afirma ainda que “um papel decisivo da oposição política exerce-se sob a ótica de alternância no poder, isto é, consiste na busca e preparação para tornar-se maioria no pleito eleitoral subsequente”. E assim é porque “o processo democrático consolida-se através da alternância do poder e a oposição adquire mais consistência nos seus projetos à medida em que vislumbra reais condições de alcançar o poder pelas vias democráticas convencionais”. Sem alternância, prossegue, “a oposição pode perder de vista sua responsabilidade e se tornar ruidosa, mas sem plausibilidade no programa alternativo oferecido à sociedade” (EMERIQUE, 2006, p. 13-14).

À luz da rica realidade portuguesa, Canotilho (2003), ao tratar da correlação entre princípio democrático e sistema eleitoral, com algum apoio em Duverger (1987), debate a alternância no contexto do sistema majoritário. Para o autor lusitano, o sistema majoritário tem invocado: (i) formação de governos funcionais – porque o sistema não visa apenas ou fundamentalmente formar uma representação que “reproduza o povo”, mas sim possibilitar a formação de governos eficazes e estáveis; (ii) alternância do poder por meio do sistema bipartidário, dado que o sistema majoritário impossibilita, na prática, a formação de partidos pequenos, sendo um importante

¹⁶ Para o autor, além da alternância no poder, são elementos fundamentais da democracia, entre outros, o sufrágio universal, a possibilidade de oposição, a organização, o controle e o financiamento dos partidos, a liberdade de reunião e de expressão, a utilização da mídia e das pesquisas.

fator psicológico para evitar a pulverização partidária e favorecer o sistema bipartidário; (iii) robustecimento da oposição, pois o sistema majoritário possibilita uma clara separação entre governo e oposição, fortalecendo aquele e esta, sem necessidade de recurso a coligações frágeis (CANOTILHO, 2003, p. 307-308).

Assim compreendemos a alternância como um dispositivo a serviço da oposição, pronto a entrar em ação quando movimentada a gangorra do equilíbrio democrático.

Note-se bem: a alternância não é propriamente um princípio fundante da democracia, mas sim elemento integrante (e vital!) da oposição. Assim, pode haver oposição sem alternância, quando a oposição é fraca ou mesmo quando o povo está satisfeito com a situação. Também pode haver, em tese, democracia sem alternância, embora, em tal contexto, a tendência seja a de desnaturação progressiva da primeira, de sua convocação de democracia real em formal. O que não pode haver, absolutamente, é democracia sem oposição. Isto, sim, parece inegociável.

O ideal, intuitivo supor, é democracia (real) com oposição (construtiva). E oposição (construtiva) com alternância substancial, esta última entendida não como aquela que propõe trocas formais, de personagens e pessoas por pessoas e personagens do mesmo grupo de interesses, mas que consubstancie, a serviço do titular do poder, o povo, a revisão real do quadro político e, com isso, se preste a redefinir, para qualquer dos lados, os rumos da nação.

Por isso, talvez seja mais rentável conectar, do ponto de vista doutrinário, o princípio da alternância não com a democracia propriamente dita, mas sim com os valores republicanos.

No quadro ora divisado, um interessante ponto de conexão com a alternância diz respeito à possibilidade de reeleição para determinados cargos públicos.

Caggiano (2004) lembra que a regra da não reelegibilidade para cargos do Executi-

vo é obsequiosa do *standard* da alternância e tem “a virtude de afastar o continuísmo e a deterioração do polo do poder por força da ação corrosiva de sua concentração nas mãos de um grupo ou de um só homem por um longo período” (CAGGIANO, 2004, p. 116).

Todavia, a questão da alternância merece pesquisa tanto em relação aos cargos do Executivo quanto do Legislativo, construídos em realidades substancialmente distintas.

Até pouco tempo, a questão da alternância para cargos do Legislativo não despertava significativas discussões. Não havia insatisfação social com a fórmula, aparentemente democrática, da reelegibilidade plena, total e irrestrita, quase infinita. Afinal, sempre se entendeu, sem maiores traumas, que a soberana vontade do eleitor não pode ser obstaculizada por mecanismos artificiais e, além disso, a estabilidade da lei, requisito da boa ordem jurídica e democrática, deveria estar conectada, naturalmente, com a estabilidade do Legislativo e do (bom) legislador.

Contudo, mais recentemente, vislumbrando-se a baixa taxa de renovação das Casas Legislativas como fator responsável por um funcionamento menos eficiente e respeitoso dos valores republicanos, a possibilidade de eleições consecutivas ilimitadas passou a despertar a curiosidade e também a repulsa de parte da população.

Começam a surgir, então, aqui e alhures, alguns movimentos de ordem política e social com o objetivo de limitar a reeleição para Deputados e Senadores. Confira-se a boa síntese, baseada inclusive em dados estatísticos da taxa de renovação e em alguns depoimentos, externada pelo *site Redação News* em 19 de setembro de 2011:

“A proposta de limitar as reeleições sucessivas de deputados federais e senadores desagradou a maior parte dos que hoje ocupam os cargos. Entre os parlamentares, corre a tese de que não deve haver barreiras legais

ao mandato, devendo a vontade do eleitor ser o único critério para a recondução dos políticos.

A polêmica cresceu depois que os militantes do PT aprovaram, no seu congresso nacional, uma mudança no estatuto para impedir que vereadores e deputados petistas assumam mais do que três mandatos consecutivos e senadores, mais do que dois.

A proposta causa arrepios até mesmo em parlamentares do PT, que trataram de bombardear a iniciativa. Mas é no Senado, Casa reconhecida pela longevidade de seus membros, que o assunto gera mais controvérsias. Somente 33 dos 81 senadores estrearam no mandato em 2009 – uma renovação de pouco mais de 40%. A maioria dos mandatários está na função há pelo menos duas legislaturas. Na Câmara, as eleições de 2010 promoveram a troca de 238 dos seus 513 integrantes – renovação de 46%. Grande parcela dos deputados ocupa a cadeira há pelo menos dois mandatos.

No PT, o principal defensor do dispositivo que proíbe parlamentares de se perpetuarem é o deputado federal Reginaldo Lopes. A limitação dos mandatos, na visão dele, faz parte de uma proposta de reforma política que requer o sistema de votação em listas fechadas e o financiamento público de campanha. ‘A limitação dos mandatos é uma forma de garantir que as agremiações troquem os nomes que vão fazer parte da lista’. Ele sabe, porém, que a iniciativa dificilmente germinará em outras siglas. ‘Vou apresentar um projeto de lei, mas o PT tem que dar exemplo’.

Já o líder do PT no Senado, Humberto Costa, considera que ‘a determinação do partido não pode ser maior que a vontade do eleitor’. Para ele, a vedação a sucessivas reeleições tem a alternância como ponto positivo, ‘mas

não se pode impedir a continuidade de um bom trabalho’” (REDAÇÃO NEWS, 2011).

No âmbito do Poder Executivo, também é rica e até mais avançada a questão.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho 1997, alterou a tradição histórica do direito constitucional brasileiro e possibilitou a reeleição para Presidente, Governador e Prefeito. Até então, jamais o sistema político-constitucional brasileiro admitira tal possibilidade. Segundo Moraes (2003, p. 549), “tal tradição em nosso ordenamento constitucional visava não só afastar o perigo da perpetuidade da mesma pessoa na Chefia da Nação, por meio de sucessivos mandatos, mas também evitar o uso da máquina administrativa por parte do Chefe do Executivo, na busca de novos mandatos”.

No contexto norte-americano, é permitida uma reeleição e nada mais. Quem se reelege para a Chefia do Executivo não pode se eleger mais ao mesmo cargo, mesmo que se verifique grande lapso temporal.

No Brasil, diferentemente, desde que haja o intervalo de um mandato, nada impede que um Presidente reeleito, por exemplo, se eleja presidente outras vezes mais, tempos depois. Nada obsta assim, por exemplo, que, nas próximas eleições presidenciais (2014), surjam como (longevos) candidatos rivais Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva.

A própria Justiça Eleitoral, por seu órgão de cúpula, o Tribunal Superior Eleitoral, e mesmo o Supremo Tribunal Federal, dado o envolvimento de matéria constitucional-eleitoral, a atrair sua competência jurisdicional constitucionalmente assegurada, têm ferido o tema da alternância, ainda que de maneira periférica.

Desde que assegurada a reeleição para a Chefia do Executivo, nos três níveis federados, foram proferidos inúmeros julgados sobre uso da máquina pública, desincompatibilização, eleição de parentes, etc.

Entre as inúmeras matérias solucionadas ou em vias de julgamento, está uma

recente questão, deveras interessante, conhecida no meio eleitoral como o caso do “Prefeito itinerante”.

Pela compreensão atual, prevalente no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, um prefeito reeleito por um Município não pode concorrer a um terceiro mandato consecutivo, mesmo que em Município diverso. Em algumas localidades, muitas delas pequenas, prefeitos de fama e prestígio supramunicipais mudaram-se para Municípios próximos, deslocando os domicílios eleitorais, no curso do segundo mandato e lá, no novo domicílio (Município), buscaram e conseguiram, com o aval das urnas, uma terceira eleição. Houve isso, por exemplo, em Porto de Pedras/AL, Campo Maior/PI, Luzilândia/PI, São Luís do Quitunde/AL, Tefé/AM e Valença/RJ.

A posição dominante na jurisprudência do TSE, consagrada a partir do Recurso Especial Eleitoral nº 32.507, oriundo de Porto de Pedras/AL, Rel. Min. Eros Grau, publicado na sessão de 17/12/2008, é a de que tal procedimento configura fraude ao espírito da Constituição Federal, caracterizando o “desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5º do artigo 14 da CB”.¹⁷

Ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 32.539, de Palmeira dos Índios/AL, que teve como redator para o acórdão o Min. Carlos Ayres Britto, publicado na sessão de 17/12/2008, o Tribunal Superior Eleitoral não só manteve o entendimento antes

firmado, mas foi além para estabelecer correlação entre o princípio da alternância e o princípio republicano.¹⁸

A preocupação em barrar o terceiro mandato consecutivo de Prefeito, ainda que em Município diverso, é tanta, que, mais recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral se deparou com um caso inusitado, curiosamente chamado de o caso da “família itinerante”, a saber, o Recurso Especial Eleitoral nº 5433805, de Landri Sales/PI, Rel. Min. Arnaldo Versiani, com acórdão publicado em 26/6/2012¹⁹. Noticiam os autos que o filho de Prefeita reeleita teve a sua candidatura a Prefeito, em Município diverso, barrada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE/PI) para que não houvesse a perpetuação de um mesmo núcleo familiar,

¹⁸ Confira-se a didática ementa do julgado: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. MUDANÇA DE DOMICÍLIO ELEITORAL. “PREFEITO ITINERANTE”. EXERCÍCIO CONSECUTIVO DE MAIS DE DOIS MANDATOS DE CHEFIA DO EXECUTIVO EM MUNICÍPIOS DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. INDEVIDA PERPETUAÇÃO NO PODER. OFENSA AOS §§ 5º E 6º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO TSE. Não se pode, mediante a prática de ato formalmente lícito (mudança de domicílio eleitoral), alcançar finalidades incompatíveis com a Constituição: a perpetuação no poder e o apoderamento de unidades federadas para a formação de clãs políticos ou hegemonias familiares. O princípio republicano está a inspirar a seguinte interpretação basilar dos §§ 5º e 6º do art. 14 da Carta Política: somente é possível eleger-se para o cargo de “prefeito municipal” por duas vezes consecutivas. Após isso, apenas permite-se, respeitado o prazo de desincompatibilização de 6 meses, a candidatura a “outro cargo”, ou seja, a mandato legislativo, ou aos cargos de Governador de Estado ou de Presidente da República; não mais de Prefeito Municipal, portanto. Nova orientação jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, firmada no Respe 32.507.

¹⁹ Confira-se a ementa do julgado: Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade por parentesco. – A inelegibilidade de candidato, nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 14 da Constituição Federal, porque já exercidos dois mandatos consecutivos, não acarreta a inelegibilidade de membro de sua família, candidato a cargo diverso, não obstante da mesma espécie (prefeito), em outro município, ainda que vizinho. Recurso especial provido. (Recurso Especial Eleitoral nº 5433805, Acórdão de 24/4/2012, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 120, Data 27/6/2012, Página 52).

¹⁷ Confira-se a ementa do célebre julgado:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REGISTRO CANDIDATURA. PREFEITO. CANDIDATO À REELEIÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO PARA OUTRO MUNICÍPIO. FRAUDE CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 5º DO ART. 14 DA CB. IMPROVIMENTO. 1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5º do artigo 14 da CB. 2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral. 3. Recurso a que se nega provimento.

com fraude (genérica!) à Constituição, que permite apenas uma reeleição. Felizmente, a nosso sentir, o Tribunal Superior Eleitoral reformou o acórdão recorrido e permitiu a candidatura, asseverando que já se estava passando dos limites em matéria de restrição à capacidade eleitoral passiva à mínima de disposição legal restritiva específica.

Diversos recursos extraordinários foram interpostos em face das decisões do Tribunal Superior Eleitoral na matéria original do “prefeito itinerante”. Paralelamente, os recorrentes manejaram ações cautelares para a suspensão dos acórdãos atacados e, conseqüentemente, para que pudessem exercer os mandatos para os quais foram eleitos em toda a sua plenitude. A maioria das cautelares intentadas não logrou êxito, mas, em uma delas, a saber, a AC nº 2.788, o eminente Min. Gilmar Mendes concedeu a liminar, publicada no DJe de 10/2/2011, para obstar os efeitos do acórdão do Tribunal Superior Eleitoral.²⁰

²⁰ Confira-se o teor parcial da liminar concedida pelo Min. Gilmar Mendes: DECISÃO: Vicente de Paula de Souza Guedes ajuíza ação cautelar com pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto nos autos do RESPE 41.980-06 e já admitido pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. (...) A petição inicial relata que o autor, após exercer dois mandatos consecutivos como Prefeito do Município de Rio das Flores-RJ, nos períodos 2001-2004 e 2005-2008, transferiu seu domicílio eleitoral e, atendendo às regras quanto à desincompatibilização, candidatou-se ao cargo de Prefeito do Município de Valença-RJ no pleito de 2008. Na época, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral era firme em considerar que, nessas hipóteses, não se haveria de cogitar da falta de condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 5º, da Constituição (reeleição), pois a candidatura se daria em município diverso. A candidatura sequer foi impugnada e, transcorrido um período de exitosa campanha, o autor saiu-se vitorioso no pleito. Ocorre que, em 17 de dezembro de 2008, já no período de diplomação, o TSE alterou sua jurisprudência e passou a considerar tal hipótese como vedada pelo art. 14, § 5º, da Constituição. Em razão dessa mudança jurisprudencial, o Ministério Público Eleitoral e a Coligação adversária naquele pleito impugnaram a expedição do diploma do autor, com fundamento no art. 262, I, do Código Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso e manteve o diploma do autor. Porém, no TSE, o recurso especial eleitoral foi julgado procedente por decisão monocrática do Ministro Félix

O processo principal (RE nº 637.485/RJ) foi recentemente julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º/8/2012, havendo a Corte Maior, com repercussão geral, fixado o entendimento no sentido da impossibilidade de eleição de Prefeito já reeleito, mesmo que para Município diverso (tese do Prefeito itinerante).

Ocorre que, na oportunidade, não obstante a fixação da tese, o Plenário decidiu expressamente pela eficácia prospectiva da decisão. Assim, a proibição não poderia incidir no pleito de 2008, tal como levado nos casos acima referidos, à vista da anterior jurisprudência sedimentada do Tribunal Superior Eleitoral em sentido contrário, em

Fischer. Contra essa decisão monocrática foi interposto agravo regimental, o qual foi negado pelo TSE. Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados. O recurso extraordinário ataca essa decisão e alega violação ao art. 14, §§ 5º e 6º, e ao art. 5º, *caput*, da Constituição. Tal recurso já foi admitido por decisão do Presidente do TSE, Min. Ricardo Lewandowski. Alega o autor que o entendimento do TSE está equivocado, pois, na aplicação do art. 14, § 5º, da Constituição, não leva em conta a distinção entre reeleição para o *mesmo cargo* e reeleição para *cargo de mesma natureza*, distinção esta que já está estabelecida na jurisprudência do STF, especificamente no RE 100.825, Rel. Min. Aldir Passarinho (DJ 7.12.1984), de onde se extrai o seguinte trecho: “(...) a inelegibilidade prevista na letra “a”, ainda do § 1º do art. 151, há de ser compreendida como descabendo a reeleição para o mesmo cargo que o candidato já vinha ocupando (...). Com este não pode ser confundido o cargo de Prefeito de um novo Município, pois aí, embora se trate de cargo de mesma natureza e resultante do antigo Município, é um outro cargo”. Esse entendimento, segundo o autor, também teria sido adotado pelo STF no julgamento do AI 531.089/AM, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Cita, ainda, a Consulta 706 do TSE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que demonstraria que o antigo entendimento do TSE é que estaria correto em face do que dispõem os §§ 5º e 6º do art. 14 da Constituição. (...) Decido. A análise sumária do caso apresentado nestes autos revela a presença dos pressupostos para a concessão da medida cautelar. (...) Ademais, impressiona o fato de o autor ter regularmente transferido seu domicílio eleitoral, ter-se desincompatibilizado, registrado sua candidatura e participado do período de campanha e de todo o pleito eleitoral, sem qualquer contestação ou impugnação por parte do Ministério Público Eleitoral ou de qualquer partido ou coligação. As regras do processo eleitoral vigentes à época, de acordo com a jurisprudência da Justiça Eleitoral amplamente aceita naquele período, davam ao

respeito ao princípio da segurança jurídica e ao próprio art. 16 da CF/88²¹.

autor plenas condições de elegibilidade. E, neste ponto, é importante enfatizar que as condições de elegibilidade são aferidas na data do registro da candidatura, conforme o entendimento pacificado na jurisprudência do TSE e positivado no atual § 1º do art. 11 da Lei nº 9.504/97 (redação conferida pela Lei nº 12.034/2009). Apenas a mudança ocorrida em antiga jurisprudência do TSE, já no período de diplomação, teria justificado o recurso, manejado pelo Ministério Público e pela coligação adversária, contra a expedição do diploma do autor. O quadro fático apresentado nestes autos está a revelar uma séria questão constitucional que envolve um princípio muito caro no Estado de Direito, que é a segurança jurídica. Parece extremamente plausível considerar, tal como o fez o autor, que mudanças jurisprudenciais ocorridas uma vez encerrado o pleito eleitoral não devam retroagir para atingir aqueles que dele participaram de forma regular (conforme a interpretação jurisprudencial das normas eleitorais vigentes à época do registro de sua candidatura) e nele se sagraram vitoriosos. Essas questões constitucionais devem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, o que justifica a cautela para assegurar o regular e efetivo julgamento do recurso extraordinário. (...) Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar e concedo o efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto nos autos do RESPE 41.980-06 e já admitido pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Em consequência, deverá ser suspenso o pleito eleitoral marcado para o próximo dia 6 de fevereiro de 2011 no Município de Valença-RJ, assegurando-se ao autor o exercício do mandato de Prefeito daquele Município, até o julgamento final do recurso extraordinário.

²¹ Confira-se a síntese da posição adotada pelo Relator, Min. Gilmar Mendes, acatada por maioria de votos, extraída das notícias do sítio do STF, *verbis*: “*Eficácia prospectiva* No caso concreto, o ministro Gilmar Mendes avaliou que apesar de ter entendido ser inelegível para o cargo de prefeito cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo da mesma natureza em município diverso, a decisão do TSE não pode retroagir para incidir sobre diploma regularmente concedido ao autor do RE, vencedor das eleições de 2008 para a prefeitura de Valença (RJ). Dessa forma, o relator entendeu que as decisões do TSE que no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento implicar mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto, somente terão eficácia sobre outros casos do pleito eleitoral posterior. Acompanharam o voto do relator a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Celso de Mello. Os ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio também deram provimento ao RE, porém, em maior extensão. *Divergência* Pelo desprovimento do recurso apresentado pelo prefeito de Valença, votaram os ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto” (grifo nosso).

Seja como for, estando o foco dos tribunais na correlação alternância-democracia ou na correlação alternância-república, o fato é que o princípio da alternância, em boa hora revigorado, passou a ter bastante relevância no cenário político contemporâneo, obsequioso daquilo que é bom e democraticamente justo.

Tem razão Bobbio (2010), então, quando enfatiza que o terceiro aspecto da democracia se refere à mobilidade da classe política; e que, por isso mesmo:

“Quando as classes políticas se cristalizam e não se renovam, quando não existem mais classes política em concorrência, encontramos-nos diante de um regime que é ou tende a se tornar aristocrático. Característica do regime democrático é a alternância das classes políticas no poder, sem que a mudança, mesmo radical, ocorra com derramamento de sangue” (BOBBIO, 2010, p. 25).

3. Conclusão

Por todo o exposto, ficou claro que não merece combate a feliz observação de Shapiro (2006) segundo a qual, “adequadamente interpretada e institucionalizada, a democracia apresenta-se como a grande esperança de que, ao longo do tempo, a verdade prevaleça no cenário político, os direitos humanos sejam respeitados e se preservem os elementos das tradições e das culturas fundamentais que mereçam ser preservadas”. Dito de outra forma, “a democracia tem mais condições que as alternativas existentes de trazer à luz um projeto iluminista adequadamente moderado, ao mesmo tempo que dá atenção aos temores daqueles que se identificam com as correntes subterrâneas do anti-Iluminismo” (SHAPIRO, 2006, p. 247).

Também está perfeito o raciocínio de Caggiano (1995, p. 53, 61, 71) quando assinala que “o fenômeno da oposição encontra sede fértil nos programas democráticos”. E

mais: “é elemento característico e distintivo das democracias”, porque, forte em Dahl (2001, 2002), quanto mais elevado for o grau de tolerância com a presença e a atuação da oposição, mais musculosa e eficaz será a democracia.

Emerique (2006) aponta, com exatidão, que a contínua preparação para se transformar em maioria nas próximas eleições movimenta a oposição “para um compromisso mais substancial com a sociedade e uma maior responsabilidade tanto ao criticar como ao oferecer respostas aos problemas enfrentados pelos governos”. Assim, arre-mata a autora, “ela cumpre o seu papel de configurar-se em uma autêntica alternativa para o eleitor” (EMERIQUE, 2006, p. 14). A ilustre autora restaurou a lembrança de que “a existência da oposição reflete a garantia de certas liberdades dentro de uma democracia (liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade e independência dos meios de comunicação social) e também denota o pluralismo social, o que favorece a competência política e a alternância de poder” (EMERIQUE, 2006, p. 19). Assim, são direitos da oposição: a) direito de consulta prévia sobre certas decisões de maior relevância; b) direito à informação; c) direito de participação; d) direito de participação legislativa; e e) direito de depor.

Descortina-se, então, uma natureza híbrida e multifacetada para a alternância. Como resume Caggiano (1995), “embora peculiar e altamente relevante para a operabilidade dos movimentos de oposição, não é erigida a alternância a corolário indispensável das práticas democráticas e, portanto, a elemento vital em relação à oposição”.²²

²² Lembra a ilustre Professora do Largo do São Francisco, a esse respeito, que: “Ilustrativa, nesse terreno, é a lembrança acerca dos casos italiano e suíço, onde não há lugar para a alternância e, registra Quermonne, ‘nul ne songe à mettre en doute la caractere démocratique’. Concluiu, pois, o mestre, que o fator não assume a posição de ‘condição suficiente’; outros elementos devem integrar a fórmula final para o fortalecimento do fenômeno oposição e a final consagração da democracia” (CAGGIANO, 1995, p. 73).

Ainda assim, parece pacífico, a alternância substancial, verdadeira, não meramente semântica, bem exercitada, devidamente amalgamada com a oposição, tem um insubstituível papel a desempenhar na consolidação das práticas democráticas e, em maior grau, na celebração da vida com liberdade e na correlata captura daquela que é, ou deveria ser, uma legítima pretensão dos povos: a busca da plena felicidade.

Referências

ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra) partidárias*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

_____. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 2, p. 195-205, 2003. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/934/93420013.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BARAS, Montserrat; BOTELLA, Juan. *El sistema electoral*. Madrid: Tecnos, 1996.

BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 6, n. 2, p.143-153, jul./ dez. 2008a.

_____. Governabilidade e sistema de governo: a experiência presidencial brasileira pós-1988. In: XVIII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008b, Salvador. *Anais...* Salvador: CONPEDI, 2008.

_____; LONGHI, João Victor Rozzati. A democracia participativa e sua realização - perspectiva histórica e prospecção futura: o marco civil para a regulamentação da internet no Brasil. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/268>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Entre duas repúblicas: às origens da democracia italiana*. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UNB, 2001.

- _____. *Qual democracia?* Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2010.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro segundo. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros: 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995.
- _____. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990.
- _____. *Finanças partidárias*. Brasília: Senado Federal, 1983.
- _____. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004.
- _____. É possível reinventar o partido? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- _____. *A e. Democracia*: o exercício da cidadania na era digital. [s.l.]: CEPES, 2011. Disponível em: <http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=371:a-e-democracia-o-exercicio-da-cidadania-na-eradigital&catid=35:artigos&Itemid=55>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os partidos políticos e a democracia. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, p. 11-25, fev./abr. 1990.
- CHARLOT, Jean. *Os partidos políticos*. Tradução de Carlos Alberto Lamback. Brasília: UNB, 1982.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- _____. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 3. ed. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O direito de oposição política no estado democrático de direito. In: XV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2006, Recife. *Anais...* Recife: CONPEDI, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/recife/politica_lilian_emerique.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Constituição e governabilidade*: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes políticos*: subsídios para um processo de reorganização política nacional, uma Constituição para o Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GONZÁLEZ, Felipe. *La aceptabilidad de la derrota*: esencia de la democracia. Mexico: Consejo Estatal Electoral San Luis Potosí, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Tradução de Ana María Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Tradução de Ramón Gracia Cotarelo. Barcelona: Península, 2000.
- HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das letras, 2007.
- LEMBO, Cláudio. *Visões do cotidiano*. São Paulo: Manole, 2012.
- LIPSET, Seymour Martin. *Political man*. London: Mercury Books, 1963.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução Luz Mónica Talbot. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAUS, Ingeborg. *O direito e a política*: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*. Tradução José M. Justo. Lisboa: Antígona, 2001.
- MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência Brasileira. In: _____

(Org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: EDUSP, 2010.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEDICONE DE VALLS, María G. *Derecho electoral*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

PRZEWORSKI, Adam et al. O que mantém as democracias? *Lua Nova*, São Paulo, n. 40-41, p. 113-135, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n40-41/a06n4041.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

REDAÇÃO NEWS. Proposta limita a reeleição para deputados e senadores. *Redação News*, Conselho Lafaiete, 19 set. 2011. Disponível em: <[http://redacaonews.com.br/redacao/portal1/index.php?option=com_content&view=article&id=](http://redacaonews.com.br/redacao/portal1/index.php?option=com_content&view=article&id=4923:proposta-limita-a-reeleicao-para-deputados-e-senadores&catid=132:saude&Itemid=512)

4923:proposta-limita-a-reeleicao-para-deputados-e-senadores&catid=132:saude&Itemid=512>. Acesso em: 22 jun. 2012.

SANWAYS, Daniel Trevisan. Ditadura em nome da democracia: as utilizações da democracia por regimes ditatoriais. *Expedições: Teoria da História & Historiografia*, Goiás, n. 2, jul. 2011. Disponível em: <http://www.prp.ueg.br/revista/index.php/revista_geth/article/view/253/229>. Acesso em: 20 jun. 2012.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Brasília: UNB, 2000.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VALDÉZ, Roberto L. Blanco. *Los partidos políticos*. Madrid: Tecnos, 1997.

Marco regulatório brasileiro do processo de descomissionamento ambiental da indústria do petróleo

Beatriz Martins Teixeira
Carlos José Saldanha Machado

Sumário

1. Introdução. 2. O desenvolvimento sustentável e a indústria petrolífera nacional. 2.1. O desenvolvimento sustentável. 2.2. A indústria petrolífera nacional. 3. O descomissionamento ambiental. 3.1. Competências ambientais – Conama, Ibama e ANP. 3.2. Licenciamento ambiental da indústria do petróleo 3.3. Marco regulatório do descomissionamento. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A partir de meados do século XX, a produção mundial de hidrocarbonetos, em especial o petróleo, cresceu exponencialmente e permanece nos dias de hoje como a principal fonte da matriz energética mundial (MACHADO; VILANI; GODINHO, 2012, p. 149; MATHIAS, 2010, p. 53; PEREIRA, 2009, p. 26).

Contudo, a manutenção desse crescimento contraria a natureza finita das reservas petrolíferas, o reconhecimento de se tratar de uma fonte extremamente poluente (MATHIAS, 2010, p. 53) e a demonstração de viabilidade das energias renováveis na sustentação da economia mundial (BARROS, 2007, p. 48).

Nesse contexto, o Brasil destaca-se como uma potência energética mundial com 38,5% da sua matriz energética composta, em 2010, por petróleo e derivados (TOLMASQUIM, 2012, p. 249-250). Alguns

Beatriz Martins Teixeira é doutoranda em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPG-MA/UERJ) e Advogada. Professora do Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – Cefet/RJ.

Carlos José Saldanha Machado é Cientista Social, Professor do PPG-MA/UERJ e do Programa de Biodiversidade e Saúde da Fundação Oswaldo Cruz (Ppgbs/Fiocruz). Pesquisador da Fiocruz (Ministério da Saúde).

anos antes, o País já havia alcançado em 2006 a autossuficiência em petróleo, passando a exportá-lo três anos depois, e sem fazer uso das reservas do pré-sal. Numa visão de planejamento de médio prazo, em 2020, segundo Tolmasquim (2012, p. 256-257), cerca de 50% da produção brasileira será para importação, tornando-se um grande ator no mercado internacional, com uma previsão de investimento de cerca de R\$ 510 bilhões para as atividades de Exploração e Produção (E&P) no período de 2011-2020.

Segundo a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) o Brasil é considerado pela Agência Internacional de Energia (AIE) um dos países mais atrativos para investimento em petróleo e gás natural, devendo manter esse *status* por mais vinte anos (ANP, 2012a).

Diante dessa realidade, em que a demanda energética só tende a aumentar, as questões ambientais não podem ser negligenciadas, precisando ser mensuradas pelos próprios projetos de exploração e, principalmente, incorporadas no arcabouço legal brasileiro no que diz respeito ao controle e monitoramento ambiental da atividade petrolífera, inclusive na fase de pós-produção. Isso porque, apesar de concordarmos com a existência de imprecisões relacionadas ao momento de ocorrência do pico da produção mundial de petróleo, conhecido como Pico de Hubbert (ROSA; GOMES, 2004, p. 22, 48), e diante da inexorável finitude dos hidrocarbonetos, não há discussão quanto ao declínio na produção e consequente abandono de jazidas nos países produtores. Enfrentar, portanto, as questões do processo de descomissionamento da atividade petrolífera é urgente por se tratar de uma fase dessa atividade em que a possibilidade de ocorrência de impactos ambientais é grande e, em termos de viabilidade econômica do projeto, não haver mais lucro na exploração. O descomissionamento é uma fase da produção em que ocorre a desativação das instalações e abandono dos poços produtores. São operações complexas, que envolvem

uma série de peculiaridades, tendo em vista a multiplicidade das variáveis ambientais incidentes nos locais de produção, que precisam ser planejadas meticulosamente e acompanhadas pelos órgãos fiscalizadores e garantidores de um meio ambiente saudável (WIEGAND, 2011, p. 3).

Atualmente, de acordo com dados da ANP (2012b), há em atividade no Brasil um total de 9.043 poços produtores de petróleo e gás natural. Durante o período de exploração, as estruturas que ficam submersas tornam-se parte integrante do ecossistema submarino, alvo de atração e abrigo para as mais variadas espécies de peixes, com interação entre algas, corais e moluscos. As barras de aço verticais, horizontais e oblíquas dessas estruturas terão, rapidamente, uma vida marinha associada. Um grande número de plataformas que hoje operam estão próximas do final de suas vidas produtivas. Estima-se que existam, aproximadamente, 6.500 instalações ao redor do mundo a serem descomissionadas até o ano de 2025, a um custo aproximado de quarenta bilhões de dólares, o que indica uma intensa atividade de descomissionamento nos próximos anos (SILVA; MAINIER, 2008, p. 20).

O objetivo deste trabalho é contribuir para o aprimoramento do marco regulatório do processo de descomissionamento ambiental da indústria do petróleo brasileira identificando e analisando as normas à luz do arcabouço jurídico-ambiental do País. O argumento a ser demonstrado reside na constatação de que, apesar de ser uma fase extremamente sensível sob o ponto de vista ambiental, a legislação brasileira não prevê um tratamento específico para a questão do descomissionamento, deixando lacunas em relação às etapas, objetivos e prazos dessa etapa, e à responsabilidade por vazamentos que venham ocorrer após o fim das operações nos campos de petróleo. Uma vez que é direito fundamental de todos o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, a primeira seção apre-

senta e discute o modelo constitucional de desenvolvimento sustentável que norteará a leitura do marco regulatório em questão. Com base nos fundamentos do conceito de desenvolvimento sustentável, realizamos uma breve revisão da estruturação legal da indústria do petróleo para demonstrar como esse deve reorganizar as principais leis que definem o marco regulatório da indústria do petróleo. Em um segundo momento, passamos a analisar o principal tema deste trabalho, o descomissionamento, enunciando premissas básicas, formas iniciais de estruturação do processo de descomissionamento e possibilidades de sua execução. Mas, como se trata de um processo complexo na indústria do petróleo, torna-se imperativo identificar os principais órgãos governamentais envolvidos e respectivas competências em matéria ambiental relacionada ao descomissionamento. Em seguida, voltamos nossa atenção para o processo de licenciamento ambiental porque entendemos esse instrumento administrativo garante ao Estado uma possibilidade, minimamente, de controle ambiental das atividades exploratórias. Por fim, podemos, então, revisar o marco regulatório do descomissionamento ambiental da indústria do petróleo para detalhar as falhas e inconsistências legais desse processo praticado no presente. Concluímos afirmando que será preciso i) tornar mais claras as regras de descomissionamento e em sintonia com o arcabouço jurídico-ambiental brasileiro; ii) conferir aos órgãos ambientais maior responsabilidade administrativa e atuação mais direta; iii) reduzir a discricionariedade do agente regulador e dos agentes fiscalizadores; e iv) estabelecer um modelo de recuperação ambiental eficiente para as áreas descomissionadas.

2. O desenvolvimento sustentável e a indústria petrolífera nacional

Esta seção tem como objetivo apresentar o modelo constitucional de desenvolvimento

sustentável, elemento estruturante deste trabalho, especificamente no tocante à indústria petrolífera nacional. Para tanto, partimos da leitura sistêmica dos dispositivos constitucionais para a delimitação do desenvolvimento nacional sustentável para analisar o arcabouço legal da indústria petrolífera.

2.1. O desenvolvimento sustentável

O Brasil categoriza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental na Constituição da República de 1988 (CF/88) e ao determinar expressamente sua proteção às presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, CF/88) define, conforme demonstraremos nesse item, o desenvolvimento sustentável como o modelo a ser seguido nesse ínterim.

Assim, partindo da premissa de que o desenvolvimento sustentável é o princípio norteador das ações governamentais brasileiras e também das demais políticas governamentais, inclusive a ambiental e a energética, entendemos que ele é um compromisso assumido pelo constituinte como modelo de construção de nação.

Machado e Vilani (2010, p. 189) defendem que o desenvolvimento sustentável pressupõe a racionalização do uso dos recursos ambientais, garantindo a equidade intergeracional, tornando-se, assim, uma alternativa para a lógica hegemônica da produção de mercadorias, baseada na exploração predatória do ambiente. Os autores argumentam que o desenvolvimento nacional, objetivo consolidado na Carta Magna (art. 3º, II), está pautado sobre: a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III); a construção de uma ordem econômica com fins de assegurar a todos uma existência digna em consonância com a preservação ambiental (art. 170, *caput* c/c VI); a garantia do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado com responsabilidade intergeracional (art. 225, *caput*).

O desenvolvimento nacional, portanto, encontra-se assentado sobre a harmonização de longo prazo (intergeracional) entre

os aspectos sociais, econômicos e ambientais e, assim sendo, qualificando-se como sustentável.

Ainda sob uma perspectiva constitucional, Vilani (2010, p. 89) apresenta quatro princípios básicos de direito ambiental que contribuem para a consolidação do desenvolvimento sustentável como direito fundamental:

a) *o princípio da equidade intergeracional* – construído a partir da Teoria da Equidade Intergeracional, que tem como premissa a distribuição justa dos recursos naturais e qualidade de vida às presentes e futuras gerações.

b) *o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais* – baseado no quinto princípio da Declaração de Estocolmo, que enuncia a utilização de recursos não renováveis de forma distributiva tanto em relação aos benefícios quanto para evitar o seu esgotamento. O interesse é que seja adiado “o alcance de esgotamento físico do recurso, devendo ser realizada, ciclicamente, por cada geração, a análise dos estoques recebidos e sua projeção para as gerações futuras” (VILANI, 2010, p. 90).

c) *o princípio da precaução* – busca a proteção do meio ambiente tentando viabilizar a aplicação de medidas econômicas que contribuam para evitar impactos ambientais, desde que exista a ameaça de danos graves ou irreversíveis, ainda que não haja certeza científica absoluta quanto ao dano.

d) *princípio da função socioambiental da propriedade* – garante ao interesse público que toda propriedade deverá cumprir sua função social e ambiental, isto é, a fruição do direito de propriedade deverá estar atrelado a critérios que confirmam a ela uma função social e para o ambiente.

Adicionalmente, consideramos relevante o princípio da prevenção que, diferentemente da precaução, deve ser aplicado quando os impactos ambientais já são conhecidos e se consegue estabelecer um nexo de causalidade com impactos futuros prováveis. É com essa base que é realizado

o licenciamento ambiental (ANTUNES, 2008, p. 45).

Todavia, essa proposta constitucional não se coaduna com a realidade brasileira, pois é notória a exploração exclusivamente econômica dos recursos naturais, da pobreza generalizada e das desigualdades sociais. Em razão disso, Machado e Vilani (2010, p.191) propõem uma revisão das limitações impostas às atividades de exploração econômica, tendo como paradigma uma conduta racional e ética das reais necessidades de exploração e consumo.

Assim, Vilani (2010, p. 91-92) apresenta duas premissas a serem consideradas no conceito de desenvolvimento sustentável – o equilíbrio econômico e ambiental, e a temporalidade – que levam ao aspecto central da questão: a equidade intergeracional. Ou seja, o desenvolvimento sustentável implica a garantia do acesso aos bens ambientais entre as gerações humanas. Sendo assim, o que se deseja não é impedir o desenvolvimento, mas propor um modelo de exploração construído nos limites da satisfação das necessidades atuais para garantir uma fruição também pelas futuras gerações.

Entretanto, essa proposta pode ser prejudicada, pois o discurso brasileiro quanto ao petróleo é bastante entusiástico, uma vez que esse recurso é visto como um acionador do crescimento econômico brasileiro – haja vista que, por exemplo, no sítio eletrônico da ANP, é ressaltado que o fato de terem sido descobertos os megacampo na região do pré-sal alçará o País a uma categoria econômica superior no cenário internacional (ANP, 2012a). Tal afirmação leva-nos a concluir que a motivação da exploração petrolífera é estritamente econômica e, portanto, contrária ao modelo de desenvolvimento nacional sustentável, definido na CF/88, ou, neste texto, simplesmente desenvolvimento sustentável. Cabe lembrar que as questões ambientais de fato não deixam de ser citadas, principalmente com o jargão da sustentabilidade, mas se considerarmos que o conceito de desenvol-

vimento sustentável implica o uso racional dos recursos no limite do necessário para as presentes e futuras gerações, como essa ideia pode coadunar-se com o exponencial aumento do uso do recurso energético?

O que se identificou foi que a ideia do desenvolvimento sustentável está ligada à tentativa e esforços de não se causarem danos ambientais visíveis, como, por exemplo, derramamentos de óleo. Assim, o discurso das empresas do setor petrolífero é no sentido de que, se houver qualquer risco de dano, deverá ser interrompida a produção. Mas, entendemos que a dimensão do desenvolvimento sustentável é muito mais ampla, pois implica repensar a estrutura de Estado para transformá-lo a partir desse novo paradigma norteador. Contudo, percebemos que isso ainda está muito longe da realidade brasileira, pelo menos no setor energético do petróleo, como no caso específico do descomissionamento ambiental do setor petrolífero, conforme passaremos a expor na terceira seção.

2.2. A indústria petrolífera nacional

O marco legislativo da indústria petrolífera brasileira começa em 1864, com o decreto nº 3352-A (Decreto de Sargent), que concedeu a um estrangeiro a possibilidade de explorar o petróleo em Camaçari e Ilhéus, na Bahia. Até 1926 o petróleo foi tido como um bem mineral que poderia ser explorado por qualquer pessoa desde que obtivesse autorização para a lavra. Contudo, na medida em que, no cenário internacional, o petróleo se tornava um recurso estratégico, a lei brasileira aumentava a rigidez em torno da sua titularidade e da autorização para sua exploração. Tanto assim, que em 1938 o governo brasileiro criou o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), que tinha como principais atribuições o poder de concessão para exploração e fiscalização das empresas petrolíferas. Começava a desenvolver-se no País uma forte corrente de nacionalização do petróleo, conforme se constata no decreto

nº 3.236/41, que determinou as jazidas de petróleo e gás natural como bens da União, a título de domínio privado imprescritível. Ainda como parte desse processo de nacionalização é publicada a Lei nº 2.004, em 1953 (DIAS; QUAGLINO, 1993, p. 1-23).

A Lei nº 2.004/53 instituiu a Política Nacional do Petróleo, definiu novas atribuições para o CNP e criou a Petrobras. Assim, o Brasil iniciou uma nova fase na exploração e produção de petróleo. Até então a atuação era permitida a empresas privadas, mas com a efetivação do processo de nacionalização e conseqüente criação do monopólio sobre o petróleo, foi inaugurada uma nova dinâmica nacional da indústria petrolífera brasileira, se tornando o Estado brasileiro o único a poder explorar petróleo no território nacional (RUIVO, 2001, p. 48). Segundo Ajaj (2007, p. 34), sob o ponto de vista da gestão, na vigência do monopólio da União, a Petrobras passou por dois períodos, sendo o primeiro até o ano de 1974, quando no desenvolvimento de suas atividades apresentou mais de 70 campos de petróleo; e, num segundo momento, começou a investir em tecnologia para a exploração em águas profundas.

Em termos ambientais, até esse período histórico não encontraremos grandes preocupações do legislador brasileiro, mesmo porque somente a partir da década de 1970 começaram as primeiras discussões internacionais sobre o meio ambiente, que repercutiriam sobre a produção legislativa brasileira somente a partir da década de 1980, quando foi promulgada a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Na área do petróleo, a título de exemplo, a Lei nº 2.004/53 só veio incluir em seu texto a expressão “proteção ao meio ambiente” em 1985, com a Lei nº 7.453/85.

Uma inovação importante no cenário nacional foi a promulgação da CF/88, que elencou o petróleo como bem da União (art. 20, IX) e confirmou o exercício do seu monopólio, regulamentando-o dentro da

Ordem Econômica e Financeira. Assim, somente a União pode realizar: (i) pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (ii) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; (iii) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; (iv) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177). Essa determinação de monopólio constitucional só veio a ser flexibilizada em 1995 com a publicação da Emenda Constitucional nº 9, em 10 de novembro de 1995, que inseriu o parágrafo 10 ao artigo 177: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.” Assim, a partir de 1995, tornou-se possível a outras empresas, além da Petrobras, a exploração e produção do petróleo. Esse fato demandou uma alteração na estrutura jurídico-administrativa do Estado brasileiro, pois, se antes o controle estatal era exercido sobre uma única empresa, no novo cenário, com a possibilidade de entrada de outras empresas, surgiu a necessidade de nova regulamentação.

Para harmonizar o ordenamento com a modificação na estrutura constitucional, em 1997 entrou em vigor a nova Política Energética Nacional, instituída pela Lei nº 9.478, também conhecida como Lei do Petróleo, que trouxe uma alteração na regulamentação do setor, porque dispôs sobre as atividades relativas ao monopólio de petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e criou a ANP, a agência reguladora do setor. Acompanhando a proposta constitucional de desenvolvimento sustentável, a Política Energética Nacional nasceu com os objetivos de: preservar o interesse nacional,

promover o desenvolvimento, proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia, entre outros. Dentre as competências da ANP encontram-se: “fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente” (art. 8º, IX, Lei nº 9.478/97) e “articular-se com órgãos reguladores estaduais e ambientais, objetivando compatibilizar e uniformizar as normas aplicáveis à indústria e aos mercados de gás natural” (art. 8º, XXVIII, Lei nº 9.478/97).

Contudo, a partir dos anúncios dos megacampos de petróleo na camada do pré-sal em 2007, o arcabouço jurídico-institucional passou, novamente, por uma revisão.

Assim, em função daquelas descobertas, em 2010 entraram em vigor três leis federais que compõem o chamado novo marco regulatório da indústria petrolífera brasileira: a Lei nº 12.351, que regulou a E&P na área do pré-sal e criou o Fundo Social, dentre outras disposições; a Lei nº 12.304, que criou a empresa Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA); e a Lei nº 12.276, que autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

A Lei nº 12.276/10 autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, nas áreas do pré-sal, com dispensa de licitação, uma área com o equivalente a cinco bilhões de barris de petróleo (art. 1º, *caput*, §§1º e 2º). Essa transação garantiu à União mais ações da Petrobras. Com isso, hoje, o Estado Brasileiro aumentou sua participação e detém 47,8% do capital social da Petrobras (ANP, 2012a). Essa lei não faz nenhuma menção diretamente às questões ambientais: o mais próximo que se chegou a elas foi o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, nas quais, segundo o texto legal, a União exime-se de qualquer risco, transferindo-o integralmente para a Petrobras (art. 4º). Numa análise preliminar esse diploma legal, verifica-se que ele se deteve

em questões meramente administrativas com relação à cessão onerosa à Petrobras do exercício das atividades na área do pré-sal.

A Lei nº 12.304/10 criou a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, mas que não será responsável pela execução das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo; seu objeto será a gestão dos contratos de partilha de produção e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (arts. 1º e 2º). A PPSA será a representante da União nos consórcios para exploração e produção no pré-sal, e metade dos membros do comitê operacional de cada consórcio serão obrigatoriamente de seus quadros, restando à outra metade do comitê a divisão entre a Petrobras (por determinação legal) e outras empresas vencedoras de licitações para partilha (ANP, 2012a). Também não há nessa lei nenhuma menção às questões ambientais. Ela se detém meramente a estruturação administrativa da PPSA, que será dirigida por um Conselho de Administração, composto de representantes ministeriais (sem nenhuma representação do Ministério do Meio Ambiente) e uma Diretoria Executiva (art. 9º, 12.304/10).

Com relação à forma de contratação, o Brasil, a partir do novo marco regulatório, passou a adotar um regime regulador misto para a exploração e produção de petróleo e gás natural. Ou seja, para as áreas do polígono do pré-sal vigora o sistema de regime de partilha da produção, previsto na Lei nº 12.351/10, ao passo que para todas as outras áreas de bacias sedimentares vigora o regime de concessão, previstos na Lei nº 9.478/97 (ANP, 2012a). No regime de concessão o Estado não assume qualquer risco, inclusive com quanto aos ambientais; com a exploração, desenvolvimento, execução das obras e produção do petróleo, esse risco é totalmente assumido pelo concessionário,

contratado por meio de um processo de licitação pública (GOMES, C., 2009, p. 8). No contrato de partilha da produção, por sua vez, a propriedade do petróleo é exclusiva do Estado, restando ao contratante assumir todos os custos e riscos da exploração, já que também é o único que opera (GOMES, C., 2009, p. 33). Poderá ou não haver licitação (na modalidade leilão).

Em termos ambientais, no regime de partilha, a lei exige que haja no contrato uma cláusula obrigando a realização de auditoria ambiental de todo o processo operacional de retirada e distribuição de petróleo e gás oriundos do pré-sal (art. 29, XXIII, Lei nº 12.351/10). Assim também, no momento de extinção do contrato, quando o contratado é obrigado a realizar a

“remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou a indenizar os danos decorrentes de suas atividades e a praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelas autoridades competentes” (art. 32, §2º, Lei nº 12.351/10).

Vilani (2010, p. 120) aponta que mesmo diante de incertezas, há uma tendência de não haver preocupação com procedimentos cautelosos em relação à exploração predatória das novas reservas, postura essa que vai de encontro às experiências internacionais, que não analisam a gestão temporal do uso do petróleo por um critério estritamente econômico. E sustenta, ainda, que existe a necessidade de implantar-se um regime alternativo que se coadune com a proposta constitucional do desenvolvimento sustentável e com os princípios de direito ambiental analisados anteriormente.

De acordo com Seabra et al (2011, p. 60), um dos desafios de exploração do pré-sal é o de que ela não seja predatória, pois a atividade petrolífera está sendo desenvolvida numa área que concentra cerca de 20% da biodiversidade mundial e em atividades anteriores os impactos socioambientais não foram levados em consideração, resultando

num desequilíbrio enorme, principalmente para as cidades que estavam na zona de produção. Sendo assim, a compensação dos impactos ambientais, sociais e econômicos devem ser priorizadas na gestão das verbas advindas da atividade.

Entretanto, a Lei nº 12.351/10, que dispõe sobre a exploração e produção do petróleo e gás natural nas áreas do pré-sal, não faz menção às questões ambientais diretamente. Chamamos à atenção o disposto no art. 10, que incumbe o Ministério de Minas e Energia de planejar o aproveitamento do recurso, com o auxílio de estudos técnicos fornecidos pela ANP (art. 11). Entendemos ser importantíssimo o planejamento da exploração do recurso, pois vai ao encontro da proposta do desenvolvimento sustentável, dentro da dinâmica da equidade intergeracional e do acesso equitativo. Mas a ausência de previsão na lei da diretriz ambiental como norteador desse planejamento na exploração pode vir a prejudicar esse entendimento de ideal sustentável. Outro ponto relevante da Lei nº 12.351/10 foi a criação do Fundo Social com a finalidade de constituir recursos para o desenvolvimento social e regional, por meio de programas e projetos para combater a pobreza e desenvolvimento da educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e mitigação e adaptação às mudanças climáticas (art. 47). Os objetivos do Fundo Social são: constituir uma poupança pública de longo prazo, oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional e mitigar as flutuações de renda e preços na economia nacional em função das variações na renda gerada pelas atividades petrolíferas (art. 48). Os recursos do Fundo adviriam de parcela do valor do bônus de assinatura, dos *royalties*, nos contratos de partilha da comercialização do petróleo e derivados, de *royalties* e participação especial das áreas localizadas no pré-sal sob o regime de concessão, de resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades, além de outros recursos destina-

dos por força de lei (art. 49). Todavia, a lei não estabeleceu como será feita a divisão e em que proporção serão distribuídas as parcelas do Fundo Social, inclusive para o meio ambiente.

Desse modo, concordamos com Machado e Vilani (2010, p. 112) quando afirmam que a atual estruturação regulatória da indústria do petróleo não “define parâmetros ambientais que delimitem o uso racional e a disponibilidade permanente do petróleo e do gás natural”. É visível na análise dos principais diplomas legais da indústria do petróleo (Leis nºs 9.478/97, 12.276/10, 12.304/10 e 12.351/10) que a questão ambiental é tratada de forma secundária, além de não incorporar os princípios da equidade intergeracional, do acesso equitativo aos recursos naturais, da precaução e da função socioambiental da propriedade.

Percebemos que na articulação dos interesses explicitados no marco regulatório do petróleo, houve grande preocupação com o desenvolvimento econômico e essa postura na gestão desse recurso não se coaduna com a proposta constitucional do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações. Um dos exemplos dessa constatação se percebe no caso do descomissionamento ambiental da indústria do petróleo, que passamos a explicitar na próxima seção.

3. O descomissionamento ambiental

As discussões acerca do descomissionamento ambiental e os impactos ambientais associados ao abandono de plataformas petrolíferas ganharam destaque no cenário internacional a partir do caso de tentativa de afundamento da estrutura *Brent Spar*, no Mar do Norte, sob a jurisdição do Reino Unido, em 1995. A estrutura foi ocupada por ambientalistas durante semanas, que temiam um acúmulo de material poluente nos mares. A política britânica com relação ao abandono era no sentido de afundar as estruturas nos locais onde se encon-

travam. Após o protesto a plataforma em questão foi levada a terra e desmontada e as estruturas de aço foram reutilizadas na edificação de um cais norueguês, confirmando a possibilidade de reuso do material (LUCZYNSKI, 2002, p. 103). Mas esse fato incitou nos países produtores de petróleo, inclusive o Brasil, uma demanda por normas que regulamentassem a fase do descomissionamento, que até então não tinha tanta relevância na construção das políticas de desativação das estruturas de petróleo.

Esquemáticamente, o processo de extração de petróleo apresenta cinco fases: exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e abandono (DOURADO, 2007, p. 109).

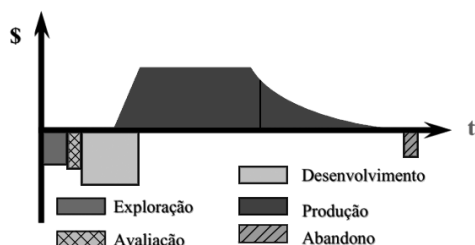


Figura 1 – Fases do Processo de Exploração
Fonte: Pereira apud Dourado (2007, p. 109)

O descomissionamento é o período de desativação da atividade, tida como a mais crítica porque não há mais interesse econômico envolvido. Contudo, diante do fato de o vazamento de óleo, nessa situação, não se tratar de uma incerteza, mas de um evento potencial com medidas conhecidas para a mitigação de seus impactos, a apropriação pela legislação do princípio da prevenção é premissa básica para a regulamentação do setor.

De acordo com Chatterjee (2011, p. 3), o termo descomissionamento ainda não foi bem definido, apesar de haver dispositivos que mencionam a remoção das estruturas de plataformas em vários documentos internacionais, tais como a Convenção de Genebra sobre Plataformas Continentais (1958), a Convenção das Nações Unidas

sobre Direito do Mar – UNCLOS (1982), a Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho no Atlântico Norte – OSPAR (1992). O autor afirma que a forma de execução do descomissionamento, em muitos países, é uma prerrogativa dos governos, porque não há uma exigência internacional em convenções.

Segundo Wiegand (2011, p. 1), o descomissionamento pode ser definido como um processo multidisciplinar que sugere a melhor maneira de desativar as operações de produção quando já não há mais interesse econômico, com o objetivo principal de devolver a propriedade, mas livre de danos ambientais e restaurada nas condições originais. Para a autora esse processo envolve um longo tempo de planejamento em muitas áreas e fases da produção, pois cada plataforma é diferente devido a características únicas tais como a localização, estrutura e instalação, e elas são operadas visando a propósitos específicos para determinados ambientes, assim, é necessário que seja realizada uma avaliação caso a caso. De uma forma geral, o descomissionamento é um processo em que são analisados diversos fatores para tentar minimizar os riscos sociais e ambientais, de acordo com a regulação governamental.

Em relação ao enfoque social, Luczynski (2002, p. 62) afirma que as sociedades têm que enfrentar um grave problema na questão do abandono, pois este significa que empresa terá que arcar com custos adicionais – possivelmente superiores – aos da exploração e produção, porque há neste momento ausência de lucros. Da mesma forma, sob a perspectiva ambiental, países produtores, que dependem dos dividendos gerados pela exploração petrolífera, podem sentir-se inclinados a não produzirem uma legislação ambiental rígida que configure obstáculo à atração de investimentos. Essa ideia está intimamente ligada ao modelo desenvolvimentista que hoje se pratica nas nações capitalistas e vai de encontro à proposta do desenvolvimento sustentável.

O descomissionamento também pode ser entendido como um instrumento que visa a atender o princípio do desenvolvimento sustentável, pois sua regulamentação e aplicação envolvem a definição de critérios, procedimentos, normas e padrões para a manutenção de qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações (GOMES, M., 2006, p. 98).

Wiegand (2011, p. 6) aponta que o processo de descomissionamento pode ser descrito em diferentes fases, que se inicia com uma cuidadosa análise da zona produtiva, isolando-a e definindo a melhor forma de vedação, também envolve testes de integridade estrutural e limpeza do lugar. Também é necessário que seja feito o descomissionamento dos dutos de forma a evitar vazamentos e danos ao meio ambiente e à navegação. E deve ser avaliada a localização e desenho da plataforma. Por fim, deve ser feito um monitoramento para controle. Todo esse processo deve acompanhar estritamente o previsto na legislação do país produtor.

De acordo com Luczynski (2002, p. 141), um processo ideal de abandono deve ter por objetivos principais:

(i) a minimização dos danos ambientais – entendida como a realizada mediante controle sobre os derrames de óleo, inclusive com previsão de tratamento e recuperação do meio, bem como o controle dos resíduos químicos utilizados na perfuração, da água de processo e da água confinada, a destinação dos equipamentos utilizados na desativação;

(ii) a restituição dos parâmetros de qualidade ambiental – que deve prioritariamente atentar na qualidade da água, porque isso influenciará a vida marinha, a oxigenação do meio, a proteção de praias, manguezais e outros ecossistemas;

(iii) a reciclagem ou reuso do material da plataforma – o aço e o concreto usados na plataforma podem ser aproveitados em diversas oportunidades, inclusive retornando a operação depois de transformado;

(iv) a minimização da falta de remuneração no fim da produção – objetivo que poderia ser cumprido por meio da criação de um fundo especialmente destinado para este fim.

E a regulamentação do descomissionamento é algo de extrema importância, pois, além de envolver as questões técnicas, ambientais e sociais, é uma fase da produção com altos custos.

Wiegand (2011, p. 2) estima que o descomissionamento movimentará, só na região do Golfo do México, dentro de cinco anos, três bilhões de dólares, pois é estimado que por ano, nessa região, sejam descomissionadas de cem a cento e cinquenta plataformas. Quanto à região do Mar do Norte, Ekins, Vanner e Firebrace (2006, p. 423) estimam que o custo total de remoção das estruturas varia aproximadamente de treze a vinte bilhões de dólares; além disso, os autores apontam que o processo de descomissionamento envolve muitas incertezas econômicas e variáveis técnicas complexas que vão desde o fato de as estruturas não serem similares, até o fato de os biomas, onde se encontram tais estruturas, terem especificações próprias.

Existem discussões sobre quais os motivos que levam as empresas a descomissionarem suas estruturas. Para Silva e Mainier (2008, p. 20), há três razões para o interesse no descomissionamento: amadurecimento dos campos produtores; preocupação com os impactos ambientais sobre as transações comerciais internacionais, porque cada vez mais a variável ambiental tem sido observada no financiamento de projetos e empreendimentos; e montante dos custos totais. Para Luczynski (2002, p. 38) o produtor leva em consideração os seguintes fatores para o abandono: econômico (produção antieconômica e sazonalidade); técnico (esgotamento das reservas) e político (diretrizes das políticas energéticas e ambientais).

Uma das principais discussões, sob o ponto de vista ambiental, sobre o desco-

missionamento é a destinação final das estruturas. Há entendimentos de que uma melhor destinação seria deixar a estrutura no ecossistema, pois, de certa forma, já há uma adaptação ela. Para outros, dever-se-ia buscar reestabelecer as condições existentes anteriormente às atividades de exploração e produção (RUIVO, 2001, p. 127). Essa discussão existe porque não há uma definição clara na legislação sobre a destinação.

Atualmente, há cinco opções de descomissionamento para as estruturas no ambiente marinho: (a) remoção completa com disposição em terra; (b) remoção completa com disposição no fundo do oceano; (c) remoção parcial; (d) tombamento no local; (e) deixar a estrutura no local para utilização alternativa (RUIVO, 2001, p. 131). Para cada uma dessas opções há um grau de impacto maior ou menor, mudando de país para país, de acordo com as variáveis ambientais de biodiversidade local, econômicas, sociais e políticas.

Não obstante o processo de descomissionamento ser realizado de acordo com as opções acima descritas e possuir aquiescência do órgão estatal, na fase do abandono podem ocorrer os seguintes problemas: de manchas de óleo (vazamentos de poços lacrados), disposição final de grandes partes da estrutura plataformal ou da infra-estrutura de transporte, presença de compostos químicos residuais e rejeitos de perfuração. Os impactos ambientais na fase do abandono são potencializados pelo efeito acumulativo de inúmeros danos ocorridos ao longo do projeto de E&P (LUCZYNSKI, 2002, p. 137).

Ekins, Vanner e Firebrace (2006, p. 426) apontam que foram registrados os seguintes danos sobre a biota, que impactam diretamente na cadeia alimentar, decorrentes dessa fase: altas concentrações de substâncias tóxicas, metais, desreguladores endócrinos e ocorrência natural de material radioativo (NORM).

Há que se reconhecer que o abandono é algo que causa impactos ambientais con-

sideráveis, tais como a perda permanente do *habitat* no recife artificial presente na estrutura da plataforma e problemas para a navegação e pesca, dentre outros (RUIVO, 2001, p. 131).

Portanto, a melhor forma de minimizar ou evitar problemas ambientais

“é assegurar que rígidos controles dos parâmetros de qualidade ambiental, em obediência às legislações e convenções internacionais, sejam praticados durante toda a vida produtiva do projeto” (LUCZYNSKI, 2002, p. 137).

Luczynski (2002, p. 62) defende que a legislação sobre o abandono deveria contemplar, no mínimo, os seguintes aspectos:

a) Proteção da fauna marinha em todo o processo;

b) Em caso de transformação da estrutura num recife, definir a sua profundidade, bem como a continuidade e segurança da navegação no entorno;

c) Garantia de monitoramento, por uma equipe multidisciplinar, do processo de desativação e manutenção das condições do *habitat*;

Os três critérios indicados configuram-se como ações de natureza preventiva, mas que ainda não foram incorporadas no arcabouço legal brasileiro. Nesse sentido, é preciso analisar concomitantemente o tratamento dado ao descomissionamento nos dois principais institutos jurídicos aplicáveis: licenciamento ambiental e nos contratos de concessão.

3.1. Competências ambientais – Conama, Ibama e ANP

A Constituição brasileira estabeleceu para a prática administrativa e legislativa um sistema de competências ambientais, repartido entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Não é proposta deste trabalho detalhar esse extenso tema, motivo pelo qual nos deteremos nesta seção a analisar apenas as competências da União para legislar e administrar, no âmbito do

Conama, Ibama e ANP, como órgãos da administração pública federal atuantes na indústria do petróleo, especificamente no caso do descomissionamento.

Em termos gerais, a divisão de competências em matéria ambiental já apresenta uma série de problemas. Contudo, apesar da grande relevância do tema, não há uma clara delimitação do critério de repartição. Nesse sentido, Antunes (2008, p. 78) faz uma crítica importante sobre o uso indistinto da expressão “meio ambiente” e de outras palavras que caracterizam o meio ambiente na Constituição, assim, por exemplo, o art. 22, VI, da CF/88 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre recursos minerais (ai incluído o petróleo) e no art. 24, XII, CF/88, determina a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre recursos naturais. Ora, os recursos minerais são recursos naturais e o legislador estabeleceu dois tipos de competência diferentes para legislar. A constatação dessas inconsistências poderá ocasionar em conflitos na prática administrativa.

O detalhamento das competências ambientais para esse estudo é importante porque, na sua incidência prática, definirá o órgão que exercerá o poder de polícia, mais especificamente no exercício da fiscalização e no licenciamento. Uma vez definida a competência, estará definida a entidade responsável pelo exercício desse poder (ANTUNES, 2008, p. 78-80). Na indústria do petróleo, dentro do exercício da União, temos dois grandes atores exercendo simultaneamente esse poder de polícia: o Ibama e a ANP.

De acordo com a Lei nº 9.478/97, a ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas da indústria petrolífera (art. 8º), cabendo-lhe “fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente;” (inciso IX). De acordo com Mello (2010, p.

172), o grande problema com as agências reguladoras, como é o caso da ANP, é a real possibilidade que elas têm de invadir a competência legislativa. As regulamentações delas emanadas devem ser restritas a normas de aspectos estritamente técnicos. No caso do descomissionamento, a ANP, no exercício da função de regulação técnica, cumpre seu papel quando publicou a Portaria ANP nº 25/02 (Regulamento de Abandono de Poços perfurados com vistas à exploração ou produção de petróleo e/ou gás) e a Resolução ANP nº 27/06 (Regulamento Técnico do Programa de Desativação de Instalações). Realmente, são dois regulamentos que se atêm a questão estritamente técnica. E, sendo assim, deixam, por exemplo, de considerar com a profundidade com que se deveriam os aspectos: de proteção da fauna marinha, previsão das situações em que a estrutura deverá ser transformada em recife artificial, o monitoramento ambiental, dentre outros. Aspectos estes apontados por Luczynski (2002, p. 62) como importantes no processo de construção da legislação do descomissionamento.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama) é um órgão do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), instituído pela Política Nacional de Meio Ambiente. Uma das suas principais competências é a de editar normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art.6, II, Lei nº 6.938/81). No entanto, não há qualquer normativa desse órgão sobre o descomissionamento ambiental na indústria do petróleo.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), outro órgão pertencente à estrutura do Sisnama, foi criado pela Lei nº 7.735/89 e tem a finalidade de:

I – exercer o poder de polícia ambiental; (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

II – executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes

às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

III – executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente”. (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

O Ibama é o órgão executor da PNMA. Sua atuação se dá principalmente no exercício desse poder de fiscalização e autorização das atividades. No caso específico do petróleo, dentro da Diretoria de Licenciamento Ambiental (Dilic) há a Coordenação Geral de Licenciamento de Petróleo e Gás (Cgpeg), que cuida de todo o processo relativo ao licenciamento ambiental da indústria petrolífera, no exercício do seu poder de polícia ambiental. Com relação ao licenciamento ambiental, percebemos em consulta a alguns Estudos Prévios de Impactos Ambientais (EIA) de campos de produção que há a previsão da Desativação das estruturas e o Ibama/Dilic/Cgpeg tem estabelecido como prática exigir como uma das condicionantes para o licenciamento o Projeto de Desativação, muito embora não haja nenhuma norma que estabeleça essa exigência no processo de licenciamento. Em pareceres técnicos consultados a fundamentação legal utilizada pela Cgpeg para analisar os Projetos de Desativação são as normativas da ANP – Portaria ANP nº 25/02 e Resolução ANP nº 27/06 (Ibama, 2011), pois não há outra norma que regulamente o assunto especificamente.

A crítica que fazemos ao atual arcabouço legal do descomissionamento é que apenas dois regulamentos técnicos o estruturam, quando na verdade entendemos que o assunto deveria ser tratado em um outro tipo de norma federal que se aprofundasse

na questão e fosse além do aspecto técnico e abordasse as dimensões política, administrativa, social e ambiental.

3.2. Licenciamento ambiental da indústria do petróleo

A CF/88 garante a ordem econômica fundada em vários princípios descritos no seu art. 170; entretanto, cabe ressaltar que o exercício dessa ordem será baseado na função social da propriedade (inc. III), ou seja, qualquer propriedade que se encontre no território brasileiro deverá atender à função social. Assim, os efeitos clássicos do direito de propriedade foram mitigados, não permitindo mais que um proprietário disponha sua propriedade a qualquer custo. Outro princípio relevante observado pela ordem econômica é o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (inc. VI), isto é, em se tratando de uma atividade altamente poluente como a petrolífera, o desenvolvimento da política energética de petróleo deverá nortear sua estruturação para a defesa do meio ambiente, muito embora se verifique que, em termos práticos, isso não vem ocorrendo.

Para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foram disponibilizados alguns instrumentos, sendo um deles o licenciamento ambiental. Especificamente no tocante à indústria petrolífera, tem-se o §2º do art. 225, da CF/88, que obriga o explorador dos recursos minerais a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. Entretanto, no caso do descomissionamento, conclui-se que, apesar da determinação constitucional, a lei (em sentido lato) não consegue atender à defesa do meio ambiente.

A Lei nº 9.478/97 apresentou como um dos seus objetivos a proteção do meio ambiente e a promoção da conservação de

energia (art.1º, IV), esta política enquadra a ANP como um dos principais atores responsáveis para garantir esses objetivos, determinando no seu art. 8º, IX, que essa agência existe para regular, contratar e fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo e derivados, e de preservação do meio ambiente. Contudo, ressalte-se que ela detém competência apenas residual na proteção do ambiente. Esse órgão é o responsável por delimitar os blocos oferecidos nas Rodadas de Licitações, que são delimitados com base em estudos geológicos e geofísicos e em considerações preliminares sobre fatores ambientais. (ANP, 2012a). Antunes (2008, p.158), nesse sentido, aponta que, se não houver uma coordenação muito séria nas ações regulatórias do Conama com a ANP, podem-se gerar conflitos administrativos sérios com efeitos graves para o meio ambiente.

O licenciamento ambiental é um instrumento de controle da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/91, art. 9º, IV), que veio a ser regulamentado pela Resolução Conama 237/97 (art. 1º, I) que o conceitua como um:

“procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”

Os regulamentos dos processos de licenciamento das atividades do petróleo estão dispostos nas Resoluções Conama nº 237/97, nº 23/94 e nº 350/04. O processo de licenciamento desse setor é realizado pelo Ibama, no âmbito da Cgpeg. É um pouco diferenciado em relação a outros, pois existem

cinco tipos de licenças para essa atividade (Ibama, 2012): (a) Licença de Pesquisa Sísmica (LPS); (b) Licença Prévia para Perfuração (LPper); (c) Licença Prévia de Produção para Pesquisa (LPpro); (d) Licença de Instalação (LI); (e) Licença de Operação (LO).

O licenciamento ambiental na fase de Pesquisa Sísmica leva em consideração que as atividades podem ser potencialmente causadoras de impactos ambientais, de caráter temporário e com ausência de instalações fixas. O Ibama classificará essas atividades em: classe 1 – quando os levantamentos de dados são realizados em profundidade inferior a 50 metros ou em áreas com grande sensibilidade ambiental e o empreendedor é obrigado a apresentar o Plano de Controle Ambiental de sísmica (PCA) e Estudo Ambiental de Sísmica (EAS) e o Relatório de Impacto Ambiental de Sísmica (RIAS); classe 2 – quando os levantamentos de dados ocorrem em profundidade entre 50 e 200 metros e o empreendedor é obrigado a apresentar também os PCAS e EAS/RIAS; classe 3 – quando os levantamentos de dados ocorrem em profundidade superior a 200m e estão sujeitos à elaboração de PCAS. (Res. 350/04, Conama)

Também é necessário que haja o licenciamento ambiental prévio à perfuração, resultando na Licença Prévia para Perfuração (LPper), que autoriza a atividade de perfuração e para tanto exige do empreendedor um relatório de controle ambiental (RCA) das atividades e delimitação da área de atuação pretendida. (Res. 23/94, art. 5º, Conama)

Há também a licença prévia de produção para pesquisa (LPpro), que autoriza a produção para a pesquisa da viabilidade econômica da jazida, restando ao empreendedor apresentar o estudo de viabilidade ambiental (EVA) (Res. 23/94, art. 5º, Conama).

Após essas fases, inicia-se o processo de concessão da licença de instalação (LI); nesse momento, após a aprovação do estudo de impacto ambiental (EIA) ou relatório de avaliação ambiental (RAA) conjugados com outros estudos de interesse, é permitido a

instalação das unidades e sistemas para a produção e escoamento desta (Res. 23/94, art. 5º, Conama).

Por fim, o empreendimento solicita uma licença de operação (LO), após a aprovação do projeto de controle ambiental (PCA), é requerida a autorização para que iniciem as operações da unidade, das instalações e dos sistemas integrantes. (Res. 23/94, art. 5º, Conama).

Assim, a regulamentação do processo de licenciamento ambiental termina na concessão da LO, sem prever como serão resolvidas as questões relativas ao descomissionamento. Em consultas realizadas à Cgpeg verificamos que essa coordenação costuma exigir o Projeto Técnico de Desativação como uma das condicionantes da LO; entretanto essa exigência não está prevista em nenhuma norma sobre licenciamento emanada pelo Conama, o que demonstra ser uma prática preventiva do órgão licenciador.

A única diretriz normativa sobre o abandono de poços ocorre por meio da ANP, com a Portaria, ANP nº 25/2002, que estabelece alguns procedimentos técnicos de abandono de poço. E a Resolução ANP nº 27/2006, que institui um Regulamento Técnico de Desativação de Instalações na Fase de Produção. Ambas as normativas tratam da dimensão ambiental de forma superficial. E são essas normas que têm sido utilizadas como fundamentação para a análise das LO pelo órgão ambiental. Contudo, continuamos a ressaltar que esses regulamentos não analisam profundamente as dimensões ambientais do processo de descomissionamento. Assim, é imprescindível que se comecem a construir dispositivos para regular essa fase da exploração, que, por suas características próprias, tem-se revelado altamente poluente e impactante.

3.3. Marco regulatório do descomissionamento

Na análise da estrutura de regulamentação brasileira, no âmbito das normas

internacionais aplicáveis ao Brasil, em 1982 foi assinada em Montego Bay – Jamaica – a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que só teve a adesão do Brasil mediante o Decreto nº 1.530/95, de 16 de novembro de 1994. Nessa Convenção, conceitua-se o termo poluição do meio marinho como a introdução pelo homem de qualquer substância ou energia que provoque ou possa provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, alterações da qualidade da água do mar (Art. 1º, 4, Convenção sobre o Direito do Mar).

Conforme o art. 142, da mesma Convenção, está cada Parte obrigada a prevenir, mitigar ou eliminar graves e iminentes perigos em suas costas, e relatar ocorrências de acidentes causados por atividades em áreas sob a sua jurisdição. Um pouco mais adiante, no art. 145, as Partes comprometem-se a adotar regras e procedimentos que: (a) previnam, reduzam e controlem a poluição e outros danos no ambiente marinho, incluindo a zona costeira e os que interfiram no equilíbrio ecológico, conferindo particular atenção para a necessidade de proteção contra os efeitos nocivos das atividades de perfuração, dragagem, escavação, eliminação de resíduos de construção e operação ou a manutenção de instalações, dutos e outros dispositivos relacionados com tais atividades; (b) a proteção e conservação dos recursos naturais e a prevenção dos danos à fauna e flora no ambiente marinho. As Partes signatárias da Convenção sobre o Direito do Mar também se comprometeram a não transferir, direta ou indiretamente, danos ou riscos ou, ainda, não transformar um tipo de poluição em outro (art. 195, Convenção sobre o Direito do Mar).

No âmbito da legislação federal brasileira, o marco regulatório sobre o descomissionamento não está muito claro. Para tentar defini-lo é preciso conjugar uma série de normas federais: CF/88 (art. 170, VI; art. 225, §1º, IV, VII; §2º); Lei nº 6.938/81 (art. 2º; art. 4º, VI; art. 9º, IV; art. 10; art. 14, § 1º); Lei

nº 8.617/93 (art. 2º, art.12; art. 13, §2º); Lei nº 9.478/97 (art. 28, §2º), Lei nº 12.351/10 (art. 32, §2º); Resolução Conama nº 237/97 (art. 1º, I; art. 3º; art. 4º,I); Resolução Conama nº 23/94 (art. 5º); Resolução Conama nº 350/04; Portaria ANP nº 25/02; Resolução ANP nº 27/06.

Entretanto, apesar da extensão desse conteúdo normativo, não se tem um amparo específico direcionado à questão do descomissionamento, que contemple o conceito do desenvolvimento sustentável e realize a efetiva proteção ao meio ambiente nos mais diretos impactos ambientais produzidos nessa fase da produção. De acordo com Antunes (2008, p. 83),

“[a]inda que exista uma previsão legal para o descomissionamento e a recuperação ambiental, com a remoção de equipamentos e bens que não sejam revertidos para o poder concedente, *verbi gratia*, plataformas de produção, armazenamento etc. Persiste uma necessidade muito grande de aprofundamento do quadro regulatório da matéria.”

A Resolução ANP nº 27/2006, no seu art. 2º, prevê a entrega pelo empreendedor à ANP de um Programa de Desativação de Instalações, mas somente quando a agência julgar necessário. Ou seja, um momento de grande importância, pois o meio ambiente está extremamente vulnerável, suscetível de sofrer vários danos, e a legislação brasileira não regulamenta a situação de forma rígida, na proporção dos impactos produzidos. Percebe-se que todas as normativas que tratam do tema são emanadas do Poder Executivo, que exerce a função atípica de legislar, além de serem conteúdos previstos em anexos de resoluções ou portarias, sujeitas a mudanças a qualquer tempo, sem maiores discussões com a sociedade e descomprometidas com o conceito de desenvolvimento sustentável.

O Ibama, por seu turno, está obrigado a realizar a fiscalização das áreas petrolíferas abandonadas por força dos princípios previstos no art. 2º: *desacompanhamento do estado*

da qualidade ambiental (inc. VII), *recuperação das áreas degradadas* (inc. VIII) e *proteção das áreas ameaçadas de degradação* (inc. IX).

Atualmente no Brasil, o término da atividade petrolífera está previsto no § 2º, art. 28, da Lei nº 9.478/97, que prescreve:

“Em qualquer caso de extinção da concessão, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.”

Este dispositivo, como se pode ver, não apresenta maiores aprofundamentos sobre a matéria: limita-se a disposições generalistas e não imputa sanções em caso de descumprimento.

Para colmatar essa lacuna, a ANP editou em 1999 a Portaria nº 176, relativa ao Regulamento de Abandono de Poços perfurados com vistas à exploração ou produção de petróleo e/ou gás. Contudo, essa norma foi substituída pela Portaria ANP nº 25, de 6 de março de 2002, que instituiu um novo Regulamento de Abandono de Poços, previsto no seu Anexo.

O Regulamento de Abandono de Poços tem por objetivo disciplinar os procedimentos a serem adotados no abandono de poços de petróleo e gás (art.1º, Anexo, Regulamento Técnico nº 2/2002, da Portaria ANP nº 25/2002). O abandono do poço consiste numa série de operações destinadas a restaurar o perfeito isolamento entre os diferentes intervalos permeáveis para prevenir a migração do fluido entre as formações e o revestimento e até a superfície do terreno ou fundo do mar. Esse abandono pode ser permanente, quando não houver mais interesse de retorno ao poço, ou temporário, quando ainda houver interesse na exploração. O isolamento do poço poderá ser feito por meio de tampões, de cimento ou processos mecânicos (art. 2º, III, Anexo,

Regulamento Técnico nº 2/2002, da Portaria ANP nº 25/2002).

De acordo com o referido regulamento, o poço somente poderá ser abandonado após autorização escrita da ANP (art. 5º, III, Anexo, Regulamento Técnico nº 2/2002, da Portaria ANP nº 25/2002). Mais uma vez, nota-se a necessidade de um tipo de legislação mais abrangente e robusta que envolva as esferas governamentais que possuem a atribuição legal dentro do sistema administrativo governamental nesse caso, o Ibama, na função de órgão fiscalizador ambiental, tendo em vista os inúmeros danos ambientais que podem existir nessa fase específica da produção. Ou seja, pelo instituído legalmente hoje, as empresas petrolíferas podem abandonar um poço sem sequer ter a obrigatoriedade de notificar o órgão ambiental.

Outro aspecto controverso é o art. 6º (Anexo, Regulamento Técnico nº 2/2002, da Portaria ANP nº 25/2002), que traz a seguinte redação:

“O poço não poderá ser abandonado enquanto as operações necessárias ao abandono puderem vir a prejudicar de alguma forma quaisquer operações em poços vizinhos, a menos que o poço em questão, represente ameaça de dano à segurança e/ou ao meio ambiente.”

A redação deste dispositivo causa uma dupla interpretação e, assim, defendemos sua revisão, pois depreende-se que a atividade do poço só pode ser suspensa caso haja um dano a outro poço, mas ele poderá continuar operando mesmo causando ameaças de danos à segurança e/ou ao meio ambiente – interpretação considerada equivocada frente a todos os princípios de defesa do meio ambiente sadio. Assim, a redação do artigo, para assegurar harmonia com a proteção ambiental, explicitaria que o poço só poderá ser abandonado caso não venha a prejudicar operações em poços vizinhos e não causem ameaças danos à saúde e/ou meio ambiente.

O restante do texto do Anexo da Portaria ANP nº 25/2002 (Regulamento técnico nº 2/02 – Procedimentos a serem adotados no abandono de poços de petróleo e/ou gás) é de natureza técnica, tais como estipulação de profundidade, tipos de tampão que devem ser utilizados etc., embora não considere de forma efetiva as questões ambientais.

Outra normativa importante é a Resolução ANP nº 27/2006, que institui um Regulamento Técnico sobre os procedimentos a serem adotados na desativação de instalações e também especifica condições para a devolução de áreas de concessão. Nessa norma fica estabelecido que no momento em que houver o término na fase de produção ou se houver resilição do contrato de concessão, o concessionário será obrigado a entregar à ANP um Programa de Desativação de Instalações, seguido de um Relatório Final de Desativação de Instalações. Caso os procedimentos para a desativação não sejam cumpridos ou estejam inadequados, a ANP poderá executar a garantia financeira prevista no contrato de concessão (arts. 3º e 4º). Todavia, considerado o modelo de contrato de concessão disponível, verifica-se que a exigência da garantia contratual é um ato discricionário da ANP, isto é, passa pelo exame da oportunidade e conveniência e pode deixar de ser exigida (cláusula 18.14, do modelo de contrato de concessão).

Além disso, em face dos tipos de impactos ambientais, é bastante possível que as garantias contratuais não sejam suficientes para sanar os danos. Como indenizar o dano por contaminação na cadeia alimentar em virtude do depósito de material contaminante em solo marinho?

É no Anexo da Resolução ANP nº 27, de 18 de outubro de 2006, que está previsto o Regulamento Técnico de Desativação de Instalações na fase de produção. Esse regulamento conceitua a desativação como a retirada definitiva de operação e a remoção de instalações de produção, dando destinação adequada e promovendo a recuperação

ambiental das áreas onde se situa a produção (item 2, d, e).

De acordo com o regulamento, a desativação poderá abranger todo o sistema de produção de um campo, que deverá ser comunicado à ANP por meio das atualizações do Programa Anual de trabalho e Orçamento (PAT) da concessão, ou somente parte dele.

Chama-se atenção para o item 4.4, em que se lê

“4.4. Julgado conveniente, após a análise do Programa Anual de Trabalho e Orçamento – PAT, a ANP solicitará a apresentação de um Programa de Desativação de Instalações que, após aprovação pela ANP, orientará a execução da desativação das instalações cuja retirada definitiva de operação foi prevista.”

Da leitura dessa normativa depreende-se, então, que a empresa petrolífera só está obrigada a apresentar o Programa de Desativação de Instalações caso a ANP julgue conveniente e oportuno, ou seja, uma situação de tamanha importância e complexidade, com inúmeros reflexos ambientais, sociais e econômicos, fica a cargo de uma decisão discricionária do órgão regulador. Há aqui a necessidade de consolidação dos procedimentos entre ANP e IBAMA, para que os órgãos padronizem suas exigências em relação ao descomissionamento. Isso porque a ANP dispõe de dispositivos específicos para o descomissionamento, mas voltados para questões econômicas e administrativas do abandono do campo, ao passo que o órgão ambiental se limita a exigências genéricas nos termos de referência que orientam o licenciamento ambiental das atividades petrolíferas.

O regulamento ainda prevê no item 4.6:

“4.6. A Desativação de uma Instalação de Produção, em casos de extinção ou não do contrato de concessão, se fará por conta exclusiva do Concessionário, incluindo a remoção de bens que não sejam objeto de Reversão ou

Alienação de Bens bem como a Recuperação Ambiental da área ocupada.”

Este dispositivo está de acordo com o §2º, do art. 28, da Lei nº 9.478/97; entretanto, não está isento de críticas, pois não prevê parâmetros para a Recuperação Ambiental, bem como sanções caso não ela não seja realizada.

Machado (2010, p. 94) propõe, dentro da efetivação do Princípio da Precaução, o cumprimento de cinco itens, que poderiam ser aproveitados na construção de um modelo de Recuperação Ambiental da área de desativação, são eles: (1) identificação e inventário das espécies, quanto à conservação e identificação de contaminantes, quanto ao controle da poluição; (2) identificação e inventário de ecossistemas, com a elaboração do mapa ecológico; (3) integração dos planejamentos econômico e ambiental; (4) ordenamento do território ambiental para a valorização das áreas conforme aptidões; (5) elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. Este último até é realizado no processo de licenciamento para a obtenção da Licença de Operação, entretanto, não há nem nas normas emanadas do órgão ambiental, nem nas normas da ANP, dispositivo mais específico que possa garantir a qualidade ambiental no momento do descomissionamento.

O regulamento trata da desativação de instalações marítimas ao determinar que elas deverão ser sempre removidas das áreas de concessão, salvo especificação em contrário, que pode ser emitida por autoridade marítima ou órgão ambiental com jurisdição sobre a área. Há também a possibilidade de que a instalação ou parte dela se transforme num recife artificial, que também será aprovado pela autoridade marítima e órgão ambiental responsável pelo controle da área.

Cada área de exploração terá um contrato de concessão específico, mas a ANP divulga um modelo de contrato de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural celebrado

entre esta agência reguladora e a empresa petrolífera concessionária. Nesse modelo de contrato é prevista uma cláusula (décima oitava – 18.14 a 18.17) sobre a Desativação e o Abandono; o item 18.14 prevê que

“o concessionário apresentará, quando solicitado pela ANP, uma garantia de desativação e abandono, através de seguro, carta de crédito, fundo de provisionamento ou outras formas de garantias aceitas pela ANP, em conformidade com a legislação brasileira aplicável.”

Caso essa cláusula se mantenha com esse texto no contrato de concessão final, mais uma vez será feito o exame da oportunidade e conveniência pela agência reguladora em um aspecto de extrema importância. Com efeito, com base no Princípio da Prevenção, deveria ser obrigatória a apresentação da garantia de desativação e abandono.

Na cláusula vinte e um são tratadas as questões que versam sobre meio ambiente e determina que a empresa concessionária está obrigada a adotar todas as medidas para a conservação dos recursos naturais, sujeitando-se a cumprir todas as normas brasileiras sobre meio ambiente; e quando houver lacunas na lei, ela deverá adotar as melhores práticas da indústria do petróleo, comprometendo-se a preservar o meio ambiente e a proteger o equilíbrio do ecossistema (cláusula 21.1). Caso haja alguma ocorrência de dano, a concessionária assumirá responsabilidade integral e objetiva por todos os danos e prejuízos ao meio ambiente, inclusive no momento do abandono (cláusula 21.5).

É importante ressaltar que no Procedimento de Licenciamento Ambiental das atividades petrolíferas, especialmente na fase de licenciamento para operação, o Ibama (Cgpeg) tem estabelecido, como uma das condicionantes para a concessão da LO, a apresentação de um Projeto de Desativação, que é submetido à avaliação e pode sofrer exigências para se adequar.

Todavia, a base legal utilizada pelo órgão ambiental que subsidia essa exigência são as normas da ANP (Portaria nº 25/2002 e Resolução nº 27/2006), que consideramos de extrema fragilidade, pois são regras emanadas por uma agência reguladora, as quais não passaram pelo crivo de um processo legislativo e que não consideraram mais seriamente os desdobramentos socioambientais nos procedimentos de desativação em suas redações.

A falta de aprofundamento regulatório sobre o descomissionamento é algo que precisa ser urgentemente enfrentado nas pautas de políticas energéticas e ambientais, pois envolve um cenário que em poucos anos vai ocasionar numa situação de dano real. E essa demanda regulatória precisa estar alinhada aos princípios da prevenção de do desenvolvimento sustentável, adotados pelo Brasil.

4. Considerações finais

Sendo o petróleo o principal elemento da matriz energética brasileira e um recurso não renovável e finito, embora ainda muito abundante no território nacional, é mais do que urgente a preocupação com uma regulação mais eficaz da exploração desse recurso, principalmente no momento do descomissionamento, quando é alta a possibilidade de advir um impacto ambiental grave.

Neste trabalho, procuramos analisar o marco regulatório do processo de descomissionamento da indústria petrolífera. Realizamos inicialmente uma análise do conceito de desenvolvimento sustentável ressaltando como ele deve estruturar as políticas públicas brasileiras, inclusive a Política de Petróleo. Contudo, verificamos que isso não tem sido realizado com efetividade, pois as legislações que compõem o marco regulatório da indústria petrolífera apresentam inúmeras lacunas no que diz respeito ao meio ambiente. Em relação à ação de descomissionamento ambiental da

indústria do petróleo, vimos que, embora a atual estrutura de regulamentação brasileira seja muito frágil, com graves lacunas na legislação, a qual se concentra hoje em apenas dois regulamentos técnicos emitidos pela ANP e que não têm devido aprofundamento sobre o meio ambiente. É preciso que essa regulamentação, ao se pautar pelo desenvolvimento sustentável, incorpore os princípios de direito ambiental discutidos neste trabalho, especialmente o princípio da prevenção. Ademais, é necessário que se definam com clareza as competências do Conama, Ibama e ANP em relação ao descomissionamento, separando os objetivos econômicos e administrativos dos aspectos ambientais envolvidos nessa etapa. Será importante uma revisão do licenciamento ambiental, uma parte do amadurecimento legislativo e técnico, particularmente, a nosso ver, a partir do abandono dos primeiros campos de exploração da plataforma continental brasileira.

Em resumo, as reflexões apontadas neste texto vão ao encontro de um esforço de inserção perene da discussão sobre a delimitação do descomissionamento da indústria petrolífera segundo parâmetros técnicos e procedimentais, seus impactos ambientais e as medidas mitigatórias cabíveis, e a responsabilidade ambiental pelos eventuais danos futuros, na pauta acadêmica e científica. Não se trata de mero zelo metodológico, mas da aplicação dos desígnios constitucionais e éticos para assegurar os direitos das futuras gerações.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. *O regime regulador misto: concessão e partilha*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=57842>>. Acesso em: 13 abr. 2012a.
- _____. *Poços exploratórios em atividade*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=58879>>. Acesso em: 21 set. 2012b.
- AJAJ, Cláudia. *Monopólio do petróleo e a emenda constitucional nº 9, de 1995*. 2007. Dissertação (Mestrado em Pós-Graduação stricto sensu em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.
- ANTUNES, Paulo. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Evandro. A matriz energética mundial e a competitividade das nações: bases de uma nova geopolítica. *ENGEVISTA*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 47-56, 2007.
- CHATTERJEE, Pooja. What are the main risks facing a host state when designing a regime for offshore decommissioning? *Social Science Research Network*, New York, Jan. 28 2011). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1915802>. Acesso em: 26 jun. 2012.
- DIAS, José Luciano; QUAGLINO, Maria Ana. *A questão do petróleo no Brasil: uma história da Petrobras*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- DOURADO, José Diamantino de Almeida. *Risco e oportunidades na exploração do petróleo no Brasil e Atlântico Sul*. 2007. Tese (Doutorado em Geologia) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- EKINS, Paul; VANNER, Robin; FIREBRACE, James. Decommissioning of offshore oil and gas facilities: a comparative assessment of different scenarios. *Journal of Environmental Management*, Oxford, n. 79, p. 420-438, 2006.
- GOMES, Carlos Jacques. O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha de produção. *Textos para a Discussão 55*, Brasília, mar. 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD55-CarlosJacquesVieira.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2012.
- GOMES, Marcus Vinícius. *O descomissionamento ambiental*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Norte Fluminense, Rio de Janeiro, 2006.
- LUCZYNSKI, Estanislau. *Os condicionantes para o abandono das plataformas offshore após o encerramento da produção*. 2002. Tese (Doutorado em Energia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACHADO, Carlos José; VILANI, Rodrigo. O novo marco regulatório brasileiro para a exploração das reservas petrolíferas do pré-sal. *Revista da Faculdade*

de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 1, n. 56, p. 101-138, jan./jun. 2010.

____; ____; GODINHO, Rosemary. Royalties do petróleo e política de preservação da biodiversidade. In: ____ (Org.). *Ciências, políticas públicas e sociedade sustentável*. Rio de Janeiro: E-Papers, 2012.

MATHIAS, Melissa. *A formação da indústria global de gás natural: definição, condicionantes e desafios*. Rio de Janeiro: Interciência, 2010.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA, Manuel. Energia e ambiente num mundo com muita gente. *Nação e Defesa*, Lisboa, n. 122, p. 25-41, 2009.

ROSA, Sérgio; GOMES, Gabriel. O Pico de Hubbert e o futuro da produção mundial de petróleo. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 22, p. 21-49, 2004.

RUIVO, Fabio. *Descomissionamento de sistemas de produção offshore*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências e Engenharia do Petróleo) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2001.

SEABRA, Alessandra et al. A promissora província petrolífera do pré-sal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 57-76, 2011.

SILVA, Renato; MAINIER, Fernando. Descomissionamento de sistemas de produção offshore de petróleo. In: IV CONGRESSO NACIONAL EM EXCELÊNCIA EM GESTÃO, 2008, Rio de Janeiro. *Anais do IV CNEG*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2008.

TOLMASQUIM, Mauricio. Perspectivas e planejamento do setor energético no Brasil. *Estud. Av.*, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 247-260, 2012.

VILANI, Rodrigo. *Contribuição para o planejamento brasileiro de exploração de petróleo e gás natural através da formulação de uma política nacional de uso sustentável das reservas de petróleo e gás natural*. 2010. Tese (Doutorado em Meio Ambiente) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

WIEGAND, Sandra. *An analysis to the main economic drivers for offshore wells abandonment and facilities decommissioning*. 2011. Thesis (Master of Science in Engineering) – University of Texas at Austin, Texas, 2011.

Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13

João Gaspar Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito e considerações iniciais. 3. Formas de nepotismo. 3.1. Nepotismo direto ou próprio. 3.2. Nepotismo indireto. 3.3. Nepotismo cruzado ou impróprio. 3.4. Nepotismo trocado. 4. Prova do elemento subjetivo no nepotismo. 5. Vedação constitucional do nepotismo e a inexigência de lei formal. 6. Situações em que não ocorre nepotismo. 6.1. Cargos de natureza política. 7. Casos específicos de nepotismo reconhecidos pela jurisprudência. 8. Contratação temporária *versus* nepotismo. 9. Improbidade administrativa. 10. Reclamação perante o STF. 11. Os vícios decorrentes do nepotismo. 12. O alcance da SV13 e a incompletude lógica do Direito. 12.1. Situações anteriores à SV 13. 13. Conclusão.

1. Introdução

Em 21 de agosto de 2008, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13, ressaltando a vedação constitucional do nepotismo. A SV 13 é um marco, uma espécie de norma-símbolo no fim, oficial, do nepotismo no Brasil e tem a seguinte redação:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e

João Gaspar Rodrigues é Promotor de Justiça. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.

indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (publ. no DJe nº 162 de 29/8/2008, p. 1; DOU de 29/8/2008, p. 1).

A edição desse verbete deu-se a partir de uma omissão legislativa, face à inexistência de lei nacional como exigido no inciso II, do art. 37 da Constituição Federal, embora o STF entenda que a falta de lei (e por extensão, da Súmula Vinculante 13) não torna lícito o nepotismo em todas as suas formas de manifestação. De qualquer modo, dado o impacto simbólico e a necessidade de diretrizes mais claras, a Corte Suprema viu-se na contingência de “normatizar” a matéria numa súmula vinculante para colmatar a renitente omissão do Legislativo.

O nepotismo é um tema recorrente na cultura administrativa brasileira e na própria sociedade (HOLANDA, 2000, p. 146), confundindo-se, em alguma medida, com o flagelo nacional da corrupção (às vezes como causa, outras como efeito). Os reproches e as críticas acompanham esse vício social desde o nascedouro, mas muito pouco se estuda e, por consequência, menos ainda se conhece. A matéria é cercada de conceitos incientíficos, pobremente classificados e categorizados¹.

Apesar da aparente clareza da SV 13, muitas dúvidas e questões são levantadas, carentes de uma construção teórica e de uma abordagem sistemática. A doutrina a respeito da matéria é escassa e um tanto confusa. Dada a multiplicidade de situações possíveis e a dificuldade de traçar os limites conceituais de nepotismo dentro de uma retórica jurídica, é preciso muita

¹ Exemplo disso vê-se na sugestão de uma nova modalidade de nepotismo, o *nepotismo “ex vi legis”*, decorrente da outorga às primeiras damas da atribuição de conduzir instituições sem fins lucrativos (GARCIA, 2003). É o tipo de manifestação “doutrinária” capaz de despertar o riso ou a lástima, dependendo do estado de ânimo do leitor.

cautela para selecionar, a partir de critérios guiados pela razoabilidade, as situações que se inserem na vedação constitucional. Além disso, pelo lado repressivo, levantam-se algumas questões: como combater os sobreviventes dessa prática caduca? quais os casos de nepotismo que escapam ao círculo proibitivo da SV? quais os mecanismos jurídicos aptos a coibir e punir esse mau hábito administrativo? Essas e outras indagações serão apreciadas ao longo do estudo.

2. Conceito e considerações iniciais

O nepotismo, *grosso modo*, é a concessão de privilégios ou de cargos na Administração Pública sob o exclusivo influxo dos laços de parentesco. Não há consenso sobre a origem etimológica do termo.

Para alguns provém do nome do imperador romano Flávio Júlio Nepote (em latim: Flavius Lulius Nepos). Outra fonte aponta para *nepos*, uma espécie de escorpião, cujas crias, colocando-se no dorso materno devoravam a mãe – numa alusão ao parasitismo dos familiares sobre a máquina do Estado (ROCHA, Z., 2009) –.

Para a maioria, entretanto, deriva do radical e também raiz latina *nepos* (sobrinho, descendente) agregado ao sufixo nominal “ismo” – do grego *ismós*, que significa “prática de” (TORRINHA, 1945, p. 550-551) –.

A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada (BRASIL, 2008)².

Acquaviva (2009, p. 577) fornece-nos um conceito bem mais abrangente em que o nepotismo é tido como a prática mediante a qual uma autoridade pública nomeia um ou mais parentes próximos para o serviço

² Sobre o nepotismo no setor privado, ver também Teixeira (2008, p. 45) e Razavi (2009).

público ou lhes confere outros favores, a fim de aumentar a sua renda ou ajudar a montar uma máquina política, em lugar de cuidar da promoção do bem-estar público.

Miccolis (2011) apresenta conceito que apreende o fenômeno por outro ângulo:

“Con il termine *nepotismo* si indica la tendenza, da parte di detentori di autorità o di particolari poteri, a favorire i propri parenti a causa della loro relazione familiare e indipendentemente dalle loro reali abilità e competenze”.

Díaz Guevara (2009), partindo da regulação normativa peruana, define nepotismo:

“Como aquel acto administrativo mediante el cual un funcionario de dirección y/o confianza debidamente reconocido por el Estado, de manera impropia y contradiciendo parámetros legales pre establecidos, ejerce directa e indirectamente su facultad de nombramiento y contratación, respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio”.

Os fenômenos sociais têm, dentro de certos limites, uma gênese psicológica, sendo alicerçados nos desejos, emoções e aspirações dos homens. O nepotismo, como fator antissocial de antagonismo e discórdia, guarda conexões psicológicas e históricas esclarecedoras de suas motivações inconscientes. É um dos fenômenos sociais mais primitivos.

O homem existiu primeiro no seio de grupos isolados, hordas ou clãs; a formação original deve-se aos vínculos sanguíneos. O grupo doméstico-familiar enquadrava os seus diferentes membros e desempenhava todas as funções correspondentes às diversas necessidades. Esta primitiva forma social, ao mesmo tempo em que proporcionava segurança e proteção ao indivíduo³, promovia também o desalegre

³ E nesse ponto podemos nos socorrer da lição de Wells (1968, p. 305): “Esse mundo primitivo antes de

espetáculo da guerra universal, de todos contra todos, sintetizado no famoso aforismo de hobbesiano: *bellum omnium contra omnes*. Em função de um interesse comum, bem como do aumento do número de membros dos antigos grupos societários, além da dispersão geográfica, as diversas famílias se unem e formam grupos, de onde nasce uma nova sociedade, com interesses e objetivos distintos. Dentro desse processo evolutivo, aos fatores econômicos e genésicos, vêm sobrepor-se os fatores intelectuais, morais, jurídicos e políticos. As unidades componentes do agregado social apresentam agora a capacidade de se ligarem por meio de laços puramente contratuais.

A santidade do familismo em uma sociedade agrária e atrasada é corroída e desgastada também pelo contato íntimo com novos sistemas de vida contraditórios, competitivos e alavancados em novos interesses. A conduta social correspondente a esse novo meio ambiente dos interesses infiltra-se entre os vários grupos ou classes, dissolvendo, aos poucos, a antiga influência da rede de parentescos. O senso do favorecimento pessoal e da ajuda mútua, instituições do antigo esquema familístico, são perturbados e ameaçados pelas reivindicações vitoriosas dos interesses multi-grupais. Uma nova mentalidade democrática insere-se silenciosamente por entre as fileiras amortalhadas dos antigos grupos familiares, removendo senilimos abusos e explorações do nome, até então abrigados pela tradição. Há uma purificação de elementos dogmáticos e irracionais, numa clara demonstração de incapacidade da ética fragmentada e provisória do familismo

600 A. C. era um mundo em que um ‘estranho’, isolado, era um ser raro e suspeito que corria sérios perigos. Poderia sofrer horríveis crueldades, pois não havia leis para protegê-lo. Poucos indivíduos, portanto, se arriscavam. Vivia-se e morria-se preso a uma tribo patriarcal, no caso dos nômades, ou a alguma grande casa, ou a algum dos grandes templos, no caso dos civilizados. Ou, então, era-se escravo e vivia-se no rebanho dos servos”.

em manter aglutinada uma sociedade com novos e multifacetados interesses grupistas.

O afastamento dos indivíduos e dos grupos uns dos outros no esforço competitivo e a preocupação de alcançar o sucesso material sob as bênçãos da capacitação técnica e do mérito próprio enfraquecem o sentimento das relações mais sólidas e mais íntimas do endereço familiar. O surto de novas estruturas de poder compromete o esquema familístico.

O culto da família (ou familismo) tende a refluir para seus limites normais (dentro da funcionalidade da família) quando a sociedade revela progressos industriais e técnicos, com a criação subsequente de muitos focos de interesses opostos que competem ou transacionam entre si buscando vantagens. O atrito dos interesses é absolutamente incompatível com os privilégios hereditários adquiridos com a simples certidão de nascimento. A imobilidade dessa sociedade menos apurada não se afeiçoa ao aspecto transicional de uma outra, que nasce de suas entranhas, com ímpeto ascensional, recusando partilhar do natural tribalismo dos homens.

Por fim, concluído o escorço histórico e sociológico, não se pode confundir o favorecimento sistemático à família (nepotismo) com o *favoritismo simples*, pois neste não é requisito essencial o laço de parentesco entre favorecedor e favorecido. Excluem-se, portanto, do raio de abrangência da SV 13 as relações de amizade, namoro e noivado (embora, nestes dois últimos casos, a diferença em relação à união estável seja, atualmente, muito tênue) que engendram outros conflitos de interesses.

É necessário entender os graus de parentescos para melhor aplicação dos termos sumulares. Parentes consanguíneos em linha reta são considerados os pais (1º grau), avós (2º grau), bisavós (3º grau) e demais ascendentes, assim como os filhos (1º grau), netos (2º grau), bisnetos (3º grau) e demais descendentes em linha reta. Os parentes considerados colaterais ou transversais

consanguíneos são apenas considerados até o 4º grau, na forma do artigo 1.592 do Código Civil, sendo estes os irmãos (2º grau), tios (3º grau), sobrinhos (3º grau), sobrinho-neto (4º grau), primo (4º grau) e o tio-avô (4º grau) (MAGALHÃES, 2008).

A SV 13 prevê dentro do círculo de vedação o parentesco por afinidade até o terceiro grau. Aqui o STF vai além do que dispõe a lei civil brasileira, onde só é previsto o parentesco por afinidade até o 2º grau (ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou do companheiro – CCB, art. 1.592). No ímpeto de coibir abusos, a Suprema Corte legisla (inovando, primariamente, na ordem jurídica).

Paradoxalmente, o STF declarou constitucional uma emenda à Constituição do Rio Grande do Sul que proibia a nomeação de parentes até o segundo grau (art. 20, §5º), inclusive (RE 579.951/RS).

Diante disso, é lícito dizer que o STF tem o poder mágico de converter o quadrado em redondo e o branco em preto, agora já não só pela coisa julgada, mas também pela súmula vinculante (ALEGRE, 2008, p. 68). São os riscos do ativismo judicial que, paulatinamente, converte o STF numa espécie de “regrador geral” do país. Mas, e aqui cedemos diante de uma ponderação, talvez o rigor sumular justifique-se face à prática secular, nefasta e anti-republicana do favorecimento na Administração Pública brasileira. A reação a um mal enraizado na cultura brasileira deve igualmente radicalizar o combate se pretende obter êxito. Como numa cirurgia para extirpar um cancro, deve-se ter uma margem de segurança (para evitar uma recidiva), embora sob o risco de cortar mais tecidos do que é razoável. Assim, pensamos, procedeu o STF ao estender o grau de parentesco por afinidade além dos limites fixados pela lei civil.

De qualquer forma, como ponderam Arakaki e Ortiz (2011, p. 111), a eventual antinomia é aparente, pois, para os casos de nepotismo, utiliza-se o critério adotado pelo STF (parentesco até o terceiro grau)

por abranger relações de grande proximidade no núcleo familiar brasileiro (TOURINHO, 2011); para as demais relações jurídicas, continua o critério que o Código Civil adota.

3. Formas de nepotismo

São reconhecidas as seguintes formas de nepotismo: direto (ou próprio), indireto, cruzado e trocado.

3.1. Nepotismo direto ou próprio

É a forma mais usual, podendo ainda ser designado nepotismo *explícito*. Ocorre quando a autoridade competente nomeia parentes seus (cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau – filho, neto, bisneto, irmão, tio, sobrinho, sogro, genro, nora, cunhado). É facilmente detectado pela proximidade do grau de parentesco.

Nos termos da SV 13 excluem-se da vedação os primos, que são parentes colaterais em quarto grau. Em relação aos parentes por afinidade em linha reta, de acordo com o Código Civil, o vínculo não é extinto “com a dissolução do casamento ou da união estável” (art. 1.595, §2º). Isso quer dizer, por exemplo, que a nomeação de ex-sogro ou ex-sogra (e também de “ex-genro” e “ex-nora”) pode configurar nepotismo direto.

3.2. Nepotismo indireto

Ocorre quando a autoridade, dotada de poderes para tanto, nomeia parentes de subordinados seus. Desse modo, a nomeação pelo prefeito de parentes do vice-prefeito para cargos comissionados configura nepotismo indireto, nos termos da SV 13? A nosso ver não, porque falta a hierarquia ou a subordinação do agente político (vice-prefeito) à autoridade nomeante (prefeito).

Devemos atentar que a SV 13 fala da “nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade (...) da autoridade nomeante ou de

servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento...”. O vice-prefeito é um agente político eleito, e não apenas um servidor público no sentido estrito do termo, portanto goza de independência típica dos agentes políticos, não estando subordinado ao prefeito (autoridade nomeante).

E mais. A nomeação de parente de um desembargador, de um procurador de justiça (ou promotor de justiça) ou de um deputado, nos lindes literais da SV 13, dificilmente constituiria nepotismo, pois a autoridade nomeante seria o presidente do Tribunal, o Procurador-Geral de Justiça ou o Presidente da Assembleia Legislativa. E, como os membros desses órgãos são agentes políticos, não estando subordinados à autoridade nomeante, nem exercendo qualquer cargo de direção, chefia ou assessoramento, impossível subsumir a prática aos termos sumulares.

Embora as situações acima não sejam abarcadas pelo círculo proibitivo da SV, entendemos que essas práticas são claramente vedadas por violar os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

3.3. Nepotismo cruzado ou impróprio

Essa forma é também denominada *nepotismo dissimulado* ou *por reciprocidade*. É uma espécie de troca de favores, um ajuste que garante nomeações recíprocas entre os “poderes” do Estado, por exemplo, Prefeitura e Câmara Municipal, Executivo Estadual (Governador) e Assembleia Legislativa, Executivo Estadual e Judiciário etc. Assim, por exemplo, o Prefeito contrata um parente do presidente da Câmara e este, por sua vez, nomeia um parente do Prefeito.

Se um vereador tem um parente de 2º grau nomeado em cargo comissionado numa determinada secretaria municipal, mas na Câmara Municipal não há nenhum parente do respectivo secretário municipal ou do prefeito, há que se falar em nepotismo? Não. Primeiro, não há nepotismo direto ou próprio, pois o servidor comissionado

não é parente da autoridade nomeante (e sim de um vereador). Segundo, também não há nepotismo cruzado ou impróprio, pois não há designações recíprocas, ou seja, o vereador não se valeu de seu cargo para fazer nomear parente do prefeito ou secretário no quadro de servidores da Câmara Municipal ou, especificamente, em seu gabinete.

O nepotismo cruzado pressupõe um ajuste para designações ou nomeações recíprocas. Esse ajuste tem de ser provado para configurar a categoria nepótica. Essa peculiaridade vem bem definida na redação do inciso II do art. 2º da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, em que é essencial a existência de “circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante a reciprocidade nas nomeações ou designações”. E isso, na prática, torna-se muito difícil de ser comprovado.

Como anota a doutrina especializada (DI PIETRO, 2007, p. 199), a grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo o desvio de poder comprova-se por meio de indícios.

3.4. Nepotismo trocado

Na redação da SV 13 tem-se que as situações de nepotismo se dão dentro da “mesma pessoa jurídica” e “em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios”. Desse modo, as “designações recíprocas” a que alude a SV 13 restringem-se ao âmbito da mesma pessoa jurídica (Município, Estado, Distrito Federal ou União) fazendo surgir o nepotismo cruzado.

E se as “designações recíprocas” ocorrerem entre pessoas jurídicas distintas (entre dois Municípios ou dois Estados; ou até entre um Município e um Estado)? Neste caso, tem-se uma nova modalidade: *nepotismo trocado*. E embora não previsto nos

termos da SV 13, está igualmente vedado pela Constituição Federal.

4. Prova do elemento subjetivo no nepotismo

Na análise do fenômeno *nepotismo* há dois aspectos, consoante percuciente análise de Tourinho (2011): um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. O aspecto objetivo do nepotismo concentra-se na efetiva relação de parentesco existente entre o nomeante e o nomeado. Assim, havendo a relação de parentesco, estar-se-á diante do *nepotismo*, considerado no seu aspecto objetivo. O elemento subjetivo, por sua vez, consiste no propósito deliberado de atender a interesses pessoais com a nomeação do familiar ou de privilegiar o vínculo sanguíneo. Ou seja, estará presente o aspecto subjetivo do nepotismo quando a finalidade da escolha do parente para ocupação do cargo em comissão ou função de confiança for a satisfação pessoal gerada pelo laço familiar.

Tecnicamente, para a existência do nepotismo faz-se necessária a presença dos elementos objetivo e subjetivo. Há exemplos de casos que objetivamente constituem nepotismo (como o exercício de cargo de natureza política ou parentes que ocupam cargos mediante concurso público), mas não subjetivamente. No entanto, diz Tourinho (2011), a comprovação do elemento subjetivo é de difícil concretização, razão pela qual a simples presença do aspecto objetivo, relação de parentesco, vem se mostrando suficiente para caracterizar a prática.

O caráter objetivo da constatação da situação a envolver nepotismo, torna irrelevante, até por indecifrável em muitos casos, o elemento anímico presente no ato de nomeação⁴.

⁴ TJRS, 70043951631 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 14/09/2011, 21ª Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2011.

Todavia, há casos fronteiriços que para a configuração do nepotismo ilícito requerem a cabal comprovação do elemento subjetivo. Em parecer lançado na PEC nº 15/2006, que pretende vedar expressamente a prática do nepotismo, o Senador Demóstenes Torres aduz um caso emblemático:

“Ao vedar que parentes ocupem cargos em comissão em uma mesma pessoa jurídica, a Súmula dá ensejo à configuração de situações de todo absurdas. Imagine-se o caso de um ocupante de cargo em comissão de assessor do Ministério das Relações Exteriores, em Brasília, cujo tio exerce uma função de confiança de chefe de seção do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Como o Ministério e o Tribunal integram uma mesma pessoa jurídica – a União –, haveria, nessa hipótese, ofensa à Súmula. Cumpre indagar, contudo, se tal situação realmente se caracterizaria como um caso de nepotismo.

Somente por inspiração torquema-diana se poderia entender que parentes de terceiro grau, que mantivessem entre si pouco ou nenhum contato, vivessem em locais diversos, trabalhassem em órgãos federais distintos e exercessem cargos em comissão de menor nível hierárquico pudessem um influenciar a nomeação do outro. Mais ilógico ainda seria o quadro, se o nomeado em último lugar ocupasse um cargo superior hierarquicamente ao de seu parente. Alguém poderia ser impedido de exercer o cargo de Secretário Executivo de um Ministério simplesmente porque seu irmão é chefe da seção de almoxarifado da Superintendência da Receita Federal do Brasil no Rio Grande do Sul”.⁵

Em tais casos, em prol do princípio da razoabilidade, a SV 13 não pode ser aplicada em seu teor literal, pois é necessária a comprovação do elemento anímico.

⁵ <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/61786.pdf>.

5. Vedação constitucional do nepotismo e a inexigência de lei formal

A Constituição Federal veda o nepotismo por meio dos princípios da moralidade, impessoalidade⁶, eficiência⁷ (art. 37) e isonomia (igualdade de tratamento e iguais oportunidades de acesso aos mais diversos níveis da Administração Pública), aplicáveis à Administração Pública. Isso significa que não é necessária lei alguma para que a regra seja respeitada por todas as entidades políticas.

Bem antes da aprovação da SV 13, o STF já tinha entendimento firme nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade.

A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.

Mandado de segurança denegado”.⁸

⁶ No princípio da impessoalidade traduz-se a ideia de que a Administração Pública tem de tratar a todos os administrados sem discriminações. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou de grupos de qualquer espécie (MELLO, 1993, p. 58). Ver também: Figueiredo (1998, p. 57), Rocha (1994, p. 147) e Tácito (2002, p. 45).

⁷ O princípio da eficiência é violado com o nepotismo porque é difícil imaginar que a autoridade nomeante exigirá de seus parentes o mesmo desempenho ou produtividade que imporia a quem com ela não compartilhasse laço sanguíneo nenhum.

⁸ MS 23.780-5/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.09.2005. No mesmo sentido: STF, RE 579951 RN,

A SV 13 conferiu ao princípio da moralidade e da impessoalidade (para ficar apenas nos princípios expressos) o caráter de autoaplicabilidade, sem a necessidade de recorrer à edição de lei em sentido formal.

A conduta do administrador público deve-se limitar não apenas à disposição literal da lei, mas também à aplicação da moralidade, dos bons costumes, ao poder-dever de probidade, que resguarde a confiabilidade do administrado (DI PIETRO, 2007, p. 70; ÁVILA, 2006, p. 38).

A vedação do nepotismo atinge ocupantes de cargos em comissão, função de confiança e emprego de contratação excepcional ou temporária. Se o parente em exercício de função gratificada ou comissionada for servidor efetivo não há incompatibilidade, pois, de acordo com o artigo 37, *caput*, V, da CF, as funções de confiança são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo.

Entende-se por cargos em comissão aqueles cujo provimento dispensa concurso público e são ocupados, precariamente, por pessoas do círculo de confiança da autoridade nomeante, que pode exonerar livremente.

As funções de confiança são preenchidas pela livre escolha da autoridade competente, mas o nomeado deve integrar o quadro interno da Administração Pública (aspecto que as distinguem dos cargos em comissão).

Para efeito de aplicação SV 13, o nepotismo só pode ser considerado existente se dentro da mesma pessoa jurídica houver nomeação de parentes (até terceiro grau) da autoridade nomeante ou se houver, dentro dessa mesma pessoa jurídica, parente da pessoa nomeada também investida em cargo em comissão ou função gratificada⁹. Compreendem-se, no mesmo esquema (ou seja, dentro da mesma pessoa jurídica),

Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno.

⁹ TJRS, 70043951631 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 14/09/2011, 21ª Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2011.

as designações ou nomeações recíprocas (nepotismo cruzado).

6. Situações em que não ocorre nepotismo

Ocorrem algumas situações nas quais, embora presentes alguns elementos constitutivos da prática vedada, não se verifica o nepotismo constitucionalmente proibido:

I – Quando o parente já é servidor efetivo numa determinada entidade política. Não pode, por exemplo, mesmo sendo efetivo ser cedido para outra entidade.

II – Nomeação de parente para ocupar cargo de natureza política, como: Ministros, Secretários de Estado e Secretários Municipais.

III – O servidor (efetivo ou não) já exercia cargo em comissão (ou de confiança) ou função gratificada antes de seu parente ser eleito ou nomeado (no caso de secretários ou ministros).

Neste sentido, STJ¹⁰:

“Não há nepotismo quando a designação ou nomeação do servidor tido como parente para a ocupação do cargo comissionado ou de função gratificada for anterior ao ato de posse do agente ou servidor público gerador da incompatibilidade.”

IV – Também não se verifica a prática vedada quando o casamento, ou o início da união estável, for posterior ao tempo em que os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício dos cargos ou funções, em situação que não caracterize ajuste prévio¹¹.

¹⁰ STJ, RMS 26.085/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/08/2009, DJe 28/09/2009.

¹¹ A Constituição do Estado de Rondônia traz dispositivo a respeito: “As vedações previstas no parágrafo anterior não se aplicam quando a designação ou nomeação do servidor tido como parente para a ocupação do cargo comissionado ou de função gratificada forem anteriores ao ato de posse do agente ou servidor público gerador da incompatibilidade, bem quando o casamento, ou o início da união estável, for posterior ao tempo em que os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício dos cargos ou funções, em

V - A contratação de serviços ou produtos de empresas pertencentes a parentes de gestor, desde que se tenha submetido a processo regular de licitação.

6.1. Cargos de natureza política

A vedação do nepotismo, tal como veiculado na SV 13 do STF, não atinge também os cargos de natureza política, exercidos por agentes políticos, mas os cargos administrativos, criados por lei. Todavia, mesmo em se tratando de cargo político (cargo estrutural do primeiro escalão de governo (BRASIL, 2010)), é possível incidir a vedação do nepotismo, desde que se configure o nepotismo cruzado (ou impróprio). Se, por exemplo, o prefeito nomeia um parente do presidente da Câmara como Secretário de Saúde e o vereador nomeia um parente do prefeito para servir à Câmara, há, nesse caso, a incidência da conduta proibida.

A definição de cargo político oferece suporte para a completa distinção entre servidor público e agente político. A figura do agente político pode ser eleito, como são, por exemplo, o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Senadores, os Deputados Federais, os Deputados Estaduais ou os Vereadores, ou nomeado, como são, por exemplo, os Ministros, os Secretários de Estado e os Secretários Municipais (MAGALHÃES, 2009).

Os agentes políticos integram cargos estruturais na organização das entidades políticas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) e ajudam a formar a vontade superior do governo. A natureza da vinculação desses agentes é política e não profissional (ou administrativa).

Esse entendimento do STF¹² (e de outros Tribunais¹³) sobre eximir os cargos políticos

situação que não caracterize ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo” (art. 11, §5º).

¹² STF, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.09.2008; Rcl 6650, Rel. Min. Ellen Gracie, 16.10.2008.

¹³ TJSC, 735241 SC 2009.073524-1, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 17/10/2011, 2ª Câmara de Direito Público.

do âmbito de incidência da SV 13 não se furta a críticas bem razoáveis. José Sérgio Monte Alegre (2008, p. 64) assaca uma, que pela pertinência merece transcrição:

“É honesto deixar de nomear mulher, filhos, sobrinhos, companheira, pai, mãe, avós, para cargos de pequena expressão, na Administração Pública, inclusive de menor repercussão financeira, não importando a boa qualificação que possam ostentar, mas é honesto fazê-lo para cargo de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou de Município? Após a Súmula, Governador de certo Estado nomeou seu irmão para ser Secretário desse mesmo Estado e tudo foi considerado como bom, firme e valioso (Medida Cautelar na Reclamação n. 6650-9/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, no DJe n. 184, p. 99-100, 2008). Todavia, se o houvesse nomeado para chefe do almoxarife do Palácio do Governo, bem, aí violaria a Constituição!”

Como decorrência dessa hermenêutica sustentada pelo STF tem-se, na prática, duas modalidades de nepotismo: o nepotismo ilícito (ofensivo aos princípios constitucionais já referidos) e outro perfeitamente lícito (compatível com tais princípios). Além disso, esse entendimento jurisprudencial tem estimulado a que muitos prefeitos e governadores criem novas secretarias com o intuito de promover seus familiares de funções comissionadas subalternas para cargos de natureza política no primeiro escalão da Administração Pública, migrando do nepotismo ilícito para o nepotismo lícito.

Este posicionamento do STF, como diz Tourinho (2011), reacende o debate sobre o alcance do conteúdo dos atos políticos. Atualmente o entendimento que prevalece é no sentido de que nenhuma categoria de ato está excluída da observância da Constituição e, principalmente, dos princípios administrativos. Nessa linha de raciocínio, nada justifica a exclusão dos agentes políticos, Ministros e Secretários de Estados,

Distrito Federal e Municípios, da regra estabelecida para o nepotismo. Quando o Chefe do Executivo Municipal nomeia um irmão para ocupar o cargo de Secretário de Saúde do Município obviamente que se configura o nepotismo, com a presença dos dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. Não há motivo de excluí-lo da regra geral, uma vez que houve a violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

A exclusão dos mencionados agentes políticos do alcance da SV 13 revela um contrassenso em total desacordo com a moderna doutrina dos atos políticos. Ademais, revela o desconhecimento da Suprema Corte dos reais problemas enfrentados nos milhares de municípios brasileiros, no que concerne à prática do nepotismo. O beneficiamento de parentes com cargos de primeiro escalão de governo tem gerado consequências nefastas às Administrações Públicas locais.

7. Casos específicos de nepotismo reconhecidos pela jurisprudência

A casuística jurisprudencial oferece situações em que podemos reconhecer a prática proibida:

- Nomeação, por juiz, de parente, cônjuge, consanguíneo ou afim, bem como de amigo íntimo, como perito do juízo, comportamento esse que macula a imagem do Poder Judiciário, corrói a sua credibilidade social e viola frontalmente os deveres de “assegurar às partes igualdade de tratamento” e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (CPC, art. 125, I e III)¹⁴.

- A nomeação de cunhado da autoridade nomeante ou indicado por ela para ocupar cargo em comissão no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de

Goiás viola os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência¹⁵.

- Nomeação de menor impúbere para o exercício de cargo comissionado. Caracteriza-se ato de improbidade administrativa a nomeação de filho menor de 18 anos para a função pública, uma vez que ofende os princípios da administração¹⁶.

8. Contratação temporária versus nepotismo

O servidor nomeado a título precário, de modo temporário após teste seletivo simplificado, não goza de estabilidade equivalente à oriunda do concurso público formal. Assim, à Administração Pública é permitido promover a dispensa do servidor, a seu alvedrio e conveniência, a qualquer tempo, sem a necessidade de prévio processo administrativo ou justificativa do ato.

A extinção do contrato temporário, diante da prática de nepotismo, não configura qualquer ilegalidade¹⁷.

Para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constitui prática de nepotismo:

“A contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento” (art. 2º, inc. IV, da Resolução nº 07, de 18.10.2005).

¹⁵ STJ, RMS 31.947/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª T., julgado em 16.12.2010, DJe 02.02.2011.

¹⁶ TJGO, 2ª CC, AP no 54530-7/188, rel. Des. Feneleon Teodoro Reis, j. em 21/11/00, DJ de 06/12/00, p. 6.

¹⁷ TJRN, 1ª Câmara Cível, Apel. Cív. 84285 RN, Rel. Desembargador Cristóvam Praxedes, j. 03/12/2009. Em sentido contrário: TJSC, MS 646374 SC, Relator(a): Newton Janke, Julgamento: 21/08/2009, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público.

¹⁴ STJ, RMS 15.316/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 30/09/2009.

Embora a Resolução 07/2005 do CNJ se restrinja ao âmbito do Judiciário, nada impede que os princípios norteadores desse ato normativo sejam observados por toda a Administração Pública, vez que decorrem diretamente da Constituição.

As contratações por tempo determinado, formalmente adequadas às determinações constitucionais, também deverão submeter-se aos ditames da moralidade e probidade administrativas, pois não podem se constituir em instrumento de pessoalidade pela reiteração das contratações nepóticas, assim como não se deverão constituir em subterfúgio à excepcionalidade temporária do interesse público, visando unicamente ao desvirtuamento do permissivo de exceção constitucional, em afronta à norma geral do recrutamento público (VASCONCELOS, 2005).

9. *Improbidade administrativa*

Um agente público que incide na prática de nepotismo comete um ato de improbidade administrativa, violando, como regra, o artigo 11 da Lei 8.429/1992¹⁸. Ou seja, incide a lei de improbidade administrativa por conta da violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, sendo, neste caso, desnecessário falar-se em dano ou lesão material ao erário. Eventualmente, pode incorrer nas sanções dos artigos 9º e 10 da mesma lei se, por exemplo, *nomear* um parente, sob a condição de ficar com percentual de seu salário (“comissão”) ou de simplesmente receber o salário sem a contrapartida do serviço (“servidor fantasma”), o que configuraria enriquecimento ilícito.

O STJ reconhece inclusive que:

“Em tese, é possível a condenação do administrador ímprobo a resti-

tuir as despesas com contratação de servidores que, embora tenham trabalhado, o fizeram por força de ato ilegal e inconstitucional. Com efeito, a contratação de pessoas que não apresentam qualificação compatível com o cargo que ocupam ou que deixam de prestar adequadamente o serviço (o que é comum em casos de nepotismo e clientelismo, p.ex.) causa dano, direto ou indireto, ao Erário”.¹⁹

10. *Reclamação perante o STF*

O Ministério Público dispõe de alguns mecanismos para coibir a prática do nepotismo: ação civil pública, recomendações e reclamação perante o STF para garantir o cumprimento da SV 13²⁰.

A reclamação funda-se no direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), tanto que qualquer do povo (“parte interessada” – que se sinta prejudicada pelo ato) pode ajuizá-la. Busca-se por meio desse remédio constitucional assegurar dois caros valores processuais: a efetividade e o juiz natural.

Nos termos do § 3º do artigo 103-A da Constituição da República, que prevê o ajuizamento de reclamação em face de ato administrativo ou decisão judicial que confronte os termos de súmula vinculante, o Ministério Público, através de seus órgãos de execução, pode ajuizar ação de reclamação, após esgotar os meios ordinários, para fazer respeitar a SV 13.

A Lei nº 11.417/2006, no art. 7º, §1º, dispõe que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. Isso significa que o acesso à justiça, independente de quem

¹⁸ “A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992” (STJ, REsp 1.009.926/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010).

¹⁹ REsp 1090707/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 31/08/2009.

²⁰ “Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público” (BRASIL, 1990).

seja, é vedado enquanto não for esgotada a via administrativa, exatamente como ocorre com as ações referentes à disciplina e às competições desportivas (CF, art. 217 e parágrafos).

Qualquer cidadão pode utilizar-se da ação popular para anular atos que importem em prática do nepotismo:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (CF, art. 5º, LXXIII).

11. Os vícios decorrentes do nepotismo

Com diz Keller (1967, p. 56), a transmissão de privilégios, do grupo central (classe dirigente) de uma geração para o de outra, constitui o aspecto mais vulnerável da estratificação de classes. É aí que se encontram os maiores abusos, quando os homens exploram as suas posições em benefício de seus filhos, de suas esposas e parentes próximos.

As distorções da família – conceitualizadas genericamente no nepotismo – se fazem sentir rápida e desastrosamente. As vantagens facilmente adquiridas, os favorecimentos ilegítimos, o nepotismo escrachado quebram a energia das vontades, adormecem a iniciativa e habituam o favorecido à inércia improdutiva diante de energias que se atrofiam – um *tedium vitae*.

Do esmorecimento das energias sai o parasitismo, agarrado com suas ventosas e colchetes, para sobreviver, à famigerada rede protetora da apadrinhagem. O favorecido consome o tempo a mendigar ou a articular novas e mais ricas vantagens com seus tentáculos cobiçosos, molemente recostado nas facilidades do familismo. O trabalho profícuo (e orgânico) para ele per-

de inteiramente valor e passa a ser uma indignidade, pois, afinal, enquanto a fonte de padrinhos permanecer jorrando, enquanto a troca de favores for cavalheirescamente respeitada, nada há com que se preocupar.

A concorrência livre e saudável, sem auxílios artificiais e desleais, guiada pelo princípio constitucional da isonomia e tendo como critério a capacidade e mérito de cada indivíduo constitui, positivamente, a bela luta pela vida, uma justa força seletora a agir na sociedade humana, responsável na natureza animal pela harmonia que tanto enche e seduz o olho humano. Mas todo esse esquema social saudável vem abaixo ou sofre forte abalo com as falsas hierarquias, vantagens, superioridades e subalternidades criadas pelo nepotismo.

A luta no trabalho e na indústria, superando a luta por facilidades, gera efeitos práticos inarráveis: extinção dos privilégios de casta, diminuição dos parasitas da sociedade, aproximação dos grupos sociais, aumento do número dos que trabalham, criando vínculos de elevada solidariedade com os seus iguais. E essa perspectiva possibilita que as condições de êxito social sejam, dada a igualdade das capacidades, iguais para todos, numa nova atitude psicológica e psicossocial dos indivíduos em relação à coletividade. Teríamos, então, a base para a definição de uma sociedade democrática.

Dito isso, podemos elencar, em apertada síntese, as consequências ruinosas que o nepotismo acarreta no serviço público:

- 1 – Cria entraves à profissionalização da gestão;
- 2 – Quebra o princípio da impessoalidade, sobrepondo o interesse particular ao público;
- 3 – Viola o princípio da moralidade administrativa;
- 4 – Rompe com o consagrado princípio da isonomia, ao restringir o acesso em condições de igualdade às funções públicas;
- 5 – Contribui para a queda da produtividade e da eficiência;

6 – Ocasiona conflitos de lealdades dentro de uma organização administrativa, principalmente quando o favorecido é colocado em posição de supervisão direta sobre outro;

7 – Gera ressentimento de parte do aparato burocrático contra o exclusivismo e o privilégio dos favorecidos (ou servidores “patrimoniais”);

8 – Perturba a disciplina administrativa devido à falta de imparcialidade do superior para exercer seu poder de mando num plano de igualdade sobre os servidores vinculados familiarmente aos servidores com poder de decisão.

12. O alcance da SV 13 e a incompletude lógica do Direito

Uma súmula vinculante é tão genérica e abstrata quanto uma lei. E como norma genérica ela não consegue prever todos os casos possíveis de ocorrer no cotidiano. Por sua própria natureza, é impotente para fornecer, por si só, todas as soluções reclamadas pela ordem jurídica (LIMA, 1955, p. 95), não se podendo exigir do STF (no caso das SVs) ou do legislador (no caso da lei) uma inatingível onisciência.

O instituto da SV não tem força orgânica ou elasticidade ilimitada para abranger todos os casos concretos. O próprio constituinte derivado, sabedor dessa incompletude lógica da lei ou da norma escrita, ao atribuir ao STF o poder de editar SVs, facultou-lhe “proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (CF, art. 103-A, *caput*). A faculdade de revisão da SV é, claramente, o reconhecimento de que o entendimento sumular vinculante não abarca todas as situações concretas da vida.

Desse modo, muitas situações que ocorrem na Administração Pública no que concerne ao nepotismo não encontram pronta solução na SV 13. E isso autoriza dizer que o entendimento do STF veiculado na referida SV não impede que outras situações

de nepotismo sejam vedadas com base nos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia.

Na sessão plenária de 21.08.2008, na qual foi aprovada a SV 13, o Min. Ricardo Lewandowski enfatizou a preocupação de que a redação da súmula jamais abarcaria todas as hipóteses da realidade fática (ARAKAKI; ORTIZ, 2011, p. 114).

Digamos que o STF não tivesse tido a cautela de inserir na redação da SV 13 a expressão “... compreendido o ajuste mediante designações recíprocas...”, estaria o nepotismo cruzado autorizado? A resposta, obviamente, é negativa. A Suprema Corte tem o firme entendimento de que a proibição do nepotismo (em todas as suas formas) não depende de lei formal (ou, por extensão, de outro ato normativo com força vinculante) para ser implementada; decorre, diretamente, dos princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF – que gozam de eficácia imediata. E isso faz com que todos os fatos não encaixados na moldura sumular, mas violadores da Constituição, estejam interditos.

A grande e decisiva crítica que se faz à SV 13 refere-se à sua edição a “toque de caixa”, após dois pronunciamentos do STF sobre a matéria numa única Sessão Plenária. Esse procedimento contraria a Constituição que exige a edição de súmulas vinculantes após “reiteradas decisões” (CF, art. 103-A). Assim, muitas questões envolvendo essa matéria complexa não conseguiram ser abarcadas pela SV 13²¹, talvez pela precipitação com que foi aprovada (sem um debate e um estudo aprofundados).

O Senador Demóstenes Torres, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao emitir parecer sobre a PEC nº 15/2006, que pretende vedar expressamente a prática do nepotismo, assinala:

²¹ Exemplos temos no nepotismo trocado (entre pessoas jurídicas distintas) e a nomeação de parentes de vice-prefeito, vice-governador e vice-presidente (que não guardam vínculo hierárquico com a autoridade nomeante).

“A despeito dos propósitos moralizadores que animaram os Ministros do STF na elaboração da Súmula, ela é passível de crítica quanto ao modo como se deu sua aprovação, bem como quanto à forma como foi redigida. No que concerne às circunstâncias em que se deu a aprovação, merece registro que apenas quatro julgados serviram de precedentes ao Verbete, dois deles prolatados numa mesma ocasião, às vésperas da edição da Súmula”.²²

12.1. Situações anteriores à SV 13

O enunciado da SV 13 aplica-se às situações criadas antes de sua edição, pois não há direito adquirido à manutenção de um quadro de inconstitucionalidade ou a uma situação de nepotismo.

13. Conclusão

Diante do exposto é possível concluir:

I – A vedação do nepotismo não induz ao radicalismo de impedir a ampla acessibilidade dos cargos públicos, inclusive aos parentes²³, desde que tenham sido aprovados em concurso público ou assumam cargos de natureza política. O que se veda num ambiente democrático é o privilégio puro e simples.

II – A SV 13 do STF não esgota as situações em que pode ocorrer a prática do nepotismo. A Suprema Corte, neste sentido, tem sólido entendimento (inclusive, previamente à edição da SV 13) de que a vedação do nepotismo em todas as suas variáveis e

categorias conceituais decorre diretamente da Constituição Federal e independe de lei formal (e por extensão, de qualquer outro ato normativo geral e vinculante).

III – A SV 13 apresenta sérias limitações: 1. o círculo proibitivo limitado ao vínculo de parentesco com a autoridade nomeante ou com servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento (não abarca, por exemplo, a nomeação de parentes de agentes políticos); 2. a incompatibilidade do vínculo de parentesco apenas de servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento da *mesma pessoa jurídica* (não pune, por exemplo, o nepotismo trocado entre pessoas jurídicas distintas); 3. ausência de disciplinamento de servidores de cargos efetivos que ocupam cargo em comissão.

IV – A grande e decisiva crítica que se faz à SV 13 refere-se à sua edição a “toque de caixa”, após curto debate no STF. Esse procedimento contraria a Constituição, que exige a edição de súmulas vinculantes após “reiteradas decisões” (CF, art. 103-A) e responde por que algumas questões envolvendo essa matéria complexa não conseguiram ser abarcadas pela SV 13, como o nepotismo trocado e a nomeação de parentes de agentes políticos.

V – Uma das hipóteses possíveis de ocorrer na prática e não prevista na SV 13: nomeação de parentes de agentes políticos. Embora a situação não seja abarcada pelo círculo proibitivo da SV, a prática continua vedada por violar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência.

VI – A falta de clareza conceitual entre cargos de natureza política e os de natureza técnica (ou administrativa), aliada a uma deficiente política de recursos humanos, impedem a moldagem de um perfil profissional para os cargos em comissão ou de confiança, abrindo espaço para a distribuição aleatória, arbitrária e clientelista desses cargos, favorecendo o arraigamento do nepotismo em nossa cultura política

²² <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/61786.pdf>.

²³ “La prohibición del nepotismo no es un criterio de ‘no-familiares’, pero sí le prohíbe a un servidor público usar o abusar de su posición pública para obtener trabajos para los miembros de su familia. El objetivo no es evitar que las familias trabajen juntas, sino evitar la posibilidad de que un servidor público pueda favorecer a los miembros de su familia en el ejercicio de una autoridad discrecional a nombre del público para contratar empleados públicos calificados” (TRANSPARÊNCIA MEXICANA, 2011, p. 296-297).

(RIBEIRO, 2011; QUINTANS, 2011) e administrativa.

VII – O caminho que leva ao progresso exige seja largado como ferro velho o suspeito fardo dos laços de sangue. Qualquer sociedade que almeja modernizar-se deve libertar-se dum conjunto de estruturas e de grupos esclerosados que já se não adaptam às exigências da cultura e do progresso técnico, não estando à altura da civilização urbana e industrial definitivamente esboçada. Há, portanto, em qualquer agrupamento social uma luta constante contra as primitivas redes de parentesco, que aparecem como obstáculos ao livre desenvolvimento das pessoas ou atentatórias da sua dignidade. Onde o combate tende a eliminar estes laços (no que eles têm de antissociais) ou restringi-los ao legítimo espaço familiar, a modernização tende a ser um processo menos doloroso e injusto.

Referências

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (nepotismo), do STF: decifra-me ou te devoro! *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 43-77, 2008.
- ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 101-121, abr./jun. 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 51*, de 14.02.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 maio 1990. Seção 1, p. 10159. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 579.951-4/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Natal, 20 ago. 2008. Disponível em: <<http://portal.cnm.org.br/sites/5800/5840/site/Nepotismo.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2011.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0155.09.022612-9/002-MG*. Belo Horizonte, 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-234358846>>. Acesso em: 17 out. 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DÍAZ GUEVARA, Juan José. *El nepotismo y su regulación en el Perú*. Lima: Matriz Jurídico Política, 2009. Disponível em: <<http://jdiazg.blogspot.com/2009/07/el-nepotismo-y-su-regulacion-en-el-peru.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- FIGUEIREDO, Maria Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GARCIA, Emerson. O nepotismo. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 72, 13 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4281>>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- KELLER, Suzanne. *O destino das elites*. Tradução de Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MAGALHÃES, Bruno Barata. Não há interpretação exata para a Súmula Vinculante 13. *Revista Consultor Jurídico*, 10 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-10/nao_interpretacao_exata_sumula_vinculante_13>. Acesso em: 17 out. 2011.
- _____. Agente político municipal e a Súmula Vinculante nº 13. Análise do verbete nº 13 do Supremo Tribunal Federal em face da Reclamação nº 7.317. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2018, 9 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12181>>. Acesso em: 4 jun. 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MICCOLIS, Mauro. *Nepotismo*. [S.l.]: MiccolisMauro, 2011. Disponível em: <<http://miccolismauro.wordpress.com/2011/06/20/nepotismo>>. Acesso em: 13 nov. 2011.
- QUINTANS, Alexandre Duarte. *Nepotismo: a outra face da moeda*. João Pessoa: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/nepotismo/nepotismo2.shtml>>. Acesso em: 8 dez. 2011.
- RAZAVI, Vahid. *The age of nepotism*. [S.l.]: [s.n.], 2009.
- RIBEIRO, Paulo Roberto Rios. Os limites do público e do privado na República: o nepotismo na Administração Pública brasileira. *Revista Jurídica: Praedictio*, São Luís, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revistapraedictio.inf.br/download/artigo12.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Zélio Maia da. Nepotismo e concurso público: critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na administração pública. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 12, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5427>. Acesso em: 8 dez. 2011.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 39-45, jan./mar. 2002.

TEIXEIRA, José Cardoso. *O impacto do nepotismo no processo de recrutamento num pequeno conjunto de pequenas e médias empresas industriais do Concelho de Viseu*. 2008. Tese (Mestrado em Gestão de Empresas) – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2008. Disponível em: <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1296/2/tese_JC%20Teixeira.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 3. ed. Porto: Marãnus, 1945.

TOURINHO, Rita. *O Combate ao Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13: Avanço ou Retrocesso?* Goiânia: Ministério Público do Estado de Goiás, 2011, Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2011.

TRANSPARÊNCIA MEXICANA. Conflicto de intereses, nepotismo y amiguismo. In: _____. *Libro de consulta*. [S.l.]: [s.n.], 2000. p. 294-304. Disponível em: <<http://www.transparenciamexicana.org.mx/documentos/Sourcebook/capitulo21.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo. *DireitoNet*, 4 out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2299/O-principio-constitucional-da-moralidade-e-o-nepotismo>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

WELLS, Hebert George. *História universal*. 7. ed. Tradução de Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. v. 2.

Biodireito e desenvolvimento sustentável

Antonio da Silva Campos Junior

Sumário

1. Introdução. 2. Breve dinâmica dos direitos humanos. 3. Um percurso conceitual. 3.1. Ética. 3.2. Bioética. 3.3. Biodireito. 4. Nosso Futuro Comum. 5. Princípio do desenvolvimento sustentável. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Início do século XXI. É neste tempo que se constata que o constitucionalismo, movimento que defende a ideia de que o governo de um Estado deve ser regido em razão da garantia dos direitos humanos, se estabelece consolidando valores éticos.

Nessa esteira, o biodireito afirma-se como disciplina, pois numa unidade congrega uma doutrina particular, uma legislação específica e uma jurisprudência própria, que cuida dos problemas pertinentes aos avanços da biotecnologia. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 – atua como documento de legitimação, protegendo o ser humano não apenas em razão da sua condição de indivíduo, mas principalmente em face da sua transcendência, ou seja, da sua humanidade.

Nesse contexto, este trabalho apresenta o biodireito como um conhecimento integrador dos desafios da ciência com as expectativas sociais estabelecidas na Constituição. Essas questões serão relacionadas à problemática do desenvolvimento sustentável, que pode ser compreendido como

Antonio da Silva Campos Junior é graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 1996). Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (UEPB, 2001). Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2006). Professor da Universidade Federal de Campina Grande (UFCCG, 2004).

um direito fundamental, a ser efetivado mediante políticas e planejamento, constituindo um dever do Estado para com a qualidade de vida do cidadão. Isso pressupõe uma hermenêutica da Constituição que pondere os valores do desenvolvimento, da liberdade e da igualdade.

O conceito de desenvolvimento sustentável comporta traços éticos, que fundamentam uma crítica à forma como se desenvolveu o progresso técnico no século XX. Constata-se que o crescimento econômico e o desenvolvimento científico não implicam necessariamente desenvolvimento social. O tema é o biodireito, em que se destaca o problema da relação entre a ética e o direito na regulação da liberdade científica e política. Nosso objetivo geral é estabelecer uma relação entre a bioética e o biodireito para especificamente tratar do princípio do desenvolvimento sustentável.

O trabalho não apresenta as suas considerações finais baseando-se em resultados estatísticos, mas valendo-se de análise bibliográfica, com a pretensão de relacionar conceitos num esquema teórico. Constata-se, assim, a intimidade entre a ética e o direito no fenômeno da judicialização.

2. Breve dinâmica dos direitos humanos

A expressão “dimensões do direito” tem servido como uma síntese evolutiva da história dos direitos humanos, que assim podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões. Portanto, a ideia de trabalhar com dimensões serve para caracterizar, com marcos paradigmáticos, a evolução dos direitos humanos.

Embora a doutrina tenha desenvolvido outras dimensões, temos, inicialmente, a dimensão individual-liberal como a primeira dimensão, que destaca os direitos civis e políticos, estabelecidos a partir das ideias liberais de liberdade. São as liberdades negativas ou formais, como direitos básicos do indivíduo em face da atuação do poder público, as quais buscam controlar

e limitar o governo para que respeite as liberdades individuais da pessoa humana, assim significando uma prestação passiva do Estado em relação ao indivíduo. A segunda é a dimensão social, que foca os direitos econômicos, sociais e culturais, direitos cujo principal conteúdo é a igualdade, que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas. Significa uma obrigação de atuação do poder público em favor do cidadão e não mais um não fazer. Trata-se de uma atuação com o objetivo de garantir melhores condições de vida à sociedade. A terceira dimensão é a dos direitos de solidariedade, na qual figura, entre outros, o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, que estabelece a fraternidade como um dos principais princípios, materializando a titularidade coletiva, importante processo de desenvolvimento e reconhecimento dos direitos humanos como valores indisponíveis.

Ao discutir a fundamentação do direito, Bobbio (2004) afirmou que o problema não seria mais o de saber os fundamentos do direito; a questão agora seria a sua proteção. Assim, não importa saber quantos são esses direitos; o que importa é saber como garanti-los. A importância do tema dos direitos ressalta em razão do seu envolvimento com a democracia (BOBBIO, 2004, p. 25, 203).

3. Um percurso conceitual

3.1. Ética

A etimologia grega aponta a ética como o domínio comum dos costumes numa dupla função: a de designar os princípios e as normas do permitido e do proibido; e a que se refere à dimensão subjetiva do sujeito no respeito às regras (CANTO-SPERBER, 2003, p. 591). A ética estuda a conduta da existência humana; assim, apresenta-se como um saber prático da prudência do agir humano, que se realiza com base em princípios e na busca de finalidades. A ética

designa a tradição do hábito, que se impõe como sabedoria, definindo o modo de viver humano. É o estudo do porquê de serem as condutas morais ou imorais, concentrando-se no exame do correto e do impróprio.

Um traço da ética clássica consiste na compreensão de que o exercício da técnica seria eticamente neutro, pois a ação técnica materializaria o enfrentamento de necessidades advindas da existência humana. Esse saber, como vocação, não valorava eticamente a atuação do indivíduo humano sobre os objetos. Por essas premissas, a ética era antropocêntrica, resumindo-se ao inter-relacionamento dos indivíduos humanos. Os problemas do bem e do mal evidenciavam-se na ação. A ação boa era assim avaliada por critérios imediatos; as consequências posteriores não eram consideradas, senão justificadas pelo acaso do destino ou da providência. A ação correta era a que resolvia com sabedoria o problema da ocasião. Assim se desenvolveu uma ética cuja atuação era o aqui e o agora. O compromisso seria com o tempo presente, com aqueles que pudessem suportar os efeitos das ações ou omissões que o indivíduo pratica. Não eram responsabilizáveis os efeitos involuntários de um ato bem executado. Esse paradigma defasou-se. Assim, o coletivo impõe às considerações da ética uma nova dimensão de responsabilidade. Um exemplo é a compreensão da vulnerabilidade da natureza em face da exacerbação da sua exploração. Foi em torno desse problema que se desenvolveu a ciência do meio ambiente. Agora, os problemas da natureza são da responsabilidade do humano; assim, o objeto da ética amplia-se (JONAS, 2006, p. 35-40).

3.2. Bioética

Compreende-se a bioética como a ética cujo objeto é a proteção da vida humana, em face dos avanços tecnológicos da ciência.

Um fenômeno que caracteriza o começo deste século é o da “constitucionalização”.

Seus principais traços consistem, quanto ao aspecto formal, na judicialização dos problemas e, quanto ao aspecto material, na força normativa dos princípios constitucionais. É por esse prisma que a bioética se relaciona com o princípio da dignidade humana. Assim, os direitos à liberdade, à vida e a um meio ambiente saudável, por estarem constitucionalizados, ganham uma especial proteção e garantia, o que permite que se questione juridicamente a liberdade de atuação da ciência em face dos direitos da pessoa humana.

A Constituição vigente proclama, em seu artigo 5º, inciso IX, a liberdade da atividade científica; entretanto, tal permissão não é absoluta em razão do valor da dignidade da pessoa humana, fundamento do estado democrático de direito, que constitui a República do Brasil, conforme estabelecido no artigo 1º, inciso III, do referido diploma. Logo, nenhuma ação científica terá a liberdade protegida se colocar em perigo a dimensão da dignidade humana. Portanto, a atividade científica não pode desconsiderar os princípios da ética, nem os fundamentos constitucionais.

Constata-se uma intermediação entre a ética e o direito na regulação do agir científico. A ética ocupa-se daquilo que diz respeito à fundamentação moral, cuidando o direito do aspecto da legalidade. Essa unidade nutre uma ordem jurídica que se baseia na dignidade humana para justificar os valores protegidos constitucionalmente. Ao se valer da ética, o direito não a torna secundária, mas, ao contrário, torna-a evidente na realidade.

A bioética, para cuidar dos procedimentos que afetam a vida humana e influenciá-los tem de observar as considerações expressas pelo direito. Assim, a dignidade da vida humana é alçada a um enfoque metajurídico em razão de sua base antropológica e de sua justificação ética. A bioética, quando ultrapassa o universo axiológico e é posta no ordenamento jurídico, transmuda-se em biodireito. Um exemplo desse ultrapassar

consiste no desenvolvimento da biotecnologia e na correspondente problematização com os direitos humanos. O direito e a ética enfrentam situações derivadas do desenvolvimento tecnológico e científico, os (bio) riscos, que podem decorrer (dos abusos) da investigação científica e das técnicas que tratam da vida e da saúde. Daí o surgimento de uma disciplina, o biodireito, que se envolve diretamente com a genética, a biotecnologia e a bioengenharia.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada por aclamação em 3 de outubro de 2005, pela Conferência Geral da UNESCO - artigo 3º - firma a importância de respeitar o ser humano, na unidade de sua individualidade com a sua condição coletiva de membro de uma espécie, a humana, reconhecendo, portanto, o valor da sua dignidade. A citada Conferência, consciente dos atos que possam pôr em perigo a dignidade humana, pelo uso impróprio da biologia e da medicina, resolve estabelecer, no âmbito das aplicações da biologia e da medicina, as premissas adequadas para garantir a dignidade do ser humano e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa. Positiva-se, no artigo segundo, o primado do ser humano da seguinte forma: "O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência" (UNESCO, 2006).

No Brasil, a Lei 11.105/05, que regulamenta os incisos II, IV e V do §1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece como norma, em seu artigo 1º, que o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM - e seus derivados deve observar o princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, da vida e da saúde humana.

É importante enfatizar que o conceito de "vida" concebido, em termos jurídicos, como direito que se fundamenta na unidade da individualidade com a alteridade, o que impõe o dever de respeito à vida do outro.

Cuidando o Direito Constitucional do desenvolvimento, seja quando trata do homem, seja quando trata da sociedade, as questões da evolução científica não poderiam ficar de fora. Assim, considerando-se a relação entre ética, bioética e direito, observa-se que os princípios da bioética não podem contradizer os princípios éticos. Logo, fixado o objeto material da bioética, compreenderemos o conteúdo do biodireito, perspectiva que mais interessa ao jurista, visto que a Constituição, na condição de núcleo político de um ordenamento, organiza o direito com base em valores antropológicos. Nesse sentido, Dantas (2008b, p. 145) relata que "Esta constatação permite que se fale, atualmente, em *Biodireito Constitucional* ou autoriza a existência de uma *Bioconstituição*".

3.3. Biodireito

Foi com o desenvolvimento da bioética que se chegou ao biodireito, isto é, com a positivação reguladora da bioética, o que leva à conclusão de que o biodireito consiste na normatização da bioética. Assim, o biodireito pode ser compreendido como um sistema de regras jurídicas, constituindo-se, portanto, no direito que visa estabelecer a obrigatoriedade de observância das regras da bioética.

O biodireito pode se desenvolver considerando o direito ambiental, em razão de ambos terem uma sólida base na bioética, chegando a compartilhar princípios. Um tema que aproxima ambas as matérias é o dos organismos geneticamente modificados, em razão das possíveis implicações nocivas a todo o ecossistema e do fato de eles poderem colocar em risco a saúde do ser humano. Essas duas disciplinas devem ser consideradas como correlatas, destacando-se que a principal característica do direito ambiental é a proteção do meio ambiente, estudado como uma unidade. O biodireito focaliza o ser humano como uma espécie portadora de valores próprios e dependente do meio ambiente.

A bioética como palco, as novas tecnologias como texto, a genética, os alimentos transgênicos, o meio ambiente, a biodiversidade, o desenvolvimento sustentável, o embrião, a morte, a vida, o transplante de órgãos e os direitos humanos como atores compõem uma peça cuja encenação transmite a ideia de que não é razoável juridicamente efetivar qualquer pesquisa científica até que se comprove a inexistência de consequências maléficas ao ser humano e/ou ao meio ambiente. Qualquer indivíduo possui direitos básicos que os outros devem respeitar; assim, entender os direitos humanos por uma perspectiva ética é admitir que, quando se pode evitar, existe uma razão para se impedir a violação dos direitos (SEN, 2011, p. 390-408).

O biodireito tem, por conta de sua íntima relação com a bioética, um campo de investigação amplo. Dessa forma, a bioética desponta como um saber que cuida da vida e do meio ambiente, de um modo geral, e da vida humana, de maneira particular, ajudando na interpretação dos novos desafios advindos dos avanços das tecnologias. O biodireito, como ramo do direito, e a bioética, como ramo da ética, passam a operar numa unidade relacional de objetivos.

Assim, plantas “engenheiradas”, a reação aos alimentos transgênicos, a gestação de fetos acéfalos introduzem o direito em um cenário composto pela medicina e pelas ciências biológicas, num diálogo em que se busca um consenso em face de questões críticas da vida, com destaque para a saúde e o meio ambiente, num contexto em que o tom é o da dignidade da pessoa humana. O biodireito constitui um tema multidisciplinar, visto que, na prática das ciências, as normas jurídicas são uma realidade, pois regulam a atividade científica com fundamento na ética (DURAND, 2007, p. 83). Nesses termos, é possível pensar o biodireito como um sistema, concebido num processo no qual a dignidade humana está vinculada a uma finalidade que conjuga as ideias de justiça e liberdade. Nesse cenário, Dantas (2008b, p. 11) afirma que:

“Não se pense que a questão é apenas jurídica, pois a partir do instante em que se reconhece a existência de valores constitucionais, estes se espraiam em todas as direções, tais como no *Biodireito*, na *Bioética* e na *Deontologia Médica*, valendo lembrar que a área abrangida pelo *Biodireito* alcança, inclusive, as questões ambientais”.

O objeto do direito constitui-se na unidade da complexidade social com a juridicidade. A transformação da vida social implica mudanças na interpretação normativa, visto que a realidade social não se aparta da realidade jurídica. Em sua atuação, o biodireito considera os aspectos ideológicos, políticos, sociais e éticos da coexistência.

Os temas que se pretende que sejam objeto da análise do biodireito revestem-se de valores morais, impondo um diálogo entre direito, ética, filosofia, antropologia, medicina, biologia e engenharia genética. Portanto, o tema desenvolve-se sob o pálio da teoria constitucional contemporânea. Isso quer dizer que a efetivação do direito deve ter como termo inicial a interpretação do sistema de princípios jurídicos, considerando-se que princípios são valores éticos com força normativa. Os princípios não se reportam a um fato específico; assim, eles devem ser entendidos como indicadores a serem atribuídos na apreciação de determinados fatos (GUERRA FILHO, 2000, p. 17).

Portanto, afirma-se que a natureza holística da constitucionalização da bioética fez surgir o biodireito, com a finalidade de relacionar os princípios da bioética ao plano constitucional, numa concepção político-integrativa.

4. Nosso Futuro Comum

Em 1983, ao retomar os debates acerca das questões ambientais, a Organização das Nações Unidas – ONU – cria a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que produz, em 1987, um relatório

intitulado “Nosso Futuro Comum”. Esse documento propõe o desenvolvimento sustentável, que consiste em uma categoria do desenvolvimento que se ocupa em equacionar a exploração do meio ambiente para as satisfações e necessidades da geração presente, sem que essa exploração comprometa o igual direito das gerações futuras. Foram realizadas reuniões públicas, o que possibilitou que diferentes grupos expressassem as suas razões nos debates acerca do desenvolvimento sustentável. O Relatório reafirma a necessidade de uma revisão da forma como a ideia de desenvolvimento é posta em prática, sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas, assim apontando para uma nova maneira de relacionamento entre o indivíduo humano e o meio ambiente. Ressalte-se que o desenvolvimento sustentável tem na proteção ambiental um dos seus principais pilares.

A Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92 – consolidou o conceito de desenvolvimento sustentável como portador da ideia que concilia o desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente. O desenvolvimento sustentável passa a ser um objetivo norteador das políticas públicas. Entre as principais propostas, destacam-se as discussões para a definição dos padrões sustentáveis de desenvolvimento que respeitem, entre outros, os aspectos ambientais e éticos.

Como paradigma, o desenvolvimento sustentável é o meio para a sustentabilidade, cujo objetivo é o desenvolvimento social. Em razão das áreas do conhecimento científico envolvidas no tema (com destaque para a ética, o direito e a gestão das políticas públicas), a categoria “sustentável” do desenvolvimento caracteriza um objeto de estudo que compreende um sistema complexo.

As gestões das políticas públicas, pelo paradigma da sustentabilidade, compatibilizam crescimento econômico com conservação ambiental, efetivando o princípio da solidariedade das gerações presentes

com as gerações futuras. Dessa maneira, materializam-se os direitos transcritos na Constituição. Portanto, a sustentabilidade impõe um conteúdo ético às instituições públicas (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 44).

O conceito de sustentabilidade, princípio constitucional, objetiva a responsabilidade do Estado na efetivação do desenvolvimento. É um dever ético de compreensão das liberdades, em correspondência com o valor expresso pelo princípio da dignidade humana. Portanto, a atitude ética sustentável é aquela em cuja ação se considere o desenvolvimento como bem-estar atemporal, isto é, um bem para a geração presente e as futuras. Assim, a atuação do Estado Constitucional quanto à sustentabilidade do bem-estar constitui uma ação ética (FREITAS, 2011, p. 57-60), pois a Constituição brasileira vigente estabelece, já a partir do seu preâmbulo, o desenvolvimento como um valor. Afirma o referido texto constitucional, categoricamente, que a Assembleia Nacional Constituinte, na condição de representante do povo brasileiro, fora reunida para instituir um Estado democrático, cujo destino seria o de assegurar o desenvolvimento como valor. Em seu título I (Dos Princípios Fundamentais), no art. 3º, III, o mesmo Diploma Político afirma que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento sustentável pode ser compreendido como um direito fundamental, a ser efetivado mediante políticas e planejamento, constituindo dever do Estado para com a qualidade de vida do cidadão. Isso pressupõe uma hermenêutica da Constituição que considere o desenvolvimento como liberdade e que não despreze a igualdade, valor democrático inalienável (SEN, 2000, p. 18-19).

5. Princípio do desenvolvimento sustentável

É importante observar, quanto ao meio ambiente, que, quando se fala em princí-

pios, deve-se ter em mente que estes não se apresentam de forma diversa dos de qualquer outro ramo do direito. É relevante e necessário conceituar o termo “princípios”, destacando-se que se trata daqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso é possível na medida em que eles não têm por objetivo regular situações específicas, mas lançar sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam eles tal meta à proporção que perdem o caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo a densidade semântica, ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla. O que o princípio perde em carga normativa, ganha em força valorativa. Os princípios, portanto, determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando o caminho a ser seguido.

Biodireito e Direito Ambiental compartilham os seus princípios. Exemplo é o princípio do desenvolvimento sustentável.

O termo desenvolvimento, conforme já exposto, expressa o processo pelo qual se avalia uma determinada progressão. Essa progressão indica que a causa do desenvolvimento tem como traço essencial um movimento, que é comparável ao movimento que constatamos quando dizemos que o homem é o desenvolvimento do menino, ou seja, desenvolvimento é devir. Este conceito origina-se da observação de que as ações se concretizam num instante e as consequências dessas ações, isto é, o que resulta delas, se realizam na sucessão do tempo. Assim, problematiza-se a exploração dos recursos naturais, valorizados pela tutela constitucional como bens de uso comum, para as gerações presentes e para as gerações futuras.

A ONU compreende o desenvolvimento como um processo, portanto um movimento, que abrange aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos. Em todos os aspectos, a finalidade é a busca da felicidade (DIMOULIS, 2007, p. 112). As discussões enfatizam o paradigma da exploração

do meio ambiente de forma ordenada, considerando-se, as gerações futuras. Esse é o núcleo conceitual da categorização do desenvolvimento como sustentável. Desenvolvimento sustentável significa a atitude de respeito com as gerações futuras por se considerar a natureza como um sistema holístico (MOTTA, 2010, p. 165). O desenvolvimento deve estar pautado na interação harmoniosa da sociedade com a natureza, buscando-se prevenir o que é verificável nos fenômenos de degradação ambiental.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento elaborado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92, adotou a noção de desenvolvimento como direito; entretanto, o seu exercício está condicionado, como garantia, às gerações futuras e limitado pela proteção ambiental. Desse modo, o desenvolvimento sustentável constitui-se como princípio que cuida, igualmente, tanto do direito do ser humano de satisfazer suas necessidades, desenvolver-se e realizar as suas potencialidades, quer individual, quer socialmente, como do dever de assegurar as mesmas expectativas às gerações futuras. Essa é a relação de reciprocidade entre o direito de desenvolver-se e o dever de conservar o meio ambiente que se entende como sustentável (CONSTANTINOV, 2008, p. 37).

O conceito de desenvolvimento apresenta um traço ético, o qual questiona o progresso técnico e econômico que marcou o final do século XX. Esse conceito prova que o crescimento econômico e o desenvolvimento da ciência não implicam desenvolvimento social (SACHS, 2003, p. 63). Pelo paradigma da sustentabilidade, não se pode dissociar o tema do desenvolvimento do estudo da ética e do direito. A ética, dando importância ao bem-estar, cuida do problema de “como devemos viver” (SEN, 1999, p. 19). A efetivação do direito ao desenvolvimento impõe, no usufruto dos recursos naturais necessários à sobrevivência, uma obrigação: a do planejamento da

apropriação, criminalizando-se o consumo irresponsável.

A ideia de sustentabilidade tem fundamento no reconhecimento de que os recursos naturais são esgotáveis; portanto, é a partir de um reordenamento no modo de utilização dos recursos naturais e no trato do meio ambiente que estaremos garantindo o bem-estar humano e a conservação do planeta. É uma nova razão, que parte da compreensão de que o desenvolvimento deve ocorrer respeitando a capacidade de suporte dos ecossistemas. Assim, o desenvolvimento, para ser sustentável, deve estudar a capacidade de renovação dos recursos naturais, de forma que eles possam continuar a servir às gerações futuras. Logo, para que um comportamento social atenda ao princípio do desenvolvimento sustentável, é necessário que seja equilibrada a utilização dos recursos naturais com a reposição de recursos sucedâneos (CONSTANTINOV, 2008, p. 39).

Compete ao Estado regular o desenvolvimento e a forma de utilização dos recursos naturais da atual geração, para evitar reflexos negativos na disponibilidade e na qualidade desses recursos para as gerações futuras. Assim, compreende-se o meio ambiente como patrimônio interdimensional. Trata-se de uma noção de desenvolvimento que envolve a equitativa utilização dos recursos naturais, por impor parâmetros ao sistema produtivo que considerem as gerações futuras. O desenvolvimento é processo de expansão real das liberdades humanas. Esse pensamento contrasta com os paradigmas restritivos que relacionam o desenvolvimento com crescimento econômico e avanço tecnológico. Assim, o desenvolvimento, para ser sustentável, deve inibir a exploração egoísta dos recursos naturais, relacionando liberdade com desenvolvimento e qualidade de vida com crescimento econômico (SEN, 2000, p. 17-29).

Para que sejam alcançados os objetivos da sustentabilidade, consideram-se novos princípios e valores. Essa mudança de

concepção permite orientar o crescimento levando-se em consideração a dimensão ambiental; portanto, o crescimento deve considerar, na sua evolução, os custos ambientais que serão impostos, como espólio, pela geração presente às gerações futuras. Assim, a satisfação das necessidades básicas está vinculada à solidariedade com as gerações futuras, com a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente em geral (SACHS, 2003, p. 66).

As políticas públicas consistem em instrumentos para a formalização do princípio do desenvolvimento sustentável, com o escopo de promover o desenvolvimento social e cultural, levando em conta a busca da conciliação entre o desenvolvimento econômico e a conservação do meio ambiente e projetando seus efeitos para as gerações futuras (CONSTANTINOV, 2008, p. 40).

6. Considerações finais

Em razão do que foi exposto, pode-se compreender o direito como um sistema que opera com a ética, seja em sua dimensão científica, seja política, seja prática. Quando o objeto de incidência é o desenvolvimento, o direito impõe, a partir dos valores constitucionalmente estabelecidos como paradigmas políticos e administrativos, a forma da sustentabilidade.

O estudo toma como realidade a unidade entre os princípios da ética e a finalidade do direito constitucional, na construção de um paradigma hermenêutico a se operar nas relações do biodireito com a bioética. Pode-se argumentar que a liberdade científica deve considerar os princípios políticos estabelecidos constitucionalmente.

O trabalho não apresenta sua conclusão baseando-se em resultados estatísticos, mas valendo-se de análise bibliográfica, com a pretensão de relacionar conceitos num esquema teórico. Constata-se, assim, a intimidade entre ética e direito no fenômeno da judicialização da bioética em razão da força normativa da Constituição.

Concebem-se neste estudo as pretensões em torno de um direito constitucionalmente humanizado e a sua importância nas transformações sociais. O biodireito é consequência da judicialização da bioética e da interpretação sistêmica dos direitos humanos. Buscou-se, então, afirmar a natureza integral e totalizante da constitucionalização da bioética. Assim, firma-se a compreensão de que o biodireito eleva os princípios da bioética ao plano constitucional, numa concepção político-integrativa e específica do desenvolvimento – a de um processo contínuo que envolve a liberdade com comprometimento social.

O biodireito constitui-se como sistema normativo crítico, cuja finalidade consiste em um diálogo com a ciência. Concebe-se que, além de descrever, também prescreve. Orientando as práticas, serve de compreensão do processo de constitucionalização das políticas. As técnicas científicas apresentam questões que exigem a ponderação dos princípios, com base na imbricação dos conhecimentos da ciência e do sistema jurídico, na busca não mais da verdade exclusiva, mas do estabelecimento de critérios para soluções adequadas. É possível ampliar a função do biodireito para além dos dispositivos jurídicos, tomando-o como conhecimento problematizador da finalidade do desenvolvimento, em face das tensões dialéticas natureza/vida e liberdade/direito.

O biodireito tem uma função incontestável na defesa do principal valor da humanidade, que é a sua dignidade. Exemplo é o fato da gripe suína, que envolve considerações éticas, políticas e jurídicas, com repercussões na esfera individual do cidadão (ao afrontar a sua dignidade), na lisura das pesquisas científicas e, por fim, na probidade de certas políticas públicas. O causador dessa gripe é o vírus Influenza A – H1N1 –, cujo enfrentamento pelas autoridades públicas merece uma investigação, por conta do conflito estabelecido entre a Organização Mundial da Saúde (que classifica o evento como um escândalo médico)

e as indústrias farmacêuticas. A contestação diz respeito aos recursos empreendidos pelos Estados, que transferiram recursos públicos para as pesquisas e estabeleceram políticas públicas para o controle e combate de um mal que posteriormente se soube ser menos letal que a gripe comum. Não obstante, recursos foram transferidos para particulares, e quantidades enormes de vacinas foram compradas sem que depois fossem utilizadas. Este é um caso, mas ainda existem outros, a exemplo da gripe aviária.

Esses eventos subvertem e corrompem a atuação do Estado no desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde, atentando contra a ideia de sustentabilidade e contra o valor da dignidade humana.

O biodireito envolve-se nesse debate articulando princípios éticos e jurídicos, na defesa do indivíduo humano e da ordem democrática, compreendidos como unidade, o que expressa também sua preocupação com as gerações futuras.

Esses problemas permitem, em razão do *ethos* constitucional contemporâneo, que se busque no (bio)direito uma defesa da ética por meio da proteção jurídica, a qual se efetiva com fundamento nos princípios estabelecidos a partir dos direitos humanos, que determinam *a priori* a defesa e a valorização da vida humana.

Referências

- ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, 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, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mar. 2005. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=229297&norma=250537>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

CAMPOS JUNIOR, Antonio da Silva. Biodireito constitucional. In: II ENCONTRO NACIONAL DE BIOÉTICA E BIODIREITO, João Pessoa, 2009. *Anais...* João Pessoa: UFPB, 2009.

CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. *Biossegurança e patrimônio genético*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORRÊA, Elídia Aparecida; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a Ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008a.

_____. A era da biotecnologia constituição, bioética e biodireito. *Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 1, mar./abril 2008b. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505342174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. São Paulo: Loyola, 2007.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: PubliFolha, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Inst. Bras. de Direito Constitucional, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4193>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995.

LEITE, Marcelo. *Os alimentos transgênicos*. São Paulo: PubliFolha, 2000.

LOLAS, Fernando. *Bioética: o que é como se faz*. São Paulo: Loyola, 2001.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Fabio Trevisan; ZAMBELLI, Patrícia Pozzatto. Reflexão jurídica sobre a dependência humana das ciências da saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3268, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21988>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

MOTTA, Márcia (Org.). *Dicionário da terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao biodireito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais: teoria geral e art. 5º da CF/88*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul (Orgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

ROLLA, Giancarlo. La Carta de los derechos fundamentales de la Union Europea en una perspectiva comparada: técnicas de codificación y cláusulas de interpretación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilha, v. 6, n. 11, enero/jun. 2009.

RUSS, Jacqueline. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Scipione, 1994.

_____. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SACHS, Ignacy. *Inclusão social pelo trabalho: desenvolvimento humano, trabalho decente e o futuro dos empreendedores de pequeno porte*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Christian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edmilson (Org.). *Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Take-mi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

UNESCO. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Lisboa: UNESCO, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA JUNIOR, Pedro Abel. *Direitos do consumidor e produtos transgênicos: uma questão polêmica para a bioética e o biodireito*. Curitiba: Juruá, 2005.

A Lei 12.349/2010 e a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações

Uma análise crítica à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável

Gabriela Verona Pércio, Flávio Ramos
e Ricardo Stanziola Vieira

Sumário

Introdução. 1. A busca pelo desenvolvimento nacional e as políticas públicas no Brasil. 2. Desenvolvimento nacional, intervenção do Estado na economia e licitações públicas. 3. Aspectos controversos da política pública de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações. 4. Conclusões.

Introdução

A implementação de políticas públicas por meio do poder de compra do Estado não é propriamente uma novidade. Ao contrário, trata-se de estratégia utilizada com certa frequência por países de todo o mundo. Contudo, os holofotes dirigem-se muito mais ao momento da implementação do que aos resultados produzidos, deixando a desejar nos aspectos *accountability* e análise da política pública. A novel política pública brasileira de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações, ao mesmo tempo em que traz conforto aos setores do mercado acossados pela concorrência desleal com países asiáticos, desperta preocupações relacionadas às possibilidades orçamentárias e ao necessário equilíbrio das ações estatais na busca do desenvolvimento nacional sustentável. Na intenção de inaugurar as discussões sobre o tema, o artigo inicia com uma breve digressão histórica sobre as políticas públicas no Brasil, trazendo alguns aspectos do debate

Gabriela Verona Pércio é mestre em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí - Univali/SC, especialista em Direito Administrativo, Advogada.

Flávio Ramos é doutor em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Coordenador do Mestrado em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí - Univali/SC.

Ricardo Stanziola Vieira é doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica e do Programa de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí - Univali/SC.

que as circunda. Na sequência, aborda a configuração do Estado, a formulação, a implementação e a avaliação de políticas públicas no Brasil e a utilização das licitações como instrumentos de regulação inerente à atuação interventiva do Estado na economia. Delimita as normas que possibilitam atualmente o estabelecimento de margens de preferências para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações realizadas pelo Poder Público brasileiro. No terceiro tópico, traz reflexões sobre a adequação da implementação de tal política pública no País, aponta aspectos controversos e sugere interpretação legal em prol da constitucionalidade e da coerência do novo conjunto de normas. Por fim, nas conclusões, compartilha algumas impressões e preocupações relacionadas ao controle e efetividade da política pública em questão.

1. A busca pelo desenvolvimento nacional e as políticas públicas no Brasil

O Brasil é um país com heterogeneidades e contradições que tornam especialmente distinto o objetivo constitucional de atingir o desenvolvimento, relacionado à ideia de mudança e a um salto de qualidade nas áreas econômica, social, cultural e intelectual (GONZÁLEZ, 2010). Ao longo de décadas, fórmulas têm sido testadas para a concretização de tais mudanças, produzindo avanços, mas também retrocessos.

A tentativa de reforma do Estado, implementada por Bresser-Pereira na corrente do movimento de construção do Estado Pós-Moderno, mundialmente em expansão, que soleniza o compromisso com a busca de resultados que assegurem a concretização dos direitos fundamentais, produziu modificações relevantes, mas não logrou conclusão. A superação de atributos clássicos do Estado, sem oferecer os precisos contornos de um novo modelo, imerso em incertezas e indeterminações, pode ser apontada como uma das causas genéricas

do fracasso (CHEVALLIER, 2009), que também decorreu, entre outras causas específicas, da prevalência da reforma fiscal sobre a institucional (ABRUCIO, 2007).

O fenômeno da globalização, um sistema complexo de integração política, econômica, jurídica, cultural e social de nível mundial, produz a desaceleração do processo de desenvolvimento nacional, especificamente sob o enfoque econômico, na medida em que o Estado brasileiro vislumbra uma forte vinculação dos problemas nacionais às questões internacionais, deparando-se com um espectro de interesses privados que influenciam as decisões político-econômicas em favor do externo (GONZÁLEZ, 2010). A intensa pressão dos setores vinculados ao sistema capitalista internacional pela desregulamentação e liberalização dos mercados produz drásticas consequências para o mercado interno, escorchado pela agressiva atuação de países que buscam além-fronteiras as receitas que o seu próprio *status* de desenvolvimento nacional não pode prover.

De outro lado, por mais esforços que se façam para “resolver” problemas, os cidadãos encontram dificuldades para exigir que as ações governamentais sejam cumpridas, e isso por vários motivos e interesses. A garantia de uma efetiva *accountability* encontra limitações. Indicadores para monitoramento e avaliação dos programas sociais, bem como fortalecer processos de descentralização podem contribuir para formas de controle social das ações governamentais (FARIA, 2005; JANNUZZI, 2005; PRZEWORSKI, 2006; ABRUCIO, 2007; ARRETICHE, 2007). No caso brasileiro, a relação entre governos e cidadãos e entre Estado e Sociedade não favorecem tal monitoramento, pois paternalismos e clientelismos são mais fortes na cultura política brasileira do que cidadania e direitos (FAORO, 2001; BEZERRA, 1995). Desse modo, a modernização do Estado brasileiro e o incremento de cidadania no comportamento governamental e dos gru-

pos sociais ainda podem ser considerados residuais na maioria dos casos. Cabe citar a implantação do Governo Eletrônico (2000) e seus anunciados objetivos de transformar as relações do Governo com os cidadãos e entre os órgãos do próprio governo, de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados e de fortalecer a participação cidadã pelo acesso à informação e a uma administração mais eficiente. O Portal da Transparência do Governo Federal (2004) permite o acesso a despesas e receitas e contém informações sobre participação e controle social, um modelo que tem sido replicado no âmbito dos estados da Federação. Contudo, há um longo caminho a percorrer até o efetivo controle social.

A descentralização e/ou desconcentração¹ dos processos decisórios, noções de participação e cidadania ampliadas e novas e inovadoras formas de gestão permeiam o debate na atualidade. Formas de participação, limites dessas mesmas concepções de participação e deliberação e transformações na esfera democrática predominam, portanto, nesse amplo debate envolvendo as relações entre Estado e sociedade e as consequentes políticas públicas advindas desse processo (ARRETCHE, 2007; FREY, 2004; GUGLIANO, 2004; NOGUEIRA, 2004; PAULA, 2005).

Os modelos de formulação e análise de políticas públicas apresentam grande diversidade (JANNUZZI, 2005; SOUZA, 2007; CAPELLA, 2007; TREVISAN; BELLEN, 2008) e, na maioria dos casos, as formas de *accountability* precisam ser aprimoradas.

No Brasil, os estudos envolvendo políticas públicas são relativamente recentes. A

década de 1980 inaugurou uma sequência de trabalhos contemplando o tema, fruto do processo de democratização do País. Cidadania, direitos humanos, saúde, educação, e as ações sociais do Estado brasileiro constituíram esse ambiente fecundo para que as políticas públicas e seus enfoques sociais ganhassem destaque. Houve um esforço acentuado para que tais ações fossem devidamente analisadas, desde aspectos envolvendo a formulação dessas políticas, como sua efetividade e controle. As relações entre Estado e sociedade, adquirindo novos patamares, privilegiam atores até então não contemplados por estudos do gênero.

A Constituinte de 1988, apesar do debate em torno do (neo) liberalismo no início da década de 1990, definiu, em grande parte, o desenho do Estado brasileiro e as concepções de políticas públicas a partir dessa nova arquitetura do Estado brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil - CF/88 - contém um conjunto de normas que permitem a superação do subdesenvolvimento mediante ações do Estado inseridas na esfera de deveres inarredáveis, passíveis de serem exigidas pela coletividade e, em caso de omissão, gerar a necessária responsabilização. A cogência das políticas públicas previstas no Texto Constitucional é decorrente da supremacia da Constituição, um dos paradigmas de gestão pós-moderna, que eleva a sua implementação ao nível de dever e autoriza a intervenção do Poder Judiciário para exigir seu cumprimento (PEREIRA JUNIOR; DOTI, 2009). Segundo o art. 3º, inc. II, um dos objetivos fundamentais da República é garantir o desenvolvimento nacional.

Cabe lembrar, *ad cautelam*, a distinção entre as noções de desenvolvimento e de crescimento econômico. Tal como ensina Eros Grau (1981), o desenvolvimento de um país pressupõe mutações dinâmicas e um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O desenvolvimento envolve aspectos qualitativos e quantitativos, conduzindo a uma estrutura social nova, em

¹ Por descentralização entenda-se a formação de novas arenas de decisão que contemplem novos ou outros agentes e modelos que podem ser construídos pelos próprios envolvidos e que dali se estabelecem, no sentido *bottom up*, os canais de ação a partir das decisões. Por desconcentração compreenda-se a manutenção das esferas de poder e a preservação do sentido *top down*, tendo-se novos participantes como forma de consulta esporádica e, muitas vezes, com propósitos de ações superficiais.

um processo que abrange não apenas a melhoria do padrão econômico, mas também dos padrões sociais, culturais e intelectuais de uma dada sociedade (GONZÁLEZ, 2010). Sob o enfoque ambiental, especificamente, o crescimento a qualquer custo resulta no consumo crescente de energia e recursos naturais, o que, por si, é insustentável, levando ao esgotamento das fontes naturais e dos serviços ecológicos essenciais dos quais todos somos dependentes.

Uma crítica interessante que tem sido feita ao “desenvolvimentismo” e ao “consumerismo” (ambos associados do crescimento por si só) de nossos dias provém de diversos trabalhos acadêmicos, ou não, como o estudo do Clube de Roma – “Limites ao crescimento” –, e mais recentemente a revisão de indicadores sobre capacidade de suporte dos ecossistemas planetários. Um autor de destaque na atualidade é o sociólogo francês Serge Latouche. Esse pesquisador apresenta a tese provocadora: “Um certo modelo de sociedade de consumo acabou. Agora, o único caminho para a abundância é a frugalidade, pois permite satisfazer todas as necessidades sem criar pobreza e infelicidade”. Serge Latouche, professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud, universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz ou da teoria do decrescimento. Entenda-se que o “decrescimento” aqui não significa apologia à recessão. Ao contrário, visa justamente questionar as bases do atual modelo de “crescimento” que agride tanto o equilíbrio ecossistêmico, os bens difusos, como também a qualidade de vida e saúde da população.

Trata-se de produzir um novo ou verdadeiro tipo de abundância, ou como explica de forma didática o próprio Latouche (PENSAR..., 2012):

“Eu falo de ‘abundância’ no sentido atribuído à palavra pelo grande antropólogo norte-americano Marshall Sahlins no seu livro *Economia da Idade da Pedra*. Sahlins demonstra que

a única sociedade da abundância da história humana foi a do paleolítico, porque então os homens tinham poucas necessidades e podiam satisfazer todas elas com apenas duas ou três horas de atividade por dia. O resto do tempo era dedicado ao jogo, à festa, ao estar juntos.”

Quer dizer que não é o consumo que faz a abundância?

“Na realidade, precisamente por ser uma sociedade de consumo, a nossa sociedade não pode ser uma sociedade de abundância. Para consumir, deve-se criar uma insatisfação permanente. E a publicidade serve justamente para nos deixar descontentes com o que temos para nos fazer desejar o que não temos. A sua missão é nos fazer sentir perenemente frustrados. Os grandes publicitários gostam de repetir que uma sociedade feliz não consome. Eu acredito que pode haver modelos diferentes. Por exemplo, eu não defendo a austeridade, mas sim a solidariedade, esse é o meu conceito-chave. Que também prevê o controle dos mercados e o crescimento do bem-estar” (PENSAR..., 2012).

O crescimento econômico, que muitas vezes se opera pela desigualdade e por efeitos sociais perversos, não é, portanto, conexo à condição de desenvolvimento, equação que não apresenta equilíbrio em suas variáveis (VECCHIATI, 2004).

Segundo Celso Furtado (1961 apud CADERNOS DO DESENVOLVIMENTO, 2006), apenas quando o projeto social confere prioridade e concretiza o incremento das condições de vida da população, o crescimento se transforma em desenvolvimento, o que ocorrerá, contudo, mediante vontade política, em uma sociedade que desempenhe um papel dinâmico nesse processo evolutivo.

A busca pelo desenvolvimento nacional é um grande desafio, permanecendo os me-

canismos sutis que conduzem a ele envoltos em um grande mistério (ARBIX, 2007). São necessárias ações em setores diversos e complementares, entre eles a educação, a ciência e a tecnologia, com o objetivo de propiciar ao Brasil o desenvolvimento de tecnologias que produzam a modernização econômica e social e permitam a participação igualitária no mercado internacional (GONZÁLEZ, 2010), deixando a condição de economia periférica e passando a usufruir dos benefícios oferecidos pelo mercado globalizado. De acordo com o art. 219 da CF/88, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia do País, nos termos de lei federal”, não havendo dúvidas quanto ao dever do Estado, sob o mote do desenvolvimento nacional, de intervir na economia, criando e implementando políticas públicas para setores incapazes de competir igualitariamente com o mercado externo.

Apesar da evolução do conceito de desenvolvimento nacional que se operou nas últimas décadas, o desenvolvimento econômico continua a orientar, precipuamente, as ações do Estado. Contudo, na esteira do movimento mundial em torno da conservação e preservação do meio ambiente e com respaldo no próprio Texto Constitucional, encontra-se definitivamente adjetivado pela sustentabilidade, não se admitindo, modernamente, um desenvolvimento econômico focado apenas ao aumento da produção, do consumo e da riqueza, agregando-se obrigatoriamente a tais fatores a busca por um desenvolvimento sociocultural, que preserve recursos naturais e não gere ou amplie diferenças sociais. Muito embora o conceito de desenvolvimento sustentável ainda seja um conceito em evolução (MATOS; ROVELLA, 2010), é perfeitamente possível identificar os deveres do Estado que concretamente exalam dessa nova concepção de desenvol-

vimento equilibrado, que trata de monitorar, gerir e controlar os estoques de recursos naturais (FERNANDES, 2003). Equilibrar ou “re-equilibrar” essa equação econômica e social talvez seja um dos mais difíceis desafios de nossos tempos. O conceito de “sustentabilidade” em breve deverá ser substituído por “sobrevivência”. Deve-se então ter em mente um sistema jurídico e político com metas claras ao menos para garantir a sobrevivência humana. A atuação do Estado, enquanto garantidor dos direitos humanos de cidadania e “sobrevivência” socioambiental deve, então, ser exemplar.

Uma vertente ainda tímida do debate atual acerca do desenvolvimento nacional propugna que o desígnio de uma nação rica social, econômica, científica e tecnologicamente e a criação de uma verdadeira espiral do desenvolvimento econômico sustentável, depende fundamentalmente de iniciativas nos campos da ciência, da tecnologia e da inovação, voltadas para capacidade do Estado e do setor empresarial de desenvolver e aplicar políticas e incentivos destinados à criação de ambientes e processos capazes de gerar riquezas adicionais a partir da inteligência nacional e do que já existe no País (FANTINE; ALVIM, 2006). Segundo essa teoria, que já se difunde no País, a nova essência de um processo desenvolvimentista seria inteligência, tecnologia e inovação decorrentes, transformando-se em moeda ou capacidade de agir, competitivamente, no mercado mundial e nacional, seguindo o exemplo de países que se tornaram industrialmente poderosos sem dispor de riquezas naturais como o Brasil. Nessa esteira, a propósito, estudos da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2004 confirmaram que o desenvolvimento de produtos ou processos inovadores para os padrões mundiais proporcionam aos respectivos países benesses competitivas singulares em mercados dispostos a aumentar as quantidades adquiridas e a pagar

preços altos, justificando, pois, políticas públicas nessa direção.

É, contudo, importante ressaltar que os debates deflagrados pelas realidades de países que eclodiram em desenvolvimento, como os denominados Tigres Asiáticos, convergiram para as escolhas de longa duração, em detrimento das estratégias de curto e médio prazo, realçando o fato de que os mecanismos de impulsão do crescimento não são espontâneos, automáticos ou naturais (ARBIX, 2007). Os extensos processos de aprendizagem e inovação, produção do conhecimento e capacitação científica e tecnológica estiveram na raiz do desempenho diferenciado de tais países, motivando o estudo de como esses processos possibilitaram a superação do atraso social e econômico e o *catching-up*.² Em tal contexto, as políticas públicas, revitalizadas e redefinidas, surgiram como “atividade nobre”, tendo o Estado desempenhado papel de suma relevância como indutor de escolhas que sustentaram um crescimento econômico a longo prazo.

2. *Desenvolvimento nacional, intervenção do Estado na economia e licitações públicas*

A década de 1990, no Brasil, contemplou instigante debate envolvendo o desenho do Estado e as reformas administrativas englobando a estrutura burocrática brasileira. A ideologia (neo)liberal conhecia seu apogeu. Não foi por acaso que as reformas administrativas que contemplaram organizações públicas e a busca por flexibilidade nos modelos de gestão foram associadas a esse movimento de escala global. O discurso liberal afirmava que o Estado era perdulário e ineficaz. A esquerda reagia e acusava os reformadores de seguirem os ditames do neoliberalismo, mas estava em

consonância com a necessidade de mudança do Estado; o caminho a seguir é que marcava a distinção.

Esse debate, em parte, foi superado. A abordagem neoliberal cede espaço para novas formas de crescimento econômico, *welfare state* e democracia. Draibe (2007) assinala que possivelmente estejamos a vivenciar, não apenas no Brasil, uma nova fase de política desenvolvimentista em que o Estado assume compromissos abandonados desde meados da década de 1980. Independente das divergências envolvendo o tema, fatos como a intervenção do Estado assumindo a promoção de políticas de desenvolvimento ganham destaque na atualidade.

De qualquer modo, o debate em torno da configuração do Estado e da formulação, implementação e avaliação de políticas públicas permanece ativo. Afinal, os instrumentos formais de representatividade, notadamente os processos de controle vertical, demonstram não atender às necessidades de uma sociedade multifacetada. Demandas diferenciadas fazem pressão sobre um Estado que não apresenta as respostas esperadas. De outro lado, fenômenos da tradição política brasileira mantêm-nos nos dias atuais como, por exemplo, o fato de obtermos conveniências de uma organização política que confunde governo e Estado por meio da concentração de poder e sua manutenção, subsumindo a gestão e a cidadania no mínimo ao segundo plano ou como consequências do poder político – e lembremos ao eleitor, no período eleitoral, o desagravo ou aprovação de governantes (e menos de governos).

A atuação normativa concretiza a intervenção do Estado na economia em sentido lato, ou seja, toda atuação do Estado no âmbito da economia, admitindo-se como tal qualquer tipo de atividade institucional que reflita a participação direta ou indireta do Estado nessa seara (COLLAÇO, 2004). Na última década, tem-se verificado no Brasil uma significativa intervenção nesse

² Citando Arbix (2007), o conceito de *catch up* refere-se às habilidades que um determinado país desenvolve para viabilizar a redução da distância que o separa de um país líder.

sentido. A preocupação, principalmente com o ingresso de produtos e serviços estrangeiros no mercado interno, a preços muito mais competitivos do que os nacionais, tem conduzido a uma atividade estatal reguladora, de criação de incentivos ao mercado nacional. Não se trata de atuação inovadora, pois tais espécies de discriminações são praticadas por diversos países, inclusive os desenvolvidos, em defesa da economia nacional e em nome do princípio da soberania (GRAU, 1981).

As compras públicas também passaram a ser utilizadas como ferramenta de indução de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de setores estratégicos, servindo, o poder econômico do Estado, aos seus objetivos maiores. Não se olvida tratar-se, esta, de uma atuação legítima e lícita. Segundo Souto (2005), o poder de compra da Administração possibilita uma forma de atuação no mercado que se preste a resultados de interesse público primário. Ferraz (2009), enfocando o uso da licitação como instrumento de regulação de mercado, afirma que uma leitura constitucionalizada da licitação possibilita possível prescrever-lhe outros papéis fundamentais à economia de mercado, sendo necessária uma mudança de paradigma, percebendo e aceitando que a licitação é um instrumento de alcance e garantia do interesse público e que nem sempre cabe na rigidez dos Códigos. Justen Filho (2002, p. 40), conceituando regulação, escreve tratar-se do “conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos”, envolvendo a “adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da República”. Ressaltando a necessidade de sincronizar, no Brasil, as atividades de administração pública e de políticas públicas; Moreira (2011) defende a possibilidade de “governar por contratos”

e a eficácia dessa medida para garantir a efetividade das políticas públicas. Assim, não há óbice jurídico a que as contratações administrativas sirvam de instrumentos à regulação do mercado.

Nessa senda, a Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – admite como critério de desempate, em igualdade de condições, que seja dada preferência, sucessivamente, a bens e serviços produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (art. 3º, §2º). A preferência a empresas brasileiras de capital nacional situava-se como primeira opção nesse rol (inc. I), mas não vinha sendo aplicada desde a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que revogou o art. 171 da Constituição da República. O dispositivo estabelecia distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional, possibilitando a estas benefícios considerados necessários ao desempenho de atividades estratégicas ou imprescindíveis ao desenvolvimento nacional e, ainda, a possibilidade de tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços. A Lei 12.349/2010, que alterou a Lei 8.666/93, corrigiu essa incompatibilidade, revogando expressamente o inc. I do §2º do seu art. 3º.

A Lei 12.349/2010 trouxe, também, a possibilidade de se estabelecer, por ato do Poder Executivo, margem de preferência de até 25% sobre os preços de produtos manufaturados e serviços estrangeiros, para produtos manufaturados e serviços nacionais que atenderem a normas técnicas brasileiras. Para tanto, deverão ser considerados indicadores relacionados à geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, o custo adicional dos produtos e serviços e, nas revisões periódicas, uma análise retrospectiva de resultados. Ainda, produtos e serviços que

resultarem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País poderão beneficiar-se de margem de preferência adicional, não superior aos 25%.

A exposição de motivos da Medida Provisória 495/2010, que deu origem à Lei 12.349/2010, deixa clara a intenção de posicionar o Estado como efetivo indutor do desenvolvimento nacional mediante a utilização de seu poder de compra para estimular a produção doméstica de bens e serviços e produzir um correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade e a geração de emprego e renda (VALENTE, 2011). Não há, por todo o exposto, críticas a serem tecidas no tocante à *forma* de intervenção adotada.

3. Aspectos controversos da política pública de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações

O processo que leva à formulação de uma política pública é um importante objeto de estudo, não havendo consenso doutrinário em torno dele. Diversos modelos de formulação e análise de políticas públicas podem ser identificados, não cabendo, para os fins do presente trabalho, sua exploração.³ Todos demonstram, contudo, tratar-se de processo complexo, multidisciplinar e multisetorial, conduzido por diversos atores e influenciado por aspectos exógenos e endógenos. A definição da agenda, a identificação de alternativas, a avaliação e a seleção das opções, fases que, no ciclo das políticas públicas, antecedem a implementação e a avaliação, ocorrem sob a ascendência de fatores sociais, econômicos, religiosos, políticos e, ainda, humanos, o que as torna sensíveis a erros. Sob tal premissa, resta claro que a fase de planejamento é essencial seja para possibilitar os resultados, seja para evitar consequências

indesejadas no âmbito de outras searas do interesse público.

Segundo Costaldello (2001, p. 37), o planejamento de políticas públicas “pressupõe o exame cuidadoso e completo do objeto que constituirá as políticas públicas e dos meios para sua materialização”, conceito que, modernamente, exige o enfoque sob o aspecto do “planejamento estratégico”. Essa noção contém dois marcos bem delimitados (o rito a ser seguido e os resultados a serem obtidos), sendo-lhe ínsito, ainda, o elemento temporal, o qual delimitará o prazo para o alcance dos fins visados. Trata-se de uma estratégia de planejamento da ação administrativa que congrega vários elementos e um prazo determinado, independentemente da alternância de titulares que exercem a tarefa de governar. Cita, a autora, que o planejamento estratégico pode revelar e voltar-se para várias necessidades indicadas no ordenamento jurídico e comprometendo o respectivo aparelhamento estatal, tal como no caso das políticas públicas em educação que devem ser realizadas com os recursos públicos disponíveis que visem a obter esses resultados. Desse modo, o planejamento estratégico envolve não apenas os aspectos do planejamento de uma dada política pública, mas da ação global em relação às diversas políticas públicas elencadas na Constituição e ao alcance dos objetivos do Estado.

No Brasil, a inexistência de uma agenda transversal confunde planejamento de políticas públicas com plano de governo, em prejuízo de projeções futuras e de reflexos em uma perspectiva macro. As ações do governo comumente estão vinculadas à duração do mandato, de modo que os resultados se possam sentir em tempo de serem utilizados como argumento de uma nova campanha eleitoral. Esse uso indiscriminado do poder-dever estatal não leva em consideração no planejamento das políticas públicas as reais dificuldades de implementação, sua complexidade e as consequências a longo prazo.

³ Para maior aprofundamento, *vide* Souza (2007) e Capella (2007).

A política pública da preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações remete à execução do “Plano Brasil Maior”, que estabelece a política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior do Governo Federal para o período de 2011 a 2014, com foco no estímulo à inovação e à produção nacional para alavancar a competitividade da indústria nos mercados interno e externo (BRASIL, [200-]). O Plano estabelece um conjunto inicial de medidas a serem implementadas no citado período, entre elas a regulamentação da lei de compras governamentais para estimular a produção e a inovação no país. Traz, ainda, outras ações voltadas para o desenvolvimento econômico: desoneração dos investimentos e das exportações, ampliação e simplificação do financiamento ao investimento e às exportações, aumento de recursos para inovação, aperfeiçoamento do marco regulatório da inovação, estímulos ao crescimento de pequenos e micronegócios, fortalecimento da defesa comercial, criação de regimes especiais para agregação de valor e de tecnologia nas cadeias produtivas. Assim, a Medida Provisória 495/2010 foi editada com o *estrito* objetivo de estimular a produção e a inovação no País por meio das compras governamentais.

Nenhuma menção havia ao desenvolvimento “sustentável”. Tal como submetido pela Presidência da República ao Congresso Nacional, o referido ato modificava o art. 3º da Lei 8.666 para que passasse a contemplar entre os objetivos da licitação a “promoção do desenvolvimento nacional”. As medidas preconizadas nos parágrafos do art. 3º, especialmente a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais, voltavam-se exclusivamente para o incremento do mercado nacional e o desenvolvimento da inovação tecnológica no país, em clara intenção de viabilizar o desenvolvimento *econômico* nacional. Na tramitação da Medida Provisória pelas Casas Legislativas, a palavra “sustentável” foi

acrescentada à expressão “desenvolvimento nacional”, dando nova tônica ao texto que passou a integrar a Lei 8.666, conforme a conversão da Medida Provisória 495/2010 na Lei 12.349/2010. A modificação tornou efetivas as recomendações da Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P – a qual, bem alerta Valente (2011), é marco meramente indutor de adoção da gestão socioambiental da Administração Pública brasileira – evitando, assim, o trancamento de licitações por questionamentos quanto à legalidade de restrições editalícias.⁴

Nada há de equivocado no aspecto material da modificação perpetrada, que deverá produzir efeitos benéficos inimagináveis. Não era mais possível ignorar os reclamos da sustentabilidade ambiental, mundialmente proclamados. O próprio Plano Brasil Maior aponta como um dos objetivos estratégicos, norteadores da construção de um conjunto de indicadores e metas destinadas a orientar a execução e o monitoramento do Plano, o desenvolvimento sustentável: “inovar e investir para ampliar a competitividade, sustentar o crescimento e melhorar a qualidade de vida” (BRASIL, [200-]).

É interessante notar que, sob o viés político, a inserção da expressão “sustentável” produziu, acidentalmente ou não, uma mudança estratégica fundamental e um magistral desvio de foco: de norma estritamente voltada para o desenvolvimento econômico nacional, com todas as críticas negativas que poderia produzir, a Lei 12.349/2010 passou a norma consolidadora do marco regulatório das licitações sustentáveis, concretizando uma louável conquista para a sociedade brasileira.⁵

⁴ Após a Lei 12.349/2010, é possível observar na jurisprudência do Tribunal de Contas da União um sensível aumento das recomendações relacionadas à observância de requisitos de sustentabilidade em editais e contratações respectivas.

⁵ Eis mais um exemplo do novo paradigma da administração pública, voltado para abraçar a eficácia intertemporal (expressa no princípio da sustentabilidade), assim como da gestão da cidadania

Não há que se ter dúvida de que veio em boa hora a norma do art. 3º da lei 8.666/93 (com redação dada pela Lei. 12.349/2010) ao explicitar o desenvolvimento sustentável, vinculando todos os editais a adotar critérios de concretização direta do princípio da sustentabilidade.⁶ Mais do que incentivar ao efeito indutor do desenvolvimento nacional, as licitações e compras públicas podem e devem também alavancar as políticas públicas em prol da sustentabilidade. Diante do cenário de crise socioambiental em que nos encontramos como sociedade de consumo globalizada, o papel regulador do Direito e mais especialmente do Direito administrativo é decisivo. Importa incorporar metas para as políticas públicas, que não se confundem com o simples e assimétrico crescimento econômico (como bem revela a insuficiência de seu maior índice, o PIB), mas que impliquem políticas públicas qualificadas e garantidoras da universalização do bem estar físico e psíquico. Nesse sentido é salutar a conclusão de Freitas (2011, p. 233): em face do embate em modelos de administração e políticas públicas “não resta lugar para abstenção: [o] Direito Administrativo da Regulação haverá de ser o Direito Administrativo da Sustentabilidade ou não passará de mais uma fonte de poluição e de degradação”.

A inclusão do princípio do desenvolvimento nacional sustentável entre os objetivos das licitações públicas permite vislumbrar uma mudança de paradigma do

ativa e altiva, em vez a imposição unilateral e autoritária. Sobre isso ver o *Relatório Mundial do Setor Público 2005*, da Onu (UNITED NATIONS, 2005).

⁶ Um exemplo nesse sentido de obrigatoriedade, no âmbito da Administração Federal, é a instrução normativa n.1 de 19 de janeiro de 2010 do Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que estabelece em seu artigo 1º, que a “aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte de órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”.

direito administrativo, espelhando também uma esperada mudança na administração pública como um todo: da insaciabilidade para a sustentabilidade (FREITAS, 2011).⁷ E, como uma primeira mudança concreta do panorama, as licitações sustentáveis devem ser vistas como obrigatórias. É preciso deixar claro, portanto, que a modificação legislativa foi um avanço sem precedentes.

Não obstante, o legislador brasileiro deixou a desejar no que tange à clareza e objetividade das novas normas impostas, permitindo erros de interpretação, manipulações intencionais ou mesmo conflitos judiciais que poderiam ser originalmente evitados. Portanto, a crítica que se faz é quanto à forma, não quanto ao conteúdo da norma. A complexidade e delicadeza do tema exigia uma postura mais cautelosa, que produzisse um texto normativo claro e inequívoco.

O texto legal demanda do aplicador da lei a utilização de técnicas de hermenêutica para identificar os contornos das novas normas jurídicas, sendo indispensável uma leitura atenta e conjunta do novo *caput* do art. 3º e seus parágrafos para evitar conflitos normativos.

O primeiro norte, sem sombra de dúvida, é a premissa de que a aplicação do critério de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais se submete ao (novo) objetivo das contratações públicas de promover o desenvolvimento nacional sustentável, conforme alteração no art. 3º da Lei 8.666/93 feita pela mesma Lei 12.349/2010. É dizer: não caberá contratar

⁷ Segundo o autor: “O paradigma antiquado (o da insaciabilidade patrimonialista e patológica), ainda dominante, por força do peso inercial do *status quo*, entroniza o irracionalismo e o emotivismo decisionista. Cultua a autoridade pela autoridade e se fia nos poderes erráticos da discricção. Já o emergente paradigma da sustentabilidade precisa ver ampliada a força de sua aderência fática e se pauta pela racionalidade dialógica, pluralista e democrática, com a plasticidade adaptativa acoplada às exigências de fundamentação endereçada ao cumprimento coerente da Constituição” (FREITAS, 2011, p. 323).

sob o manto da preferência legal protcionista produtos e serviços que não observem os ditames da sustentabilidade. Essa deve ser a conclusão lógica, pois, doravante, como regra, não caberá contratar *qualquer* objeto que não esteja atendendo aos requisitos de sustentabilidade ambiental estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Na atividade de extração da norma jurídica é, pois, indispensável considerar que a (simples) inclusão da palavra “sustentável” ao texto do *caput* do art. 3º trouxe limites claros e intransponíveis a serem observados na aplicação das normas constantes dos seus parágrafos, modificando-lhes a amplitude e, quiçá, interferindo no alcance dos objetivos políticos iniciais. Tais limites, é fundamental que se diga, relacionam-se não apenas ao aspecto ambiental embutido na noção de “desenvolvimento nacional sustentável”, mas a todos os componentes desse conceito. Essa deve ser a conclusão, sob pena de constatar-se que o conjunto das inovações legislativas trazidas pela Lei 12.349/2010 se encontra eivado dos vícios da incoerência e, mais gravemente, da inconstitucionalidade.⁸ Somente haverá uma interpretação coerente do novo texto legal se o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável orientar inclusive a aplicação do critério de preferência.⁹

Portanto, para além da sustentabilidade ambiental, de modo algum a utilização das margens de preferência em prol do *crescimento econômico* poderá ser levada a

⁸ Nessa esteira de raciocínio, é claro que, já no contexto da Medida Provisória 495/2010, muito embora as normas dos parágrafos do art. 3º se voltassem *exclusivamente* para o crescimento econômico, o conceito de *desenvolvimento nacional*, mais amplo e multifacetado, não poderia ser desconsiderado como limite à aplicabilidade das regras de preferência.

⁹ A propósito, o novo § 5º do art. 3º da Lei 8.666/93 estabelece que “[nos] processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras”, entre elas as referentes à preservação e conservação ambiental, tema que será abordado em outra oportunidade.

cabo em detrimento das outras facetas do *desenvolvimento nacional* – social, cultural e intelectual, sob o risco de se retroceder ao crescimento econômico perverso, alheio ao projeto social e a melhoria das condições de vida da população (FURTADO, 1961 apud CADERNOS DO DESENVOLVIMENTO, 2006). Assim, é condição de constitucionalidade das medidas autorizadas pelos parágrafos do art. 3º da Lei 8.666 que a adoção das referidas margens de preferência não produzam efeitos reflexos prejudiciais à concretização de outros direitos prestacionais resguardados pela Constituição e atrelados à noção de desenvolvimento nacional sustentável.

A inclusão da palavra “sustentável” incluiu um novo critério/valor para a aplicabilidade das novas normas. O texto convertido na Lei 12.349/2010 traz como condição de legalidade das contratações públicas a conformidade com o novo objetivo de garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tal conceito, ainda que em evolução, não deixa dúvidas de que a implementação de políticas públicas de desenvolvimento nacional deve ser precedida de estudo de viabilidade que considere as repercussões provocadas no âmbito da concretização de direitos fundamentais. Deixar de atentar para esse aspecto produz uma abissal distância entre as normas que visam ao desenvolvimento econômico pela via da preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais e o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional sustentável, fazendo emergir a citada dificuldade no sistema.

O direito de viver em um ambiente equilibrado, seguro e saudável, assegurado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, está umbilicalmente vinculado à concretização de outros direitos prestacionais, especialmente os direitos à educação e à saúde. Fundamentalmente, o indivíduo necessita de educação para compreender a relevância da preservação e da conservação do meio ambiente em que vive e definir seu destino.

É com educação que o indivíduo apreende a importância do passado e do presente para o futuro, a importância de preservar edificações históricas, de usar racionalmente os recursos naturais, de separar o lixo, de combater focos de doenças endêmicas, entre outras ações primárias e ao alcance da população em geral. De outra parte, políticas públicas na área da saúde e do saneamento básico são primordiais para que o desenvolvimento nacional possa atingir a perspectiva da sustentabilidade enquanto conjunto de ações equilibradas, focadas nas múltiplas dimensões do desenvolvimento e não apenas na dimensão econômica.

O alcance da sustentabilidade ultrapassa a mera preservação e conservação de bens ambientais e a análise técnico-jurídica dos dilemas ambientais da humanidade. Requer a promoção da qualidade de vida em toda a sua amplitude, que inclui geração de emprego e renda; desenvolvimento humano e econômico equitativo; acesso à educação e, em especial, à informação; possibilidade de exercício da cidadania e democratização dos processos decisórios; promoção do multiculturalismo; superação da desigualdade; exclusão social e ambiental; bem como o respeito a todas as etnias. Este, portanto, é o objeto do “Direito da Sustentabilidade”, mais amplo do que aquilo que se tem entendido como objeto do Direito Ambiental. Tem como meta a integração entre as questões ambiental *stricto sensu*, social, econômica, política e cultural na análise e no tratamento dos dilemas de sustentabilidade enfrentados pela sociedade contemporânea. Portanto, o socioambientalismo e a Justiça Ambiental, ao preconizarem uma maior interface entre o social e o ambiental e a consideração de variáveis mais amplas do que o conhecimento técnico e científico na abordagem da questão ambiental, podem apresentar-se como suportes teóricos e práticos para o Direito da Sustentabilidade (VIEIRA, 2012).

Desse modo, o comprometimento do orçamento público com o desenvolvimento

econômico nacional por meio das ações autorizadas pela Lei 12.349/2010 não poderá produzir o sacrifício de direitos de primeira grandeza, consagrados na Constituição Federal de 1988. Os limites para a aplicação das novas normas estão claramente definidos pelo objetivo insculpido no *caput* do art. 3º, de garantir o *desenvolvimento nacional sustentável*.

Nesse contexto, surgem indagações: estará o Estado considerando os dispêndios em busca do crescimento econômico conforme autorizado pelas normas dos parágrafos do art. 3º da Lei 8.666/93, legitimado a arguir a teoria da reserva do possível (MÂNICA, 2007; OLIVEIRA; CALIL, 2008; DIAS, 2011) para negar ao cidadão a obtenção de um determinado medicamento via SUS ou a concessão de bolsas de estudo, sob o argumento de excesso de ônus aos cofres públicos? Qual será a medida exata que definirá se a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais atende ao princípio constitucional do desenvolvimento nacional e ao objetivo de garantir o desenvolvimento nacional sustentável?

A margem autorizada pela Lei 12.349/2010, de até 25% sobre o preço de produtos e serviços estrangeiros concorrentes, pode gerar nos cofres públicos impacto suficiente para comprometer a realização de outras políticas públicas prioritárias, além de demais destinações orçamentárias que sejam necessárias ao adequado funcionamento da máquina administrativa e ao respeito aos princípios e normas que regem as compras públicas nacionais. Ilustrativamente, cita-se a prática de outros países da América Latina, que adotaram políticas similares: na Colômbia, a margem de preferência pode chegar a 20%¹⁰; e, na Argentina, a meros 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e a 5% para outras empresas.¹¹ Por sua vez, a política nacional que atribui preferência a microempresas e

¹⁰ Lei nº 816/2003.

¹¹ Lei nº 25.551/2001.

empresas de pequeno porte em licitações, de natureza similar, traz conteúdo distinto, possibilitando que as empresas cujos preços estiverem até 10% acima da proposta melhor classificada, pertencente a empresa de grande porte, ofereça novo lance, percentual que é reduzido para 5% quando a modalidade de licitação for o pregão.

Fica em aberto a pergunta: no caso do Brasil, um país notoriamente carente de políticas públicas em áreas como educação e saúde, trata-se da melhor entre outras possíveis alternativas? Sob outro enfoque, é possível questionar: pagar até um $\frac{1}{4}$ além do valor proposto para produtos manufaturados e serviços estrangeiros poderá contribuir para o crescimento econômico nacional, mas trará o necessário equilíbrio às contas públicas, especialmente considerando as deficiências de planejamento que já se tornaram tradição na Administração Pública brasileira, evitando que sejam escamoteados recursos destinados à concretização de direitos prestacionais e trapaceando a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável? Não será, o expressivo “limite” de 25%, o retrato de uma urgência incompatível com os processos de longa duração que resultaram, historicamente, na superação do atraso econômico e no *catching-up* de países hoje desenvolvidos?

Justen Filho (2011) alerta ser imprescindível à Administração Pública a total consciência do custo econômico que a realização de outras finalidades representa aos cofres públicos e à Nação. É fundamental a existência de ponderação dos custos envolvidos em cada solução, sendo que o mote do desenvolvimento nacional sustentado não torna legítimas contratações ruinosas e economicamente ineficientes, nem pode conduzir à impossibilidade de atender a outras necessidades igualmente relevantes diante da supremacia da dignidade humana.

As maiores dificuldades despontam a partir da constatação de que a forma de implementação da política pública é matéria

reservada à atuação administrativa discricionária, aspecto que sabidamente oferece complexidade ao controle externo e que constitui tema intrincado, cuja delimitação não comporta espaço no presente ensaio. O Decreto nº 7.546/2011, ao propósito de regulamentar parcialmente as normas inseridas pela Lei 12.349/2010, instituiu a Comissão Interministerial de Compras Públicas, com atribuições específicas atinentes à proposição e ao acompanhamento da margem de preferência, de promover avaliações de impacto econômico e examinar os efeitos da política sobre o desenvolvimento nacional. Segundo a própria Lei, algumas medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento poderão ser estabelecidas em editais, em favor de integrantes da administração pública, conforme estabelecido em decreto, medida que aparentemente objetiva equilibrar os impactos financeiros. Contudo, será imprescindível à legalidade e à constitucionalidade das margens de preferência, fixadas subsequentemente, a comprovação da existência de um planejamento econômico integrado e estratégico, que assegure a existência de recursos orçamentários suficientes para a realização de outras políticas públicas fundamentais ao desenvolvimento nacional sustentável. Mas, que meios de controle serão efetivamente utilizados pelos executores da política pública no intuito de evitar a concretização dos possíveis desvios aqui apontados? Que meios serão concretamente viabilizados aos cidadãos para prover a necessária *accountability*?

4. Conclusões

A orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. Utilizar os processos de contratação pública para fomentar o desenvolvimento de um determinado setor econômico é medida inquestionável,

sob o enfoque da juridicidade. Contudo, a eficiência e a efetividade da política pública implementada por essa via dependerá da adequação à realidade nacional e da integração a um planejamento estratégico que considere o planejamento da ação global do Estado em relação às diversas políticas públicas elencadas na Constituição, assim como ao alcance de seus objetivos.

A concessão de margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações provoca indagações, algumas das quais serão respondidas ao longo do processo de implementação. Mais do que nunca, caberá ao Estado planejar suas ações, sejam aquelas voltadas diretamente para a realização de seus fins, sejam as que se prestam a instrumentalizar o seu alcance, desempenhadas pelo seu aparato administrativo. A legalidade e a constitucionalidade das margens de preferência estabelecidas estará condicionada ao equilíbrio orçamentário, de modo que o prestígio ao crescimento econômico não prejudique políticas públicas de primeira necessidade atreladas à concretização de direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal e a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável, dever inarredável do Estado.

A preocupação com aspectos que envolvem governança pública e *accountability* é considerável. A tecnicidade das informações que embasarão a fixação das margens de preferência parece não permitir um controle efetivo por parte da sociedade. O presente momento, em que serão elaboradas as regras que trarão aplicabilidade concreta às normas legais, é preocupante pela pouca suscetibilidade a ingerências externas. O momento seguinte, de efetiva implementação da política pública enunciada, demandará atuação percuciente dos Tribunais de Contas e do Ministério Público para evitar desvios como os apontados no presente trabalho, além de assegurar a observância de normas e preceitos constitucionais. A avaliação dos

resultados, peculiarmente crítica em qualquer processo de análise de política pública, demandará o estabelecimento de critérios e indicadores eficazes – espera-se – seja realizado cuidadosamente pelas autoridades competentes, concomitantemente à fixação das margens de preferência. Por fim, cabe à sociedade exigir a ampla divulgação desses resultados, exercendo seu papel na busca pela efetividade da política pública, possibilitando, reflexamente, o alcance do objetivo legal de garantir o desenvolvimento nacional sustentável por meio das compras governamentais.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Edição Especial Comemorativa, v. 41, p. 67- 86, 2007.

ARBIX, Glauco. Mecanismos sutis: tecnologia e crescimento econômico. *Novos Estudos Cebrap*, n. 77, p. 37-46, mar. 2007.

ARRETCHE, Marta. A agenda institucional. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, n. 64, p. 147- 151, 2007.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Cartilha Brasil Maior: plano 2011-2014*. Brasília, [200-]. Disponível em: <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2011.

CADERNOS DO DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2006. v.1.

CAPELLA, Ana. Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-122.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. Do direito ao desenvolvimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano

9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6038>>. Acesso em: 3 jul. 2011.

COSTALDELLO, Angela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Estudos dirigidos de Gestão Pública na América Latina. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 33-49.

DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, p. 19-31, jun. 2011.

DRAIBE, Sônia. M. Estado de bem-estar, desenvolvimento econômico e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 27-64.

FANTINE, José; ALVIM, Carlos Feu. Um modelo de desenvolvimento nacional. *Economia & Energia*, ano 10, n. 57, ago./set. 2006. Disponível em: <http://ecen.com/eee57/eee57p/um_modelo_de_desenvolvimento_nacional.htm>. Acesso em: 3 jul. 2011.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política de avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 97-169, out. 2005.

FERNANDES, Marcionila. *Desenvolvimento sustentável*: antinomias de um conceito. Belém: AUA, 2003.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 19, ago./out. 2009.

FREY, Klaus. Governança urbana e participação política. In: ENCONTRO NACIONAL DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28., 2004, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Anpad, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONZÁLEZ, Thiago Holanda. A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: CONPEDI, 2010.

GOVERNO Eletrônico. Brasil, 2000. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/>>. Acesso em: 3 jul. 2011.

GUGLIANO, A. A. Democracia, participação e deliberação: contribuições ao debate sobre possíveis transformações na esfera democrática. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 257-284, jul./dez. 2004.

DIAS, Márcia Ribeiro. Democracia e novas formas de participação política. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 205-209, jul./dez. 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 56, v. 2, p. 137-160, abr./jun. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 50, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 3 jul. 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MATOS, Richer de Andrade; ROVELLA, Syane Brandão Caribé. Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução. *Revista Administração e Ciências Contábeis*, n. 3, jan./jul. 2010. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/administracao_e_cienciascontabeis/pdf/n3/DO-CRESCIMENTO-ECONOMICO-AO-DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL-CONCEITOS-EM-EVOLUCAO.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Governando por meio de contratos. *Portal Brasil*, Brasília, 01 fev. 2011. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2011/colunas/direito/fevereiro_01.htm>. Acesso em: 03 jul. 2011.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUNIZ, Suely. Investimento recente, capacitação tecnológica e competitividade. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 14, n. 3, jul./set. 2000.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil*: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

- OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito Econômico: evolução e institutos: obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Edenis César de. Crescimento e desenvolvimento econômico: a sustentabilidade como modelo alternativo. In: FÓRUM AMBIENTAL DA ALTA PAULISTA, 2., 2006, Tupã. *Anais...* Tupã: FAAP, 2006. Disponível em: <http://www.funje.com.br/upload_trabalhos/13_artigoiiforumambiental.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2011.
- OLIVEIRA, Henrique Altemani de. Brasil e China: uma nova aliança não escrita? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 53, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., 2008, Brasília. *Anais...* Brasília: CONPEDI, 2008.
- PAULA, Ana Paula de Paes. *Por uma nova gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- PENSAR diferente: por um ecologia da civilização planetária, entrevista com Serge Latouche. *Ecodebate: Cidadania e Meio Ambiente*, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/01/20/pensar-diferentemente-por-uma-ecologia-da-civilizacao-planetaria-entrevista-com-serge-latouche/>>. Acesso em: 15 fev. 2012.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelato. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: PEREIRA, Luis Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Tradução de Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 39-73.
- PORTAL da Transparência do Governo Federal. Brasil, 2004. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 3 jul. 2011.
- SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, ago./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-MARCOS%20JURUENA.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2011.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.
- TREVISAN, Andrei Pittol; BELLEN, Hans Michael van. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 529-550, maio/jun. 2008.
- UNITED NATIONS. *World public sector report 2005*. New York: United Nations, 2005.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2011.
- VECCHIATTI, Karin. Três fases rumo ao desenvolvimento sustentável: do reducionismo à valorização da cultura. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 90-95, jul./set. 2004.
- VIEIRA, Ricardo Stanzola. Rio+20: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativa em relação ao novo "Direito da Sustentabilidade". *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 48-69, jan./abr. 2012.

Bioética na sociedade técnica

Uma reflexão sobre os avanços da biotecnologia e a ética por meio dos conceitos de Jacques Ellul

Taylisi de Souza Corrêa Leite
Patrícia Borba Marchetto

Sumário

1. Introdução. 2. Técnica, razão e ciência na modernidade. 3. Bioética na sociedade técnica. 4. Conclusão.

1. Introdução

A denúncia de que a racionalidade moderna se encontra num processo altamente crítico tem sido sistematicamente realizada desde seu amadurecimento. Essa crise se deve claramente à sua incapacidade de dar conta de conhecer tudo absolutamente, como intentara, estabelecendo conceitos e teorias fixas e imutáveis, e ao seu deslocamento em relação à ontologia do conhecimento, apartando-se completamente da ética e da filosofia. Esse fracasso da panacéia da modernidade, ao lado de seu desprezo pelo humanismo genuíno, é patente, senão óbvio.

A contribuição marcante de Jacques Ellul reside em sua lucidez e objetividade ao tratar o modo como a técnica é apreendida por essa razão moderna e como se torna o centro de todas as relações e produções humanas a partir de então. Em todos os seus trabalhos sobre a tecnologia, há uma aproximação determinista, e suas preocupações apontavam para a emergência de uma tirania tecnológica sobre a humanidade. Esse diagnóstico pode parecer um tanto quanto fatalista e exagerado à primeira vista; porém, basta

Taylisi de Souza Corrêa Leite é discente do programa de mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Unesp), *campus* de Franca.

Patrícia Borba Marchetto é doutora em Direito pela Universidade de Barcelona - Espanha, docente do programa de mestrado em Direito da Unesp (*campus* de Franca) e da graduação em Administração Pública da Unesp (*campus* de Araraquara).

uma análise um pouco mais criteriosa de seus escritos e sua confrontação dialética com a realidade para percebermos a verdade do seu raciocínio. Para este artigo, utilizaremos especificamente a obra *A técnica e o desafio do século*, pois não há, aqui, a pretensão audaciosa de devassarmos seu pensamento, mas apenas o intuito modesto de se invocar seu conceito de “técnica” para demonstrar que a bioética nada possui de “ética”, mas tão somente se consubstancia numa nova técnica para lidar com os dilemas éticos decorrentes do avanço da biotecnologia. Utilizaremos, ainda, *A palavra humilhada*, pretendendo fazer uma aproximação conceitual entre a técnica de Ellul e a razão instrumental decorrente do Esclarecimento, de que tratam Adorno e Horkheimer.

Jacques Ellul concebe a técnica como um ente abstrato, uma vez que intermedia todos os acontecimentos no mundo, operando como um espectro invisível que nos domina a todos, sem termos como dele escapar, seja qual for a estratégia que adotemos, pois qualquer uma delas será também técnica em sua essência. Essa é também a característica marcante da razão, objeto das críticas frankfurtianas. Por isso, julgamos oportuno esse diálogo para tratarmos da falência da promessa moderna e de seus impactos na ciência, especificamente na insurgente bioética.

A ciência paradoxal, vacilante e crítica da modernidade é assim por estar condicionada a uma racionalidade técnica totalitária e instrumentalizada. E o progresso a que ela se destina está desvinculado de valores elevados. Esse progresso não implica o desenvolvimento humano em suas potencialidades profundas, mas coloca o homem a serviço de um projeto exterior, autoritário e coercitivo.

Essa inexorabilidade tão poderosa da técnica nos faz questionar se é possível concebermos qualquer transformação lúcida no mundo, se estamos totalmente absorvidos pelo obscurantismo tecnicista. Qualquer tentativa de despertar desse sonambulismo

está fadada a ser improfícua, pois ocorrerá nos limites da técnica e, sendo ela mesma técnica, perde o potencial de ruptura e transformação. Ou será possível um despreendimento dessas amarras tecnicistas?

Em tempos agonísticos, de crise e transição, como o que vivemos, é natural a insurgência de uma tentativa recuperadora do papel da eticidade nas relações humanas. Essa talvez seja a esperança de contrução de uma bioética, para que possamos pensar libertos da racionalidade instrumental.

2. Técnica, razão e ciência na modernidade

Desde os primórdios do desenvolvimento da cultura, o ser humano utiliza a razão como estratégia de sobrevivência, por meio de técnicas para ultrapassar limitações físicas ou maximizar resultados pretendidos. Com o decorrer do tempo, a técnica passou, então, a ser uma expressão manifesta da racionalidade, mediando todas as relações do homem com seu entorno, desde as relações com a natureza até aquelas estabelecidas com as instituições, com o poder, a ordem, o conhecimento, a produção de riquezas e a sociabilidade. Assim, de uma estratégia de sobrevivência, a técnica assumiu um caráter metafísico e inexorável, à medida que se subsumiu num dado objetivo da realidade, sem o a qual nada pode ser concebido ou concretizado.

Na modernidade, esse caráter absoluto da técnica foi assumido e fortalecido pela supremacia de uma razão totalizante, que nega qualquer possibilidade de compreensão do mundo fora de seus limites. A técnica não passa somente a ter propriedades independentes do homem, como o suplanta, na condição de fim da sua própria reprodução, e passa a operar a serviço de si mesma.

A técnica moderna caracteriza-se por sua propagação, ou seja, as muitas técnicas existentes criam um ambiente propício para que outras apareçam. Essa lógica técnica

transportada para a ciência moderna forja a consagração absoluta dos paradigmas como verdades, o que vigorou muito tempo no pensamento científico e ainda reluta em se modificar, pois, apoiados na estrutura metodológica da racionalidade moderna, os paradigmas científicos, políticos, econômicos e sociais se constituem e se perpetuam por estratégias idiossincráticas e entrópicas que os reforçam e alimentam continuamente.

Uma vez que a técnica se desenvolve trazendo problemas que só podem ser resolvidos por ela, sua perpetuação é necessária. Porque o progresso técnico avança incessantemente, a evolução da técnica ocorre quando um homem, tendo o conhecimento de várias técnicas, une-as e cria uma nova técnica que possibilita os resultados esperados. O conhecimento de várias técnicas é adquirido, e, por isso, não é necessária uma inteligência particular para que ocorra um grande avanço técnico; assim, o progresso é a soma de diversos outros anteriores, aperfeiçoando-se o conjunto. Quando uma nova técnica surge, faz-se acompanhar de algumas distorções e problemas inesperados também. Para liquidar esses problemas, novas técnicas aparecem e, novamente, novos problemas, os quais serão solucionados pela mesma técnica. Essa *autopoiese* da técnica de Ellul é identicamente tratada por Thomas Kuhn, que utiliza a metáfora do quebra-cabeça, para demonstrar que todo o labor científico está orientado por regras, cujo principal escopo é buscar a própria manutenção (KUHN, 1978, p. 60).

Os questionamentos possíveis dentro de um campo de saber já estão também previamente delimitados pelo paradigma. As próprias regras derivam de paradigmas, mas os paradigmas compartilhados podem conduzir a ciência mesmo na ausência de regras, o que, para Kuhn, é até preferível, já que a existência de um paradigma não implica necessariamente a existência de um conjunto completo de regras. Tudo está no paradigma; por isso, abandoná-lo é deixar de praticar a ciência que ele define.

É isso que possibilita o progresso científico, ou, nas palavras de Ellul, o *autocrescimento da técnica* (ELLUL, 1968, p. 88). Nenhuma descoberta da ciência pode ser considerada fator isolado, localizados no tempo e no espaço, ou atribuída somente a um pesquisador, pois é fruto ou da evolução da multiplicidade potencial de um paradigma, ou da identificação de uma anomalia decorrente da sua rigidez, forjada por outros cientistas. O autocrescimento da técnica, portanto, ocorre também pelo esforço de todos os homens, completamente apaixonados por ela – daí sua outra característica: a *unicidade* (ELLUL, 1968, p. 98). Para Ellul, o progresso não é simplesmente uma possibilidade, mas uma necessidade:

“Os diversos sistemas técnicos invadiram a tal ponto todos os domínios, que em toda parte se encontram com modos de vida que, anteriormente, não eram técnicos; a vida humana, em seu conjunto, estava afogada pelas técnicas e propiciava atividades não reguladas racional ou sistematicamente. Ora, o encontro com a técnica revela-se catastrófico para as atividades espontâneas. A atividade técnica elimina automaticamente, sem que haja esforço nesse sentido nem vontade diretora, toda atividade não técnica, ou então a transforma em atividade técnica” (ELLUL, 1968, p. 86).

Por isso, Ellul distingue a *técnica* da *máquina* (ELLUL, 1968, p. 2). A máquina funciona como um ponto de partida para a técnica, a qual assumiu uma autonomia quase completa em relação à primeira e se aplica a domínios muito além da vida industrial. A necessidade que o homem sente de possuir técnicas cada vez mais avançadas torna-o parte da técnica; porém, enquanto o conhecimento técnico expandiu os horizontes da atividade e do pensamento humanos, a autonomia do homem como indivíduo, bem como sua capacidade de opor resistência, de imaginar, elucubrar e tecer críticas sofreram notória redução. O

avanço dos recursos técnicos de informação fez-se acompanhar de um processo de paulatina desumanização. São os reflexos da *razão eclipsada*, que Horkheimer explora com maestria (HORKHEIMER, 2007, p. 7). Um pensamento cegamente pragmatizado perde absolutamente seu caráter superador e sua potencial relação com a verdade. Segundo ele, o racionalismo subjetivo relaciona-se finalisticamente com determinados procedimentos, não se importando com a racionalidade real desses propósitos.

Na modernidade iluminista, o ontológico cede lugar absoluto ao teleológico. Assim, o pensamento pode servir a qualquer empreitada (boa ou má), consubstanciando-se em mera faculdade de coordenação, cuja eficiência pode ser incrementada pelo afastamento das emoções, desde que produza resultados eficazes. A razão, obnubilada, renuncia a qualquer questionamento crítico. Na lógica instrumental moderna, razão é meramente a faculdade de classificação, inferência e conclusão, não importando qual o conteúdo específico das ações. Por isso, a concepção moderna de ciência justifica perfeitamente, por exemplo, a relação estreita estabelecida pela ideologia nazista entre intolerância, genocídio e progresso – inclusive científico (Cf. HORKHEIMER, 2007, p. 59).

A razão torna-se um instrumento, apreendida pelo positivismo, que, segundo Horkheimer, reduz a metodologia de pesquisa aos procedimentos utilizados na física, a partir de uma concepção de ciência automatista, progressista e esvaziada de autorreflexão (HORKHEIMER, 2007, p. 80). As ciências passam a ser o instrumento primordial de dominação da natureza, que impulsiona o progresso, e a natureza, desqualificada, é matéria caótica que deve ser classificada, quantificada e manipulada, pois a razão precisa eliminar o incomensurável. A sobreposição da experiência visual estaria, no diagnóstico de Ellul, diretamente atrelada à eterna necessidade do homem de dominar e subjugar a natureza, pois o olhar é capaz de apreender o espaço e se apro-

priar da amplidão, colocando o sujeito no centro do universo; combinando tais imagens, esse sujeito incorpora-se à realidade pelo olhar, mas não como mero coadjuvante – é o protagonista da realidade, o ponto a partir do qual se ordenam o universo e o espaço, tornando-se constitutivo de todo o cosmos, isto é, “o centro do mundo” (Cf. ELLUL, 1984, p. 9). Tal dominação visual do entorno é também o fundamento da técnica, diretamente atrelada à eficácia. Assim,

“A vista do homem engaja a técnica. A imagem visual indica a totalidade de minha possibilidade de vida num mundo onde sou senhor e vassalo. Qualquer técnica funda-se na visualização e a supõe. Se não podemos transformar um fenômeno em visual, ele nunca será objeto de uma técnica. E a coincidência fica mais marcada pela eficácia. A vista é o órgão da eficiência. Reciprocamente, servir-se de imagens é eficaz” (ELLUL, 1984, p. 15).

Ainda, para dominar a natureza, é preciso, antes, dominar aqueles que dominarão a natureza, pelo que o racionalismo moderno também suporta ideologicamente tanto o modo de produção escravista quanto a exploração do proletariado. Sob outro prisma, faz-se imperativo ao homem, também, dominar a sua própria natureza humana, reprimindo os instintos e tendências primitivos que não servem à razão.

A sociedade burguesa torna o heterogêneo totalmente comparável, universal, o que desconstrói qualquer possibilidade de individualização, muito embora utilize o individualismo para sustentar a dominação do capital. Esse tolhimento de si contribui ainda mais para a desumanização de homens e mulheres de nossos tempos. Esse caráter universal e homogeneizante da modernidade parte da universalização de uma técnica relacional. Para Ellul, esse *universalismo técnico* se apresenta tanto geográfica quanto qualitativamente (ELLUL, 1968, p. 119).

Jacques Ellul preconiza que a organização nada mais é do que a técnica aplicada a

vida social, econômica ou administrativa, ou seja, o mesmo fenômeno assume um aspecto novo e desenvolve-se universalmente, expandindo-se para o mundo todo de forma homogênea, na esteira do totalitarismo da razão esclarecida. Conquanto, para Ellul, as culturas pré-modernas fossem tão técnicas quanto a civilização atual, a diferença crucial é que nossa civilização traduz uma cultura de meios e, na realidade da vida moderna, os meios são sempre mais importantes do que os fins (ELLUL, 1968, p. 19). Ele esclarece que, em épocas passadas, a técnica se orientava por critérios externos a si própria, não se justificava por si mesma e buscava sempre um equilíbrio entre o fator técnico e o humano. A sua finalidade última era o ser humano e seu bem-estar. Essa é a diferença crucial trazida pela razão moderna: a finalidade passou a ser a própria reprodução da técnica (Cf. ELLUL, 1968, p. 43).

Segundo ele, essa eclosão brusca do progresso técnico é própria do século XVIII; também Adorno e Horkheimer situam o apogeu da razão na maturação da modernidade, que denominam Esclarecimento (ADORNO; HORKHEIMER, 2006. p. 17). A partir de então, para Ellul, não há apenas um incremento quantitativo ou uma aceleração. Para compreender essa mudança, é preciso distinguir *operação técnica, fenômeno técnico e civilização técnica*. A operação técnica engloba todo trabalho feito com certo método tendo em vista atingir um resultado. Eis a intervenção da razão esclarecida, buscando uma maior eficácia. O fenômeno técnico é a “procura do melhor meio em todos os domínios”. É produzido pela dupla intervenção da razão e do reconhecimento da humanidade acerca das vantagens da técnica. Assim, a técnica estende-se a todos os domínios, originando uma civilização técnica (Cf. ELLUL, 1968, p. 70-72).

Destarte, toda a ciência e a produção de conhecimentos permanecem reféns de uma técnica perversa e autoritária. Nessa imbricação de técnicas, que constitui a Téc-

nica por excelência, filha do racionalismo instrumental da modernidade, não há lugar para a discussão ética. Não é possível uma reflexão ontológica, subjetiva, humanística numa produção de saber dominada pela técnica. Por isso, quando o progresso científico apresenta dilemas éticos, é inviável um resgate da subjetivação da razão emancipatória para sua solução.

A técnica é independente, autônoma e autorreprodutora. Constituímos uma civilização em que tudo funciona por meio e a partir dos fenômenos e operações técnicas. Nenhuma realização é possível fora desses limites. O totalitarismo da técnica é absoluto e encarcerador. Porém, sua subsistência é um empecilho à efetivação de direitos, à emancipação do homem, ao real desenvolvimento humano. Esse aprisionamento da razão pela técnica nos leva ao desespero quando reconhecemos sua encruzilhada. Por isso, temos, nos tempos presentes, tantas tentativas de desvencilhamento da opressão técnica – e o surgimento da bioética é uma delas. Resta saber qual a possibilidade de edificação de uma bioética nos limites da sociedade técnica.

Nesse contexto, a supremacia da imagem em nossos tempos não apenas deriva da técnica, como é impulsionada por ela e presta-se ao seu projeto de desumanização dos seres humanos. É justamente porque existem os aparelhos técnicos que se pode por eles projetar as imagens, garantindo o seu triunfo:

“A técnica é o meio da imagem, explica a possibilidade de sua difusão de um lado, de sua multiplicidade de outro. E isso já comporta em si, como tentamos demonstrar, uma determinada lógica de desenvolvimento; quando o aparelho existe é preciso fazer uso dele” (ELLUL, 1984, p. 149).

A técnica expurga o discurso porque precisa de um indivíduo visual. O progresso técnico não se explica pela palavra com a mesma eficiência de um desenho, um gráfico ou uma fotografia. O homem

formado pelo meio técnico necessita viver de imagens: “A progressão técnica é coextensiva à representação visual. Urge que o homem seja polarizado pelo visual para tornar-se um homem técnico” (ELLUL, 1984, p. 150). Assim, o império da imagem constrói-se na esteira do totalitarismo da racionalidade instrumental, que destitui o valor de tudo o que não tem um fim externo a si, pois o desinteresse pela literatura e a negação da filosofia também passam pela impossibilidade de as transformar em diagramas, em imagens acessíveis e apreensíveis.

Tornar a palavra visualizável mediante um esquema que informe a língua e o discurso é fazer da palavra um objeto da técnica. Por isso, segundo Ellul, o processo moderno de eliminar tudo que não seja redutível à compreensão científica e à esquematização visual não manifesta de maneira nenhuma um espírito livre, mas, ao contrário, um conformismo rigoroso de universalização da imagem e uma obediência à tecnicização generalizada (ELLUL, 1984, p. 154). O visual presta-se a eliminar as ambigüidades, atendendo às exigências de uma razão totalitária. Essas constatações se aproximam do diagnóstico de Adorno e Horkheimer:

“O progresso técnico, no qual o sujeito se coisificou após sua eliminação da consciência, está livre da plurivocidade e do pensamento mítico bem como de toda significação em geral, porque a própria razão se tornou um mero adinículo da aparelhagem econômica que a tudo engloba. Ela é usada como instrumento universal servindo para a fabricação de todos os demais instrumentos” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 37).

A ciência, a burocracia e a máquina são as molas propulsoras da técnica, da razão esclarecida e do esvaziamento da palavra. Tudo isso está concatenado num mesmo projeto, que culmina no surgimento da bioética.

3. Bioética na sociedade técnica

Ilimitada, expansiva, objetiva, unívoca, universal, autorreprodutora e unitária – esses são os caracteres que a técnica assumiu na civilização moderna, na qual não importa mais a técnica em si, mas a ordem social na qual ela opera, funcionando para que a sociedade técnica mantenha suas configurações estruturantes. A técnica, então, tem o papel de recriar a sociedade, intermediando as relações entre a realidade e um ser humano abstrato – o sujeito universal moderno. Os que agem de acordo com a técnica estão ligados e é por intermédio da técnica que se comunicam.

Esse é o contexto no qual se pretende discutir e erigir uma bioética, numa tentativa de resgate de uma eticidade perdida.

O termo “bioética” foi inicialmente proposto pelo professor Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, nos EUA, o qual adotou uma concepção ecológica, entendendo que uma das principais preocupações da ciência insurgente deveria ser a relação do homem com o meio ambiente, por meio da interface entre conhecimentos biológicos e humanidades (POTTER, 1971). A cunhagem da expressão significou, primeiramente, o reconhecimento acadêmico da necessidade de construção de um novo pensamento, tendo por estopim a iminente e insustentável crise ambiental mundial.

A inerência do método cartesiano, das operações técnicas, do utilitarismo e da especialização positivista do conhecimento às ciências biológicas e à produção de tecnologia negara sistematicamente o diálogo com o pensamento filosófico, e a ética fora totalmente apartada da razão instrumentalizada desde os postulados renascentistas; porém, no fim do século XX, após todo o caos produzido pela cavalgada moderna, torna-se imprescindível um movimento revisionista. Ainda que tímida e limitadamente, esse é o escopo do surgimento da bioética.

A bioética, como ética aplicada, é filha da falência da ética como valor universal-

mente estabelecido e surge como reação à desumanização do homem, substituído teleologicamente pela própria técnica que engendrou, quando a razão instrumentaliza tudo o que encontra, num processo constante de reificação, incapaz de determinar os objetivos supremos da vida. Todavia, se, por um lado, a existência da bioética é prova da ausência de ética geral e da reduzibilidade axiológica do saber reificante, por outro, suas demandas são reais e requerem uma resposta urgente.

Somente no decurso do século XX – quando há a exacerbação da *dialética do esclarecimento*, assustadoramente capaz de produzir claridade e escuridão, seguindo o diagnóstico de Adorno e Horkheimer –, a ciência efetuou centenas de importantes descobertas no campo da medicina, que ensejam diversos dilemas bioéticos na atualidade. A partir do momento em que houve a diferenciação dos grupos sanguíneos; a descoberta da existência de vitaminas e neurotransmissores; o isolamento da insulina; o desenvolvimento de tratamentos como a quimioterapia, a radioterapia e os transplantes, e de equipamentos diagnósticos, como o ultrassom e o tomógrafo; a especialização da engenharia genética e a possibilidade da clonagem; a decifração da estrutura do DNA e o mapeamento completo do genoma de inúmeros vegetais e animais (inclusive o humano); e a descoberta e manipulação de células-tronco, entre outras, o homem deparou com contendas éticas que nunca havia enfrentado. Eis que as transfusões e os transplantes colocam o médico em situação extremamente desconfortável quando a religião do paciente não os permite. Questiona-se em que medida é profícuo realizar diálise e quimioterapia em pacientes terminais ou, eufemicamente, pacientes sob cuidados paliativos. Não se pode determinar onde começa e termina a vida, para dirimir as problemáticas do aborto, do uso de embriões criogenados em pesquisas, da extração de órgãos reutilizáveis e da eutanásia, entre outras. Configura-se

situação angustiante e periclitante para os profissionais da saúde quando equipamentos diagnósticos e medicamentos não são disponibilizados a todos, principalmente em países pobres. Indaga-se se a engenharia genética não desvirtuaria a natureza de forma altamente prejudicial e irreversível, pela manipulação de células-tronco, a fertilização *in vitro*, a clonagem, a transgenia, e, mais temível ainda, supõe-se a criação de um mundo dominado por clones ou indivíduos geneticamente programados mediante uma nova eugenia extremista.

E esses são apenas alguns pouquíssimos questionamentos e temores trazidos pelas descobertas referidas. Antes de tais possibilidades se tornarem concretas, não havia por que o homem invocar valores éticos para discutir tais demandas; porém, sendo elas uma realidade, é inexorável fazê-lo. Com a crise axiológica e paradigmática da modernidade e a ciência encastelada no mito, não há critérios ou referenciais claros para dirimir todos esses problemas. Na prática, quando as demandas bioéticas se apresentam, a tendência é que os médicos e pesquisadores adotem o que lhes for mais conveniente, geralmente imbuídos da lógica utilitarista ou do encantamento pela razão. Em contrapartida, a ordem estatal procura sofregamente dar uma solução jurídica a elas, enquanto dos conselhos de ética joram deontologias verborrágicas. Moroso e burocratizado, o Direito é absolutamente incapaz de acompanhar a velocidade das inovações tecnológicas, e o esforço estatal por normatizar tudo torna-se inócuo, absolutamente vão.

Todas as descobertas e inovações que requerem apreciações éticas no campo da biotecnologia avançam numa velocidade descomunal em relação à produção normativa, pelo que é um acinte ao bom-senso crer que o Estado deverá legislar a fim de regulamentar quaisquer pesquisas científicas ou intervenções médicas que provoquem polêmica. A problemática bioética é demasiado complexa para se reduzir a normas

e regulamentos, pois advém do abismo entre o fetiche moderno pelo progresso e a mitificação da ciência, de um lado, e o esvaziamento ético das condutas de profissionais e pesquisadores, de outro, decorrente justamente da instrumentalização do conhecimento e da exacerbação da técnica.

O auge da civilização produz uma nova espécie de barbárie. A extremada exacerbação da razão produz absoluta desrazão, e isso se concretiza historicamente no episódio do Holocausto.

A reificação do ser humano, a instrumentalização do conhecimento e o totalitarismo da técnica edificam os contornos da ciência moderna, que entram em crise a partir das reivindicações pós-modernas. Ao descortinar as ilusões iluministas, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade ressentiu-se das consequências das luzes, obscurecidas pela inexorabilidade da escuridão do Holocausto. A partir de então, surge o clamor pelo resgate da verdadeira racionalidade – a que humaniza, e não a que bestializa. Esse é o principal substrato dos protestos de maio de 1968 e da “Convenção de Viena”, por exemplo, na luta pela efetivação dos direitos humanos prometidos pelo Esclarecimento e reiterados em 1948 e pela concretização dos seus ideais emancipatórios.

Após as trevas produzidas pela razão obnubilada no decurso do século XX, iniciou-se um movimento de inconformismo com as promessas não cumpridas pela modernidade, assim como uma tentativa de resgate de seus direitos fundamentais, culminando na Declaração de Direitos Humanos, a qual se constitui na reafirmação dos direitos já cantados no pós-Revolução Francesa. Esse desencaixe entre a previsão formal e a efetivação de direitos é uma das perversões da modernidade técnica, que remanesce ainda após a Declaração de 1948, o que motiva as revoltas da década de 1960 e a apatia dos dias atuais. Na modernidade encantada por suas promessas futuristas ou ressentida de não as cumprir, a ideologia

esgota-se na ideologia do que existe, e não há crença num outro futuro possível.

A bioética desponta justamente nesse contexto, como uma tentativa de recuperar a subjetividade humana, que passa necessariamente por uma proposta de ruptura com o positivismo e pelo diálogo constante entre as diversas searas do conhecimento, incluindo-se o multiculturalismo, a ética e a filosofia. Da anterior dicotomização entre o “eu” (esvaziado de substância) e a natureza (degradada a simples material a ser dominado), surge a necessidade de integração de valores, justamente devido à absurda evolução científico-tecnológica e a seus impactos na humanidade e no meio ambiente.

Partindo do diagnóstico de Adorno e Horkheimer acerca da dialética do *Aufklärung* e de Jacques Ellul sobre o avanço da Técnica, temos uma modernidade que, ao exacerbar uma racionalidade oca de conteúdo subjetivo, extremamente tecnicizada, expande-se até culminar em outra forma de barbárie, e não em civilização, como prometera. Podemos, então, traçar um paralelo entre a razão moderna e a insurgência da bioética.

A bioética surge diante de nós como um signo de nossa era – enquanto amarga a inconsistência axiológica e a redutibilidade ética, traz em seu bojo inúmeras demandas palpáveis que anseiam arduamente por uma resposta – e é por si só, necessariamente, uma práxis e uma ciência multidisciplinar, rompendo forçosamente com a tradição cartesiana e positivista. Porém, os estudos que dela se ocupam restringem-se à casuística, pela indagação pontual das possibilidades de condutas médicas ou intervenções jurídicas neste ou naquele impasse ético decorrente do avanço da biotecnologia. Ela apresenta-se como um sintoma da sociedade técnica e como um desafio a ser superado. À medida que se alocava a técnica no patamar mais elevado da razão, transformando-a num fim em si mesmo, quando deveria ser apenas um

meio, perdia-se qualquer referencial ético na produção de conhecimento. No entanto, esse estado de coisas deixou de parecer confortável desde que a racionalidade moderna trouxe a barbárie escancarada no decorrer do século passado, olvidando as próprias promessas de ordem e progresso.

Urge uma revisão da relação do homem com a razão instrumental e com a técnica. A mera existência da bioética, todas as preocupações que traz e todos os debates e estudos que mobiliza demonstram essa necessidade. A humanidade encontra-se num processo tardio de percepção e lamento. Será, contudo, será possível pensar uma bioética sem a redutibilidade técnica se a ética foi esfacelada pela razão instrumentalizadora? A partir das lições de Jacques Ellul, não podemos entender que a técnica deixou de ser uma opção humana de relação com o mundo para ser uma imposição concreta exterior? Cabe pensarmos em que medida é possível construirmos uma bioética e propugnarmos a efetivação dos direitos humanos numa civilização em que a técnica impera absoluta, tão inelutável quanto a própria vida e tão inexorável quanto a morte.

4. Conclusão

Ao lançarmos um primeiro olhar sobre o tema da bioética, notamos, sem delongas, que se trata de uma ética pontualmente aplicada, metivo pelo qual a questão da aferição de valores é crucial em qualquer abordagem sobre o tema. O conjunto de valores socialmente construído é a diretriz orientadora das condutas dos indivíduos que vivem em determinada comunidade, delineando os seus limites éticos.

Ocorre que os valores modernos, decorrentes dos postulados ideológicos do racionalismo, especialmente do Esclarecimento e da sublevação absoluta e totalitária da Técnica, acabaram sendo paulatinamente desconstruídos historicamente ou, ao menos, revelaram os antagonismos que traziam em seu bojo. As ideologias ilu-

ministas e, posteriormente, positivistas, ao serem colocadas em prática, acabaram por se mostrar inviáveis em sua inteireza diante da realidade, e as promessas de um mundo totalmente civilizado e organizado, sempre orientado em direção ao progresso, tornaram-se falácias em face dos acontecimentos históricos do século XX. O prometido progresso veio intrinsecamente acompanhado de regressos, pois, na esteira do pensamento frankfurtiano, se a modernidade, por um lado, produziu luzes, por outro, também produziu sombras.

Uma vez que as concepções iluministas se mostram inaplicáveis pragmaticamente ou se negam intrinsecamente, a evolução do conhecimento compele o homem a buscar soluções para conflitos éticos decorrentes desse paradoxo, visto que é impossível destrinchar as questões bioéticas sem recorrer à moral. Mas qual moral? Ao obstinar-se na criação de um mundo materialista, regrado e promissor, no qual a ciência seria um baluarte absoluto, a técnica seria o *telos*, a natureza seria completamente dominada e o trabalho seria sinônimo de alienação e automação, o homem acabou por desumanizar-se. Entretanto, as inovações científicas da atualidade têm levado esse mesmo homem a entrar em contato com sua essência, coagindo-o a “humanizar-se” novamente, na medida em que se depara com as questões da biotecnologia, pois não há como debater bioética sem tocar a esfera dos axiomas, lançando-se novas luzes sobre a estreiteza trevosa da racionalidade instrumental.

A lógica esvaziadora de subjetividade da modernidade, idônea a suportar o sistema capitalista, retirou a humanidade do sujeito moderno, pela universalização homogeneizante de tudo e de todos, pela transformação do trabalho em atividade nada libidinal, pela reificação forjada pelo fetichismo da mercadoria e, pior, pela coisificação das pessoas por meio do consumismo patológico. Ocorre que discutir bioeticamente é, necessariamente, traçar um estudo dos valores do sujeito, resgatan-

do as categorias de subjetivação relegadas ao não lugar pelo racionalismo moderno.

Não se dirimem as demandas bioéticas sem subjetividade, sem humanismo, sem ética. Mas como fazê-lo numa modernidade nebulosa, doentia e esfacelada? Na realidade, os impasses éticos decorrentes do avanço tecnológico trarão problemas que só podem ser solucionados tecnicamente, como já previa Jacques Ellul. Portanto, pensar uma “Bioética”, nesse contexto, parece, segundo seu diagnóstico lúcido, absolutamente impossível.

Para Ellul, o automatismo da técnica denota que ela é totalmente autônoma em relação à moral (ELLUL, 1968, p. 74). Seu autocrescimento evidencia que seu fim deixou há muito de ser o homem; ela evolui de modo puramente causal, constituindo uma ordem de fenômenos cega em relação ao futuro. Por isso, atribuir arbitrariamente este ou aquele fim a essa técnica, propor-lhe uma orientação, é negar a própria técnica, é retirar sua natureza e sua força, desconstituindo-a em seu cerne. Não é possível edificarmos uma bioética numa sociedade técnica. Trata-se de pueril ilusão consoladora em meio ao caos estabelecido. Para que uma bioética verdadeiramente emancipatória se consubstanciasse, precisaríamos romper com toda a racionalidade moderna e eliminar a técnica por completo. Obviamente, seguindo Ellul, isso parece bastante inviável.

Assim, o que faremos será apenas constituir uma nova técnica que denominaremos “bioética”, a fim de procurar dirimir tecnicamente impasses éticos decorrentes do avanço da biotecnologia. O principia-lismo de Beauchamp e Childress já cumpre essa função (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2001). Os princípios bioéticos, quais sejam, *justiça, beneficência, não maleficência e autonomia* possuem definições técnicas bem específicas e operam segundo modulações técnicas que os adaptam e aplicam a esta ou àquela situação concreta. Por outro lado, a normatização jurídica das demandas bioéticas também funciona nos limites

dos processos técnicos de elaboração e aplicação das leis. Os próprios estudos acerca da bioética têm-se centrado em casos pontuais, com recomendações técnicas de procedimento, ou em meras classificações terminológicas absolutamente técnicas.

Portanto, no que denominamos “bioética” não há nada de ética de fato. Trata-se apenas de uma nova técnica erigida para lidar com os próprios problemas que o avanço da técnica produz. Como brilhantemente vislumbrou Jacques Ellul, o desenvolvimento da técnica gera impasses que só poderão ser dirimidos por ela mesma, nos seus limites. Por isso, a técnica avança em autocrescimento e torna-se absolutamente necessária e inexorável. A bioética é uma prova disso. Sua insurgência e seu desenvolvimento nada mais são do que a técnica em expansão, criando novas estratégias técnicas para lidar com dilemas que produz. Assim como os direitos humanos nunca foram capazes de resgatar uma verdadeira dimensão humana em seu seio, convertendo-se em técnica jurídica de aplicabilidade normativa, também a bioética jamais será ética aplicada à vida – será a técnica maximizada para se lidar com dilemas e impasses morais decorrentes do avanço das ciências biológicas e da tecnologia.

Referências

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York: Oxford University Press, 2001.

ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

_____. *A palavra humilhada*. São Paulo: Edições Paulinas, 1984.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

POTTER, V. R. *Bioethics: bridge to the Future*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono

Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Vitor Luís de Almeida

Sumário

1. Introdução. 2. A definição de erro judiciário. 3. Obstáculos à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. 4. O sistema lusófono – análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. 5. Conclusões.

1. Introdução

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado pode ser entendida, em linhas gerais, como a obrigação de reparar economicamente danos lesivos à esfera jurídica de outrem os quais lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, materiais ou jurídicos de seus agentes. Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a causar prejuízo a alguém, sendo, portanto, responsável pela recomposição dos agravos oriundos de sua ação ou abstenção lesiva.

Há muito, juristas e doutrinadores estudam o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado. Muito embora na atual fase de evolução a responsabilidade civil do Estado se tenha consagrado sob a ótica da teoria objetiva, a ideia de culpa ainda impera com relação à responsabilidade decorrente dos atos jurisdicionais. O Estado-juiz, na concretização da função judiciária, por vezes, também gera prejuízos aos cidadãos e leva-os a suportarem um ônus indevido.

Vitor Luís de Almeida é Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito e dos cursos de formação da PMMG. Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT. Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes/MG.

O presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilidade civil do Estado decorrente do erro judiciário, partindo-se de uma tentativa de definição desse erro, abordando a atividade do Poder Judiciário que poderá ensejar sua configuração. Nessa perspectiva, serão analisados vários obstáculos à responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário bem como sua realização sob a ótica objetiva ou subjetiva na perspectiva do sistema lusófono, especialmente nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

2. A definição de erro judiciário

Os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor os conflitos de interesses nos casos concretos. A essa atividade dá-se o nome de função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição, a qual se realiza por meio de processos judiciais, ou seja, mediante um sistema de composição de conflitos ou lides. Do ponto de vista etimológico, jurisdição vem de *juris dictio*, significando o poder de julgar, de dizer o direito por meio da aplicação da lei ao caso concreto (ANNONI, 2009, p. 97-98).

Segundo Francesco Carnelutti (2000, p. 93), a jurisdição consiste na justa composição da lide, entendendo-se como lide o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Chiovenda (1965, p. 56), por sua vez, define jurisdição como aquela que consiste na atuação da vontade concreta da lei, mediante substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, seja afirmando a existência dessa vontade, seja tornando-a efetiva na prática. Esses conflitos de interesses são solucionados pelo Poder Judiciário com fundamento em ordens abstratas – leis, costumes ou simples normas gerais – que devem ser aplicadas.

As expressões atos judiciais e atos judiciais suscitam algumas dúvidas quanto aos seus sentidos. Como regra, a expressão atos judiciais é empregada como indicadora de atos jurisdicionais do magistrado, relativos

ao exercício específico da função do julgador. De outra monta, atos judiciais é expressão normalmente reservada aos atos administrativos praticados no judiciário, seja pelo magistrado, seja pelos serviços auxiliares da justiça (CARVALHO FILHO, 2007, p. 494).

Aos atos administrativos aplica-se a regra da responsabilidade objetiva sem maiores discussões ou debates (MEIRELLES, 2002, p. 626). Todavia, com relação aos atos judiciais ou jurisdicionais, surgem alguns efeitos a serem considerados.

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil apresente previsão expressa de responsabilidade objetiva do Estado no que concerne aos atos administrativos (art. 37, §6º), Meirelles (2002, p. 625) leciona que no caso de atos judiciais a Fazenda Pública só responderá mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira legítima e lesiva; eis que a própria Constituição enseja a distinção ao referir-se apenas a agentes administrativos, os quais devem ser tidos como servidores, sem fazer alusão a agentes públicos, que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de um dos Poderes do Estado.

Nesse sentido, procurar uma definição jurídica de erro judiciário é tarefa extremamente complexa. O erro induz um caminho diferente para a solução que se assenta em premissas diversas. Para efeito da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH, art. 6º), pode acontecer em qualquer tipo de processo – civil, penal ou administrativo (FERREIRA, 2008, p. 59).

O erro significa engano ou falsa concepção acerca de um fato ou de uma coisa, distinguindo-se da ignorância que se traduz essencialmente como falta de conhecimento. Entretanto, esse erro gerador da responsabilidade civil extracontratual do Estado só se revela se estiver presente em uma manifestação judicial na qual o magistrado esteja efetivamente exercendo o poder jurisdicional – ou seja, o poder de aplicar o Direito no caso concreto – e, ainda,

seja reconhecido por outra decisão judicial (FERREIRA, 2008, p. 70).

Para Hentz (1995, p. 29-39), o erro judiciário opera-se sempre que o magistrado declara o direito a um caso concreto, sob uma falsa percepção dos fatos. A decisão ou sentença divergente da realidade conflita com os pressupostos da própria justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Para o autor, as principais causas do erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro decorrente de culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; g) erro judiciário decorrente de aplicação da lei.

Divergindo em parte, Rui Stoco (2011, p. 1187) leciona que apenas o erro substancial e inescusável, fundado no dolo, na fraude ou na culpa *stricto sensu*, poderá ensejar a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário – posição com a qual concordamos.

Quanto à natureza jurisdicional do ato, pondera-se que ele independe de seu autor, podendo ser realizado por um juiz ou órgão coletivo de julgadores, o que por si só não empresta necessariamente ao mesmo um caráter jurisdicional. Importante se faz averiguar se o ato é materialmente jurisdicional, ou seja, se foi emanado com a inequívoca função de resolver um conflito de interesses. De outro lado, é possível ainda verificar que atos materialmente jurisdicionais podem não ter magistrados como autores, como sucede em Portugal, com atos praticados em sede de execução fiscal realizados pelo Chefe do Serviço de Finanças ou pelos agentes de execução no contexto da ação executiva cível (FERNANDEZ, 2011, p. 14-22). Em todos esses casos também é possível a ocorrência do erro judiciário, naquele país.

Não obstante a divergência, para fins de análise do presente trabalho preferimos definir o erro judiciário como aquele decorrente do típico e efetivo exercício da atividade jurisdicional realizada pelo magistrado, integrante do Poder Judiciário.

3. Obstáculos à responsabilidade civil do estado por erro judiciário

A doutrina e a jurisprudência que defendem a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados pelos erros judiciários podem ser vistas como últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 256). Tal doutrina baseia-se em geral nas afirmações de que o Poder Judiciário é soberano; de que os juízes têm que agir com independência e imparcialidade no exercício das funções, sem temor de que suas decisões possam vir a ensejar responsabilidade do Estado; de que o magistrado não é funcionário público; e de que a indenização decorrente de erro de decisão judicial infringiria a segurança jurídica e a imutabilidade da coisa julgada.

Para aqueles que, no Brasil, argumentam a tese da ausência de texto legal, ressalta-se que a responsabilidade do Poder Judiciário encontra sustentáculo nos art. 5º, LXXV e art. 37, §6º da Constituição da República; art. 630 do Código de Processo Penal; art. 133 do Código de Processo Civil, entre outros. O que se discute é o âmbito de atuação dessas regras e não sua inexistência.

Entretanto, também na jurisprudência brasileira, há quem afirme que os atos jurisdicionais típicos, em processos judiciais, diante de suas peculiaridades, são, em regra, incapazes de gerar a responsabilidade estatal, pois são protegidos pelo princípio da soberania do Estado, refletido no próprio ato judicial, e também pelo princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, sendo que, ausente a interposição de recurso próprio, a inércia da parte impossibilita qualquer indenização. Por outro lado, se o ato foi confirmado pelas instâncias superiores, é porque era lícito e legítimo, sendo inviável a produção de danos à parte¹.

¹ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: acórdão nos autos da apelação cível nº 0068583-66.2005.8.13.0473, Relator: Des. Nilo Lacerda.

Nesse particular, em contraposição ao argumento exposto, cumpre-nos trazer à lume os ensinamentos de Rui Stoco (1997, p. 412) ao lecionar que, nos dias atuais, a negativa da responsabilidade civil do Estado em face do ato jurisdicional danoso, demonstra uma verdadeira fuga da realidade, olvidando-se evidentes avanços na dogmática jurídica, que a sociedade moderna impõe. Afinal o Direito é dinâmico, cumprindo-lhe acompanhar a evolução constante das relações sociais e os seus reclamos, de modo que, se a lei não as acompanha e se anacroniza, cabe ao intérprete adequá-la às novas situações. Ademais, nesse ponto, o art. 37, §6º, da Constituição da República, não concedeu qualquer franquia ou privilégio à atividade jurisdicional exercida pelo Estado.

Não obstante a ampla aceitação da tese da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, passaremos a tratar dos principais obstáculos a esta responsabilidade.

3.1. A soberania

Com relação ao primeiro grande obstáculo da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, sustenta-se a irresponsabilidade sob o argumento de que a atividade jurisdicional se apresenta como escoreta manifestação da soberania estatal. O Poder Judiciário, portanto, no exercício soberano de suas atribuições seria intocável, não se admitindo a responsabilidade por seus atos, ainda que eivados de erro e causadores de danos a terceiros.

Entretanto, tem-se que a soberania é atributo do Estado e não de seus Poderes, que exercem a “soberania estatal” designada a cada um nos limites constitucionais. Soberania significa poder supremo, o que não denota dizer absoluto ou não sujeito à ordem jurídica. Assim, a ideia do exercício da jurisdição como manifestação da soberania não desobriga o Estado do dever de indenizar terceiros pelos prejuízos oriundos de seus atos.

Os três Poderes, não obstante exerçam suas atribuições como componentes do Estado, e o façam em seu nome, não são soberanos. Apenas implementam e tornam factível a soberania na medida em que exercem suas funções constitucionalmente previstas. Portanto, a ideia da irresponsabilidade sob tal argumento é falha, pois, se fosse aceitável, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade (DI PIETRO, 2004, p. 558).

3.2. O magistrado como agente público

Corrente doutrinária e jurisprudencial defende ainda a aplicação da irresponsabilidade com espreque na circunstância de não ser o magistrado um funcionário público, mas sim um órgão do Estado ou funcionário *sui generis*.

Apesar do respeito à tese exposta, entende-se que o argumento não é aceitável, tendo em vista que o magistrado ocupa cargo público criado por lei e que se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ademais, o art. 37, §6º, da Constituição da República emprega o vocábulo agente, abrangendo assim todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado².

Argumente-se que após a Constituição brasileira de 1988 restou fortalecida a corrente doutrinária que advoga a ampla responsabilidade do Estado por atos judiciais, fundada na teoria do risco administrativo. Nesse sentido, sustentou-se que o serviço judiciário é uma espécie do gênero serviço público do Estado e o magistrado, na qualidade de prestador desse serviço,

² Na célebre discussão travada no Supremo Tribunal Federal entre os Ministros Aliomar Baleeiro e Luiz Gallotti, na vigência da Constituição brasileira de 1967, sustentava-se que o art. 107 daquela Lei Fundamental, que disciplinava a responsabilidade do Estado, não se aplicava ao Judiciário porque estava situado no capítulo do Poder Executivo, na seção relativa aos funcionários públicos (RTJ 64/708-710).

é um agente público, em regime especial, que atua em nome do Estado, sendo-lhe aplicável o artigo 37, §6º, da Constituição Federal (DERGINT, 1994, p. 160-161).

3.3. O contraditório, a cooperação e o duplo grau de jurisdição

Na esteira desse entendimento, também se revela digno de observação o argumento pautado na aplicação do princípio do devido processo legal, que enseja a transformação do processo em uma estrutura cooperatória na qual a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e o juiz.

Apesar de válida, é hoje tida como restritiva a conceituação do princípio do contraditório, tradicionalmente entendido como a oportunidade dada a uma parte de se pronunciar sobre o pedido formulado pela parte contrária antes da decisão. Na esteira dos ensinamentos de José Lebre de Freitas (2009, p. 108-109), tal definição é contemporaneamente substituída por uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na constitucional garantia do *rechtliches Gehör* (o “direito de ser ouvido”, conforme o artigo 103, I, da Lei Fundamental Alemã), entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, em todos os elementos fáticos ou jurídicos que se encontrem ligados ao objeto da causa, podendo assim influenciarem definitivamente na solução da lide, incidindo ativamente no desenvolvimento e êxito do processo.

Assim, seja no plano dos acontecimentos, seja no plano do direito, é facultado às partes a proposição e realização de todos os meios de prova em direito admitidos, que sejam relevantes e pertinentes ao deslinde dos fatos, bem como a discussão efetiva dos fundamentos de direito sobre os quais a questão litigiosa se assenta. É preciso entender, entretanto, que essa garantia também se revela como ônus das partes

na contribuição para a elaboração de uma justa decisão por parte do julgador. Por isso, sua apreciação e conclusão serão realizadas com base nos elementos e discussões constantes nos autos.

Por consequência, no âmbito da função jurisdicional, a atividade da parte interfere sobremaneira no plano da atividade dos julgadores, dificilmente se vislumbrando situações em que o lesado não possa ter influenciado decisivamente na atividade *in judicando*. Todavia, o princípio da colaboração também investe as partes no dever de cooperação com o julgador com vistas à descoberta da verdade fática.

Apesar dessa válida defesa, o magistrado poderá formar seu convencimento contrariando a prova colacionada pela parte, o que resulta no fato de que apesar do contraditório e da cooperação, esse ônus de cumulação da responsabilidade só poderá ser investido à parte nos casos de falsificação de documentos ou simulação de outras provas, que efetivamente leve o magistrado a proceder uma errônea avaliação dos fatos.

Outro obstáculo importante revela-se no princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais. Se um ato do julgador prejudica o interesse da parte no processo, tem esta ao seu alcance os mecanismos recursais, remédios constitucionais e até mesmo ações especiais para postular a revisão. É a afirmação do princípio do duplo grau de jurisdição, que garante à parte a possibilidade de revisão da decisão tendo em vista a falibilidade humana e a eventual divergência de posicionamentos jurídicos entre os distintos julgadores que podem atuar no processo, em diferentes graus de jurisdição.

Nessa perspectiva, Calamandrei (1945, p. 393 et seq.) defende que o sistema de recursos e a hierarquia jurisdicional de instâncias contribuem para o sucessivo aperfeiçoamento das decisões, reduzindo substancialmente a possibilidade de ocorrência de uma sentença injusta, pautada em um erro judiciário.

3.4. *A independência do Poder Judiciário e o princípio do livre convencimento motivado*

Os defensores da irresponsabilidade baseada na independência do Poder Judiciário argumentam ser esta uma garantia constitucional para salvaguardar a imparcialidade do juiz, valor essencial à aplicação da justiça.

A tese é contraposta sob o fundamento de que a independência funcional se revela como atributo inerente a cada um dos Poderes, não podendo ainda ser tida como absoluta, mesmo porque deve ser entendida como garantia do cidadão à prestação jurisdicional justa, idônea e imparcial. No máximo, a independência do julgador justificaria a irresponsabilidade pessoal do juiz.

Por outro lado, ao elaborar suas decisões, o magistrado verifica inicialmente a ocorrência dos fatos historicamente relatados pelas partes. Em momento posterior interpreta as normas abstratamente aplicáveis ao caso para, ao final, valorar a subsunção do fato à norma, chegando assim à conclusão. A decisão é definida como um silogismo: o fato historicamente reconstruído por meio das provas caracteriza a premissa menor; a norma aplicável ao caso dá ensejo à premissa maior; a conclusão manifesta a síntese obtida da subsunção do fato (premissa menor) à norma (premissa maior).

Essa valoração realizada pelo julgador segundo o princípio lógico é fruto do pensamento filosófico e jurídico elaborado desde os tempos remotos das culturas gregas e latinas. Mediante a utilização dessa técnica de raciocínio, evita-se que aspectos intuitivos ou irracionais eventualmente manifestados sejam considerados no momento da decisão. É imposta ao julgador a obrigação de utilizar-se apenas de critérios racionais, os quais devem estar expressos na motivação das decisões³. Na fundamentação do ato

judicial, o magistrado procura reconstruir os fatos históricos revelados pelo conjunto probatório do processo, interpretando-os de acordo com as normas legais abstratamente dispostas, aplicáveis ao caso.

Importante ainda salientar que o conceito de verdade acolhido em matéria científica não se coaduna com aquele revelado em matéria jurídico-processual. Com efeito, cientificamente, considera-se obtida a verdade quando a proposição a ser formulada como hipótese corresponde exatamente ao fenômeno observado. Em contrapartida, no campo jurídico-processual, a verdade é reconstruída por meio das provas, o que impede o conhecimento de uma verdade "total" pelo juiz, eis que as possibilidades de conhecimento humano sobre fatos já ocorridos são limitadas. Não se objetiva, portanto, a inatingível reconstrução perfeita do fato, mas sim aquela razoável, baseada nos meios probatórios⁴ realizados no processo, que respeite os princípios lógicos e jurídicos norteadores da atividade judicial. Essa imperfeita reconstrução da realidade fática pode gerar um equívoco na análise judicial do caso e, por consequência, um erro judiciário ainda que sem atividade dolosa ou mesmo culposa do magistrado.

Nessa linha de raciocínio, a decisão judicial, quando suficientemente fundamentada e proferida em processo onde haja a obediência aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, não poderia ensejar uma responsabilidade objetiva do Estado, quando posteriormente revista em grau de recurso, ou mesmo pela via da ação rescisória ou ação anulatória no cível ou revisão no criminal. Interpretação diversa implicaria total violação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, afetando irremediavelmente a segurança de qualquer magistrado para avaliar e valorar as provas e adotar a interpretação

³ No Brasil a motivação das decisões judiciais é norma constitucionalmente prevista no art. 93, IX, da Constituição da República.

⁴ Para Ferrajoli (1989, p.98) as provas são "eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados".

dos fatos e da norma que entendesse como mais adequada ao caso concreto.

No que concerne ao argumento de que a garantia de independência da Magistratura representa obstáculo à responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, Ruy Rosado Aguiar Júnior (2007, p. 70) obtempera que a independência do magistrado e o espaço interno de liberdade para a decisão não justificam a pretendida isenção estatal, pois revela-se absolutamente certo que a necessidade de interpretar a lei e de constantemente escolher entre diversas alternativas possíveis, cada uma delas determinante de sacrifícios e perdas para uma das partes, são peculiaridades que fazem necessária a configuração de um sistema que prescreve essa liberdade, a fim de que o julgador não seja atormentado, a cada vista dos autos, pela preocupação com os efeitos de uma possível ação ressarcitória contra o Estado ou contra ele mesmo. Por isso, cumpre estabelecer um sistema que elimine o risco de que suas sentenças não reflitam os imperativos de sua consciência, mas o cuidado por sua segurança, o que se obtém garantindo-se-lhe, de um lado, a liberdade na escolha do conteúdo da decisão e, de outro, impondo-se-lhe a exigência de fundamentar todas as suas decisões de caráter jurisdicional, com o que se afasta, *a priori*, a possibilidade do arbítrio, atribuindo-se ao julgador o dever de se manter nos limites do ordenamento jurídico vigente.

3.5. A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

Por fim, a coisa julgada apresenta-se como a última tese e a de mais ampla aceitação para obstar a responsabilidade do Estado pelo judiciário, e entendida como instituto jurídico, intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, aplicado no intuito de garantir definitividade à solução dos litígios.

Segundo os defensores desse argumento, a sentença judicial, erigida em coisa julgada, é dotada da presunção de verdade.

A irresponsabilidade seria corolário do princípio da segurança jurídica, que norteia a atividade jurisdicional e da sociedade, necessário para o equilíbrio das relações negociais e pessoais. A responsabilidade afrontaria ainda o conteúdo da utilidade social da sentença, porque afetaria a definitividade do provimento jurisdicional.

Entretanto, no direito brasileiro a força da coisa julgada pode sofrer restrições na medida em que se admite a ação rescisória cível e a revisão criminal. Pedro Lessa (apud CAVALIERI FILHO, 2009, p. 257) sustentava que se o lesado pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado em face de uma sentença definitiva, abriria um novo litígio sobre a questão já ultimada.

De outro norte, há quem defenda que o fato de ser o Estado condenado a pagar a indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implicaria mudança na decisão judicial. A decisão continuaria a valer para ambas as partes, que continuariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, a qual permanece intangível. Ao Estado caberá responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 559).

Há que se distinguir a coisa julgada da coisa soberanamente julgada, sendo esta totalmente irreversível por qualquer recurso ou ação desconstitutiva, enquanto a primeira poderá ser fulminada pelas ações de rescisão ou revisão.

Embora possa parecer injusto que uma parte seja beneficiada pela coisa julgada enquanto a outra é ressarcida pelo Estado, deve-se ter em mente que se está diante de dois institutos distintos criados para disciplinar os conflitos sociais e garantir a segurança aos cidadãos. Se, por um lado, negar a coisa soberanamente julgada e seus efeitos, permitindo uma indefinida revisão atemporal e infinita, significaria fragilizar todo o ordenamento jurídico, imperando a insegurança e descrença na realização da justiça, por outro, negar ao injustiçado a de-

vida indenização pela prestação jurisdicional defeituosa significaria fazê-lo suportar sozinho todas as possíveis falhas da atividade estatal. Afinal, como bem observado por Cappelletti (1989, p. 29), a força do princípio da coisa julgada não está, em particular, nos ditames de uma lógica abstrata, mas apenas nos valores e fins que os sistemas jurídicos objetivam perseguir por meio dele.

Nesse ponto, apesar dos posicionamentos em sentido diverso, mostra-se mais adequada a posição de Stoco (2011, p. 1189), filiada à corrente doutrinária fundada no sentido de que a sustação dos efeitos da coisa julgada figura como condição para o reconhecimento do erro judiciário e a imputação do dever de indenizar do Estado. Em outras palavras, a revisão ou rescisão do julgado pela via própria, seja ação de revisão no âmbito criminal, seja ação rescisória no âmbito cível, apresenta-se como condição indispensável à configuração do erro judiciário e à sua reparação⁵.

Aceitar a tese de desnecessidade de desconstituição do julgado para configuração do erro judiciário geraria a instalação de um completo ambiente de incerteza jurídica, com desestabilização dos julgados, fazendo-se *tábulas raso* do instituto garantidor e estabilizador da coisa julgada, fomento do princípio da segurança jurídica.

Em apoio a esse entendimento, Ardant (1956, p. 182 et seq.) argumenta que a autoridade da coisa julgada se opõe a que seja levado de novo à Justiça o litígio já decidido, acrescentando, com a invocação do princípio da paz social, que a força legal inerente ao ato jurisdicional paralisa toda tentativa de reabrir a questão, pois “mais vale uma injustiça, do que a subversão da própria justiça”.

A exigência da desconstituição do julgado como pré-condição, obviamente, só se refere à decisão de mérito. Casos poderão ocorrer em que o erro judicial

fique desde logo evidenciado, tornando-se possível a imediata ação de indenização, a exemplo do excesso do tempo de prisão por omissão, prisão de pessoa errada por homonímia, atos praticados com abuso de autoridade, prisão sem formalidades legais, entre outros.

Por consequência, é certo que a coisa julgada se caracteriza como manifestação explícita e concreta do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes do Direito. No entanto, não se pode olvidar que a intangibilidade da coisa julgada não é um princípio absoluto, quer dizer, admite exceções expressamente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da ação rescisória, no âmbito cível (art. 485, do Código de Processo Civil), e a revisão criminal (art. 622, do Código de Processo Penal).

No âmbito criminal não haverá, portanto, incidência da coisa soberanamente julgada, já que a revisão criminal poderá ser ajuizada a qualquer tempo, em favor do réu. Na esfera cível, por sua vez, a ação rescisória ajuizada com o objetivo de rescindir ou desconstituir a coisa julgada deverá ser proposta no prazo máximo de dois anos. Ultrapassado esse período, formar-se-á o fenômeno da coisa soberanamente julgada, a qual, já não podendo ser rescindida, não poderá ensejar a responsabilidade do Estado, ainda que ocorra o erro judiciário, tendo em vista a necessidade de provimento dessa desconstituição, sob pena de clara violação ao princípio da segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito.

4. O sistema lusófono – análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Não obstante a ampla divulgação dos sistemas germânico e francês de responsabilidade civil, Menezes Cordeiro (2010) defende com primazia e brilhantismo a existência autônoma de um sistema lusófono, presente em países de quatro continentes,

⁵ Nesse sentido também é o escólio de Juary C. Silva (1985, p. 174).

o qual, apesar de conter conceitos daqueles dois sistemas, revela especificidades que lhe garantem a necessária distinção.

Aderindo a esse entendimento, pas-saremos a analisar a responsabilidade civil por erro judiciário em dois dos mais importantes ordenamentos jurídicos que compõem o sistema lusófono – o português e o brasileiro.

4.1. No ordenamento jurídico português

Também em Portugal não se podem confundir as funções atribuídas ao Estado, sendo que todas elas se revelam como geradoras de responsabilidade civil, quando ocorridos danos ao particular, causados pelos órgãos ou agentes públicos. Consoante os ensinamentos de Jorge Miranda (2004, p. 29-34), apesar da existência de zonas de fronteira, as funções administrativa e jurisdicional não se confundem. A primeira (administrativa) tem por objetivo realizar os interesses públicos decorrentes das necessidades coletivas prescritas em lei, sendo o processo administrativo desenvolvido para execução dessas normas dotado das características da parcialidade e iniciativa. Por outro lado, a função jurisdicional define e aplica o Direito aos casos concretos em que estão presentes os litígios entre particulares, entre estes e entidades públicas ou mesmo entre entidades públicas, além de apreciar abstratamente a constitucionalidade e a legalidade dos atos jurídicos. Nesses conflitos de interesses, torna-se essencial que o órgão jurisdicional verifique as circunstâncias em que o problema se apresenta, defina com precisão os elementos dos fatos constitutivos, para só depois aplicar o Direito de forma justa. De tal modo, nesse processo jurisdicional, a atuação do Estado é caracterizada pela imparcialidade e pela passividade.

Não obstante as discussões sobre o assunto, concordamos com Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 430) quando concluem que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, inexistente fundamento para a não aplicação da norma de responsabilidade

do Estado às ações ou omissões praticadas no exercício da função jurisdicional, desde que seja possível identificar os pressupostos da responsabilização, inclusive o dolo ou a culpa, caracterizadores da responsabilidade subjetiva do Estado. Neste ínterim, a Constituição portuguesa prevê em seus artigos 27º, nº 5 e 29º, nº 6, a possibilidade de indenização por privação inconstitucional ou ilegal da liberdade e no caso de condenação criminal injusta posteriormente declarada por revisão de sentença.

Em alargamento a essa responsabilidade, na sequência dos comandos constitucionais, no plano criminal, o art. 225º do Código de Processo Penal português prevê a responsabilidade em razão da prisão preventiva ilegal quando restar configurado o erro manifesto, também entendido como o erro grosseiro, notório, evidente, indesculpável ou que se encontra além do natural limite da incerteza que permeia a decisão judicial. Apenas com base nos fatos, elementos e circunstâncias ocorridas quando da decretação da prisão, o eventual erro poderá ser avaliado e qualificado como grosseiro ou temerário, ensejando a responsabilidade⁶.

O erro temerário pode ser entendido como aquele que, integrando um erro decorrente da violação de solução que elementos de fato notória ou manifestamente aconselham, se situa num nível de indesculpabilidade e elevada gravidade, embora de menor grau que o erro grosseiro propriamente dito, o qual é fundado na explícita violação de regras legais ou juízos lógicos que gerem decisões contraditórias ou arbitrarias, analisadas à luz de um juiz de médio saber, razoavelmente cauteloso e ponderado na valoração dos pressupostos fáticos e jurídicos de sua decisão⁷.

⁶ Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão nos autos do processo nº 5715/04.1TVLSB.L1.S1, 6ª Seção, Relator: Azevedo Ramos, datado de 22.3.2011.

⁷ Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão nos autos do processo nº 1268/03.6TBPMS.L1.S1, 1ª Seção, Relator: Moreira Alves, datado de 11.10.2011. No

Parafraseando Jiménez Lechuga, Catarino (2002, p. 269), ao elaborar trabalho de contribuição para a reforma sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, em Portugal, afirma que uma das pechas da responsabilidade do Estado julgador decorre da consideração por parte da doutrina de que o juiz é *vox iuris*, ou seja, órgão do Direito e não do Estado, quando na realidade o Poder Jurisdicional é exercido por um órgão estatal.

Em Portugal, as dificuldades da aceitação do erro judiciário também decorrem de dogmas como o caso julgado e de valores associados à segurança, justiça e confiança, além da utilização dos meios recursais.

Em qualquer processo, faz-se apelo à realidade formal, previamente valorada, existindo sempre uma margem de livre apreciação, quando não é possível ao julgador formar um juízo seguro, ocasiões nas quais deve optar pelo plausível, visto que não lhe é possível, como ao cientista, simplesmente recusar uma decisão. Nesses casos é admissível a ocorrência do erro de fato.

Por sua vez, o erro de direito pode ser verificado em uma sentença baseada em legislação já revogada ou mesmo após a ocorrência da prescrição. Também nesses casos deve haver uma subjetivação dos casos de erro, exigindo-se a qualificação como erro grosseiro ou manifesto, a intensidade como erro claro e indiscutivelmente causador de prejuízos, ou a temporalidade (CATARINO, 2002, p. 275-276).

A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares no exercício das suas funções afigura-se hoje como imperativo de uma sociedade moderna

mesmo sentido acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nos autos do processo nº 368/09.3YFLSB, 1ª Seção. Relator: Sebastião Póvoas, datado de 8.9.2009; processo nº 08B1747, Relator: Santos Bernardino, datado de 11.9.2008; processo nº 08B84, Relator: Salvador Costa, datado de 29.1.2008; processo nº 06ª 1979, Relator: João Camilo, datado de 18.7.2006; processo nº 04B2543, Relator: Araújo Barros, datado de 19.10.2004; processo nº 03B3341, Relator: Oliveira Barros, datado de 27.11.2003.

e democrática respeitadora dos direitos fundamentais dos cidadãos e regida pela Justiça e pelo Direito, o que nem sempre aconteceu. Foi grande a evolução que se verificou desde a época em que a irresponsabilidade da Administração e das demais entidades públicas era a regra.

Em matéria cível, apenas com o advento da Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, o ordenamento jurídico português passou a dispor, de forma clara, sobre um novo regime de responsabilização do Estado num plano tríplice: administrativo, jurisdicional e legislativo. Tratou-se no plano interno de garantir efetividade ao art. 22º da Constituição da República Portuguesa e no plano externo, de aderir-se às exigências da jurisprudência comunitária no que toca à responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito Comunitário (GOMES, 2010, p. 219)⁸.

O art. 13º do anexo de referida norma legislativa condensa a responsabilidade civil por erro judiciário derivada de decisões judiciais causadoras de danos, às quais a lei tipifica como decisões “manifestamente inconstitucionais ou ilegais”, ou como decisões “injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato”. Assim, a existência de culpa grave, dolo ou mesmo de culpa leve, presumível nos dizeres de Fonseca (2008, p. 55), são requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Consoante a lição de Menezes Cordeiro (2010, p. 649-650), na responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, a Lei nº 67/2007 distingue: o regime geral aplicável quando falhe um prazo razoável para a decisão,

⁸ Em sentido contrário, defendendo que a atual legislação portuguesa encontra-se em contraposição ao direito da União Europeia no que diz respeito ao regime aplicável à responsabilidade por danos decorrentes da função jurisdicional em matéria de erro judiciário, leciona Mesquita (2011, p. 6-13).

que equivale ao regime da responsabilidade civil por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa (art. 12^o); a responsabilidade por erro judiciário, na qual o Estado responde nos casos de decisão manifestamente inconstitucional, ilegal ou injustificada pelo erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato (art. 13^o); a responsabilidade dos magistrados apenas na forma de direito de regresso, quando tenham agido com dolo ou culpa grave (art. 14^o, n^o 1)⁹.

Impende ressaltar que nos dizeres da Carla Amado Gomes (2010, p. 223 e ss.), o legislador português ressalvou o erro judiciário da aplicação do regime a que remete ao art. 12^o, porque, na verdade, o art. 13^o reporta-se ao erro *in judicando* e não ao erro *in procedendo*. Como o art. 12^o aponta para a “responsabilidade na administração da justiça”, ressalvando os artigos seguintes, seu âmbito de abrangência se revela a qualquer ato instrumental a decisão, salvo o que se prenda com o acerto substancial do conteúdo destes do ponto de vista da interpretação do Direito e da apreciação dos fatos.

No que relaciona à responsabilidade dos atos materialmente administrativos no seio de um processo judicial, a citada doutrinadora portuguesa ainda desenvolve entendimento no sentido de aplicação da figura da falta do serviço.

Assim, se o ato não for materialmente jurisdicional, o Estado poderá ser responsabilizado nos termos do art. 12^o, da Lei n^o 67/2007 e, sendo-o, não tiver sido praticado por um juiz, poderá ou não ser responsabilizado, dependendo diretamente da qualidade do sujeito que o emanou.

Como nem todos os erros asseguram ao lesado o direito à reparação, não têm relevância indenizatória. Só os erros manifestamente evidentes e crassos têm esse condão. O legislador português considerou

⁹ Tecnicamente, todos os artigos citados inerentes à Lei n^o 67/2007 estão contidos no anexo da referida norma legislativa.

que nem todo erro judiciário gera a obrigação de indenizar por parte do Estado, admitindo uma margem de erro tolerável, que não é indenizável, ainda que provoque danos. A indenização é fundada apenas no caso de decisões manifestamente desconformes com o ordenamento jurídico ou com os valores por ele acolhidos.

Anteriormente à vigência da Lei n^o 67/2007, a jurisprudência portuguesa chegou a entender que também na responsabilidade pelo erro judiciário a procedência do pedido dependeria de alegação e prova por parte do autor do fato voluntário e ilícito, da culpa, do dano e do nexos de causalidade estabelecido entre o ato ilícito e o dano¹⁰.

Com efeito, para Fernandez (2011, p. 17), em virtude da modelação do elemento subjetivo, só se releva como orientador do dever de indenizar o erro grosseiro ou manifesto. Os danos causados por um erro simples, não manifesto, intrinsecamente considerado como um risco próprio de quem recorre a um processo judicial para resolver um litígio, não são ressarcíveis, apesar da ilegalidade da decisão. Apenas se revela indenizável a decisão manifestamente errada (manifestamente ilegal, inconstitucional ou com erro sobre os pressupostos de fato em que se assentou), ou seja, aquela que contém um erro ostensivo, crasso, palmar, indiscutível, capaz de tornar a manifestação jurisdicional arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativas de uma atividade dolosa ou altamente negligente do julgador, fundada em culpa grave.

O art. 13^o, n^o 1, exige ainda a prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente¹¹ para dar ensejo à responsabilidade pelo erro judiciário, o que pode ser tido como uma condição de

¹⁰ Supremo Tribunal de Justiça: acórdão no processo n^o 02A4032, Relator: Moreira Camilo, datado de 17.6.2003.

¹¹ Supremo Tribunal de Justiça: acórdão no processo n^o 9180/07.3TBRRG.G1.S1, 1^a Secção, Relator: Moreira Camilo, datado de 3.12.2009.

admissibilidade da ação ou mesmo como um pressuposto processual específico da ação de indenização. Vale ressaltar que as condições da ação ou os pressupostos processuais não foram instituídos como forma de dificultar o acesso à jurisdição por parte dos que a ela pretendem recorrer, mas apenas para regular o acesso aos tribunais e o recurso aos processos judiciais, de forma que sua exigibilidade se apresenta apenas como obstáculo à apreciação do mérito, com o fim de evitar pronunciamentos desnecessários por parte do Estado julgador.

Não basta, portanto, que a decisão seja tida como ilegal, mas também que seja tida por ilícita, sendo desconstituída por decisão posterior (FERNANDEZ, 2011, p. 20). A preservação da independência dos julgadores na administração da justiça, os quais se encontram limitados pela obediência à lei e à Constituição, bem como a possibilidade de apreciação e valoração das provas e a existência de um sistema de recursos organizado com base em instâncias hierarquizadas contribuem sucessivamente para o aperfeiçoamento das decisões, diminuindo a possibilidade de erros e injustiças nas manifestações jurisdicionais.

Apesar de a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário ser aplicada em tese com base na teoria objetiva, os fundamentos dessa responsabilidade pautada na atividade do magistrado como agente estatal, baseada em preceitos constitucionais ou legais do ordenamento jurídico português, é assentado, portanto, no dolo ou na culpa grave por parte do julgador, que viola a lei por manifesta negligência, analisa imprudentemente as provas do processo ou age de forma imperita ao decidir tecnicamente a questão, ensejando a ocorrência do erro grosseiro ou temerário. Por tal razão, não há lugar para a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado¹², mas apenas para a teoria subjetiva.

Após a análise, verifica-se que o Direito português possui adequada legislação sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado – especialmente a Lei nº 67/2007, a qual se apresenta como diploma amplo e generoso, decorrente do art. 22º da Constituição portuguesa, e que poderia ser utilizado como um bom paradigma para o desenvolvimento de uma legislação específica no Direito brasileiro.

4.2. No ordenamento jurídico brasileiro

No exercício da atividade tipicamente jurisdicional, podem ocorrer os erros judiciais (ou judiciários para efeito deste trabalho), tanto *in judicando* como *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o magistrado, por não ter o dom da adivinhação, está sujeito a erros de julgamento e raciocínio, de fato ou de direito. A possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional.

Sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o Estado por eles, ainda quando involuntários, inviabilizaria a própria justiça, tornando irrealizável a função jurisdicional. Seria exigir do Estado a prestação de uma justiça infalível, qualidade esta, que só a justiça divina pode ter (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 260).

Justamente para evitar ou corrigir erros, a lei prevê os recursos, por vezes em número excessivo. A parte agravada ou prejudicada por uma sentença injusta ou equivocada pede uma revisão, podendo chegar até ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, uma vez esgotados os recursos, a coisa julgada constitui-se como um fator inibitório da responsabilidade do Estado, que tudo fez, dentro das possibilidades humanas, para garantir uma prestação jurisdicional efetiva e correta.

¹² Supremo Tribunal de Justiça: acórdãos no processo nº 05B2490, Relator: Araújo Barros, datado

de 20.10.2005; processo nº 05A1064, Relator: Ponce de Leão, datado de 29.6.2005 e processo nº 03B4170, Relator: Lucas Coelho, datado de 19.2.2004.

Toda sentença ou decisão judicial é elaborada com base em um silogismo, mediante adoção de princípios lógicos pelo magistrado. Esse método lógico baseia-se nas provas colacionadas aos autos, sobretudo pelas partes que, com base nos princípios do contraditório, ampla defesa e colaboração, têm garantida a ampla possibilidade de produção de todos os meios probatórios em direito admitidos.

Na doutrina brasileira, ardente defensor da tese da responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, Cretella Júnior (1980, p. 227) afirma que os argumentos da soberania e da incontestabilidade da coisa julgada não militam a favor da irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciais, em primeiro lugar porque a soberania é do Estado, em segundo lugar porque a coisa julgada pode ser atacada no cível pela rescisória, ou no crime pela revisão.

Já Caio Mário da Silva Pereira (1992, p. 142), após tecer profícuas considerações sobre o tema, conclui em não afirmar a irresponsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional, eis que no direito moderno todo o mundo proclama a preeminência dos direitos humanos, aceitando que a regra da imunidade deixa ao desamparo os direitos e interesses do indivíduo, a segurança e a estabilidade sociais, devendo-se considerar que a responsabilidade civil pela atuação jurisdicional existe, mas somente se há de aceitá-la em caráter de excepcionalidade.

Por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil. Ato emanado da atuação judicial do magistrado no exercício da função jurisdicional. Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, pois para sua configuração não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, a condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal

impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé.

Ao erro de raciocínio ou de julgamento do juiz, os sujeitos processuais estão a todo tempo sujeitos, na medida em que a possibilidade de equívoco é inerente a qualquer atividade humana. Na tentativa de se amenizarem os danos decorrentes do erro é que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de revisão das decisões judiciais por meio da interposição de recursos. Não compete às partes suportar, em verdade, os danos decorrentes de condutas dolosas e culposas praticadas pela autoridade judiciária, em claro intuito de ofender a autoridade que lhe é investida, agindo com abuso de direito e desvio de função.

No âmbito criminal, no caso de condutas culposas, a exemplo do magistrado que profere sentença de forma negligente sem ter apreciado devidamente as provas produzidas no processo, tem aplicação a indenização com fulcro no art. 630 do Código de Processo Penal, interpretado em conjunto com o art. 5º, LXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, garantindo a reparação ao indivíduo condenado por erro judiciário.

O erro judiciário típico, tal como previsto no art. 630 do Código de Processo Penal, pode ser corrigido por outro julgado posterior, através da apreciação da revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal.

Consoante o disposto no art. 630 do Código de Processo Penal e seus parágrafos, o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização à parte interessada pelos prejuízos sofridos, desde que haja requerimento nesse sentido. Essa indenização será suportada pela União ou pelos Estados-membros, dependendo da esfera do Poder Judiciário na qual foi proferida a decisão que causou o dano. Entretanto, tal indenização não será devida desde que a injustiça da condenação tenha por base ato ou falta imputável à própria parte,

como confissão ou ocultação de prova em seu poder.

A mitigação da regra geral da indenização e a necessidade da procedência da revisão criminal, também dão azo à aplicação da responsabilidade subjetiva da Administração Pública ao erro judiciário. Caso fosse aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, desnecessária seria a aplicação do instrumento da revisão criminal para a declaração do erro e da consequente obrigação de indenizar. Bastaria que no âmbito cível fosse demonstrado o dano. Há, portanto, a necessidade de qualificação do erro como intencional (dolo) ou mesmo culposos, causado por negligência, imperícia ou mesmo imprudência do julgador.

Entretanto, só há cogitar de indenização na hipótese do inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal, pois esse é o único caso de revisão criminal em que ocorre efetivo erro do magistrado no julgamento da causa, ressurgindo, destarte, dessa norma o conceito de erro judiciário na seara criminal, que é dado “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”.

Em suma, poder-se-ia conjecturar de responsabilidade civil por erro judiciário no âmbito criminal, em última instância, apenas quando o magistrado houvesse agido com dolo ou culpa, decidindo de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos. Essa posição coaduna-se inclusive com a sistemática do nosso ordenamento jurídico, já que inviável é permitir-se a condenação ao pagamento de indenização em toda e qualquer hipótese na qual uma decisão judicial equivocada tenha causado prejuízos ao jurisdicionado/administrado, sob pena de sacrifício à própria atividade do Poder Judiciário, inviabilizando-se o exercício da função jurisdicional por juizes dotados de independência funcional.

Não se olvide ainda que, no âmbito cível, há hipóteses em que o juiz pratica atos jurisdicionais com deliberado intuito de causar prejuízo à parte ou a terceiros.

Revelando-se dolosa a conduta, há violação dos deveres funcionais, não só da Lei Orgânica da Magistratura, mas também de aplicação do art. 133 do Código de Processo Civil brasileiro. Apesar da celeuma jurídica asseverada por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário não encontra fundamento na norma exposta no art. 133, I, do Código de Processo Civil, que se aplica apenas à responsabilidade civil direta da autoridade judiciária, nas hipóteses de dolo ou culpa (CAHALI, 2007, p. 471).

O referido dispositivo legal é acompanhado com semelhança e fidelidade pelo art. 49, da Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Por sua vez, o “projeto de lei do novo Código de Processo Civil”, também reproduz a mesma redação no art. 113, ao dispor sobre a responsabilidade do juiz.

Considerando-se o princípio do livre convencimento motivado e a constitucional garantia de motivação das decisões judiciais, não há como se admitir que o erro judiciário possa ser antevisto, ou que reste caracterizado apenas porque o julgador fez má subsunção do comportamento da parte ou dos fatos inerentes ao feito à norma em vigor à época do ocorrido, ou mesmo que tenha atuado em errônea perspectiva com falsa percepção dos fatos ou ainda que tenha interpretado de forma equivocada a norma aplicável ao caso concreto. Todas essas hipóteses podem até caracterizar o erro *in judicando*, mas não poderão ser confundidas com o erro judiciário referido no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal ou no art. 630, §2º, “a”, do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, não se pode desprezar a advertência procedida por Kelsen (1997, p. 396) ao lecionar sobre a interpretação das normas jurídicas, no sentido de que a interpretação jurídico-científica procura evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica compreenda apenas uma interpretação correta, aplicada a

todos os casos. E continua o renomado autor austríaco a defender que essa ficção, da qual se serve a jurisprudência tradicional para consolidar a segurança jurídica, deve ser realizada apenas de forma aproximada, tendo em vista a plurificação interpretativa da maioria das normas jurídicas.

A responsabilidade do julgador não pode ser extraída segundo os mesmos critérios e pressupostos utilizados para os agentes públicos em geral, que exercem atividades de natureza administrativa. Conforme a advertência de Ghersi (2003, p. 66): “Naturalmente que os juízes não são autômatos e sim almas, como queria Montesquieu; nem estão isolados da humanidade, nem à margem da mentalidade, das atitudes e dos comportamentos da geração a que pertencem”.

A especial situação de agente público inerente ao magistrado apresenta-se bem conceituada por Porto (1989, p. 146) ao afirmar que: “O juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através de sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública”.

Nessa seara em que se busca a responsabilidade do Estado pelo erro ocorrido no exercício da função jurisdicional, torna-se ainda necessário observar um cauteloso regime para vislumbrar a ocorrência do dolo, fraude ou culpa do magistrado, de modo a afastar qualquer hipótese de responsabilidade baseada na convicção do julgador e em sua interpretação das normas, valoração das provas ou escolha da regra que melhor se subsuma ao caso fático concreto, sob pena de restringir sobremaneira o âmbito de liberdade de atuação do magistrado, pois, na maior parte das vezes, algum dos litigantes se sentirá prejudicado pela decisão judicial, vez que submetido ao interesse ou direito da parte *ex adversa*.

Além do conceito de dolo, no qual se exige a intenção ou assunção do risco de produção do resultado, e de culpa, na qual se exige a previsibilidade e atuação por negligência, imprudência e imperícia, já usualmente utilizados em sede de responsabilidade civil, a fraude também pode ser indicada como um pressuposto que geraria a responsabilidade subjetiva do Estado pelo erro judiciário. A expressão “fraude” deriva do latim *fraus, fraudis*, significando “engano”, “má-fé”, “logro”. Segundo De Plácido e Silva (1982, p. 324), entende-se geralmente como o engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má-fé para ocultação da verdade ou fuga do cumprimento do dever. É, em síntese, a intenção de causar prejuízos a terceiros.

Um dos fundamentos da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou em decorrência de atividades desempenhadas no interesse de todos – princípio da igualdade. Os riscos a que terceiros são expostos pelo Estado não podem deixar de ser assumidos por quem os criou.

A decisão judicial é ainda proferida atendendo-se a princípios constitucionais que revelam a imparcialidade do poder judiciário, além do respeito ao contraditório e ampla defesa, dando ensejo a um correto desenvolvimento da relação processual e à realização de uma sentença justa.

No âmbito constitucional, o art. 5º, LXXV da Constituição, cuida especificamente da responsabilidade do Estado por atos judiciais, enquanto que a norma do art. 37, §6º, de natureza geral, aplica-se a toda a atividade administrativa, inclusive à atividade judiciária (não jurisdicional) (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 260).

A abstração das normas constitucionais gera, no entanto, a possibilidade de que a um determinado caso concreto possam ser aplicadas mais de uma regra ou mais de um princípio, sendo que a escolha para aplica-

ção de um ou outro, pode mudar por completo a solução ou resultado dado ao caso. Os princípios têm maior grau de abstração, sendo possível, inclusive a aplicação de princípios diversos a um mesmo caso, sem que se mostrem contraditórios. As regras, por sua vez, são menos abstratas sendo que a aplicação de uma geralmente afasta a aplicação de outra regra contraditória.

É de se concluir, então, que o objetivo do legislador constituinte ao formular a norma disposta no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal foi o de estabelecer temperamento ao princípio estabelecido no §6º do art. 37 no tocante a atividade judicial. E a harmonização desses dois dispositivos constitucionais é perfeitamente possível se considerarmos a necessária distinção entre a atividade jurisdicional e atividade judiciária, já exposta.

Segundo regra elementar de hermenêutica, quando nos deparamos com duas normas constitucionais aparentemente em conflito, cabe ao intérprete compatibilizá-las, em vez de simplesmente desconsiderar uma delas.

O método teleológico deve ser utilizado para a conclusão sobre o aparente conflito de normas. A ideia básica da Escola Teleológica é a noção de fim, de finalidade ou utilidade social do Direito para servir à sociedade. O Direito seria, portanto, uma organização da utilidade do social, uma necessidade ou finalidade socialmente útil, a exigir consagração e proteção. Logo, o critério de interpretação aprofunda-se na busca ou pesquisa dessa utilidade, como princípio norteador (COSTA, 1997, p. 100-101).

Como é cediço, os instrumentos e critérios destinados à solução de conflitos de regras, muitas vezes são insuficientes para resolução das antinomias envolvendo princípios, sobretudo porque nenhum princípio, ainda que constitucional, tem caráter absoluto. A colisão de princípios é matéria de extrema importância ao Direito Constitucional, devendo ser analisada como o máximo cuidado. Segundo Robert Alexy

(1999, p. 73), as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados, eis que enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade com esteio em critérios como especialidade, hierarquia ou anterioridade, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.

Nesses casos, a utilização da técnica de ponderação de valores, ou interesses, é um método que também se apresenta como um dos mais adequados à solução da questão. A ascendência de certos valores sobre outros resolveria a antinomia, por meio da identificação do bem jurídico tutelado das normas em contradição, da conjugação a determinados valores e da preferência à norma que consagre o valor dos princípios fundamentais (VIETO, 2000, p. 102).

Assim, na colisão de princípios existente entre as normas do art. 5º, LXXV e art. 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a utilização da ponderação dos valores demonstra-se como eficiente alternativa à solução do conflito.

Segundo a moderna doutrina, o resultado da interpretação constitucional deve ainda estar conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia. Deve existir uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são tidos como vanguardistas no âmbito da hermenêutica jurídica. Apesar da correlação entre eles, alguns teóricos e práticos do Direito procuram distingui-los sob o argumento inicial de que a razoabilidade desenvolveu-se no Direito norte-americano e a proporcionalidade no Direito alemão, bem como justificando que seus modos de aplicação são diversos. Não obstante, observa-se que, durante muito tempo, razoabilidade e proporcionalidade foram utilizadas no Supremo Tribunal Federal de maneira indistinta.

No caso específico da proporcionalidade, esta pode ser entendida não como um mero princípio jurídico, mas como um instrumento metodológico para resolução de colisão entre princípios (BONAVIDES, 2004, p. 425).

Por conseguinte, entende-se que a utilização da proporcionalidade pode gerar uma adequada solução à colisão dos princípios, também com relação a questão proposta no presente item, uma vez que sua aplicação coligada à técnica da ponderação de valores, resulta em uma decisão mais justa e congruente com o contemporâneo sistema de interpretação constitucional, fundado nas novas técnicas da hermenêutica jurídica.

A aplicação da norma prevista no art. 5º, LXXV, com prevalência da responsabilidade subjetiva do Estado no caso de erro judiciário sobre a regra geral do artigo 37, §6º, que prevê a responsabilidade objetiva dos entes públicos, é assim a solução que melhor realiza os ditames da hermenêutica constitucional, com a preservação da independência dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Canaris (1996, p. 159) leciona que a interpretação a partir do sistema externo apenas traduz, em certa medida, um prolongamento da interpretação gramatical, enquanto a argumentação baseada no sistema interno exprime um verdadeiro prolongamento da interpretação teleológica, em um grau que progrida da *ratio legis* à *ratio iuris*, colocando-se no mais alto nível entre os meios de interpretação.

Além da aplicação da técnica da ponderação de valores e do princípio da proporcionalidade, os métodos de interpretação sistêmico e teleológico também ensinam o mesmo resultado para o deslinde da questão. Essa interpretação sistemática é também tida por Canaris (1996, p. 208-209) como um meio auxiliar metodológico mediante o qual se podem evitar contradições de valores na medida em que se interprete

o teor dos diferentes preceitos em conformidade com o sistema, de modo unitário.

A utilização conjunta dos métodos sistemático e teleológico levam a uma interpretação criativa do direito, também defendida por Canaris (1996, p. 212-216), na qual se reconhecem os graus de obtenção do Direito por meio da complementação de lacunas e realização da adequação valorativa das diferentes normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Sob esse prisma analítico, a orientação de precedentes do Supremo Tribunal Federal dispõe que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais praticados por juízes, salvo em casos expressamente previstos em lei. Se a soberania estatal no Estado de Direito é balizada por normas jurídicas estabelecidas que delineiam a forma e o exercício deste atributo indissociável do Estado, preservando os direitos fundamentais e a estrutura do ordenamento jurídico, que tem no ápice da pirâmide normativa a Constituição, é cediço que a norma insculpida no art. 37, §6º, da Constituição apresenta-se como uma regra de autodelimitação da própria atividade soberana do Estado, o que realmente só pode ser realizado por norma constitucional. Entretanto, inferir desse dispositivo a responsabilidade objetiva pelos erros judiciários seria contrastar com a própria qualidade de poder que permeia os órgãos judiciários, eis que, ao exercer uma função que dinamiza a própria soberania – decidir os conflitos –, o magistrado não pode igualar-se ao administrador público que, ao revés, exerce apenas atos de execução baseados na legalidade e nos demais princípios da administração pública¹³.

¹³ Supremo Tribunal Federal: acórdãos no RE nº 219.117-4-PR, Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999; RE 111.609-9-AM, Relator: Min. Moreira Alves, 1Turma DJ de 19.3.1993; RE- 228.997-SP, Relator: Min Néri da Silveira, 2Turma, DJ de 12.4.2002; RE 216.020-SP, Relator: Min. Carlos Veloso, DJ de 8.10.2002; RE 553637 ED / SP, Relatora: Min. Ellen Gracie, 2 Turma, DJ de 24.9.2009.

Não se olvide que a atividade jurisdicional configura um serviço público, prestado pelo Estado. Entretanto, pelos prejuízos advindos aos administrados/jurisdicionados decorrentes de atos judiciais equivocados, posteriormente ao reconhecimento judicial do erro, responderá o Estado apenas quando se comprove a culpa ou o dolo do magistrado. Ademais, a independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter para julgar sem receio estariam irremediavelmente postas em xeque caso objetivamente o Estado tivesse que reparar eventuais danos causados pela interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, sendo possível o exercício do direito de regresso contra o responsável pelo julgamento tido por errôneo e danoso. Para se corrigir uma sentença errônea o ordenamento processual já dispõe sobre um elevado número de recursos tendo em vista a falibilidade humana do julgador.

Não há de se cogitar de total irresponsabilidade do Estado quando do erro judiciário, conforme já anteriormente decidido pelos Tribunais, na vigência de constituições anteriores¹⁴. Entretanto, as hipóteses autolimitadoras da soberania deverão ser expressas em lei (art. 5º, LXXV da Constituição Federal, art. 630 do Código de Processo Penal e art. 133 do Código de Processo Civil, sendo o último aplicado ao caso da responsabilidade pessoal do magistrado) frisando a responsabilidade subjetiva, exigindo-se desse modo a comprovação do dolo ou da culpa por parte do órgão judicial que por ação ou omissão eventualmente acarretou dano ao jurisdicionado.

Quando o juiz profere uma sentença tida como injusta, mas efetiva-a de forma fundamentada e de boa-fé, não tem a parte

o direito de receber eventuais indenizações do Estado até porque o magistrado, como integrante do Poder Judiciário não é mero representante ou preposto do Estado, executor de atividades administrativas, mas sim um agente em regime especial, que detentor de uma parcela da soberania estatal, decide a questão posta em juízo, aplicando o direito de forma imparcial e apenas quando provocado.

Sendo inevitável a possibilidade de erro no exercício da função jurisdicional, responsabilizar o Estado por eles, quando eventuais e involuntários, comprometeria a indispensável liberdade interior do julgador, acabando por inviabilizar a própria justiça. Por isso, pelos erros ou injustiças decorrentes dos atos judiciais típicos, o Estado só responde se praticados de má-fé (dolo) ou culpa, ou ainda nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Assim, a regra do artigo 37, § 6º da CF, de natureza geral, é aplicável a toda a Administração Pública, inclusive ao Poder Judiciário quando do exercício de atividade meramente administrativa. No pertinente, a Constituição Federal adotou a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, segundo a qual o que importa é a relação de causa e efeito, o nexo de causalidade entre o evento e o resultado.

De outra senda, com relação aos atos tipicamente jurisdicionais, o Estado responsabiliza-se quando houver erro judiciário ou em casos de excesso de cumprimento de pena, hipóteses expressamente previstas pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LXXV, sobretudo quando evidenciado o indevido exercício da atividade jurisdicional por dolo ou culpa do magistrado.

De fato, por se tratar de ato judicial típico, necessário que tivesse incorrido em erro o agente estatal. E para a configuração desse erro judiciário não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será necessária uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo,

¹⁴ Supremo Tribunal Federal: acórdãos no RE 46766, Embargos no Recurso Extraordinário, Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Julgamento: 26.4.1963, Órgão Julgador: Tribunal Pleno e RE 35500, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Julgamento: 9.12.1958, Órgão Julgador: Segunda Turma.

condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivado por dolo, fraude ou má-fé (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 281).

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou reparar o dano, o comportamento doloso do agente, ou simplesmente a sua culpa.

Nesse contexto, Aguiar Júnior (2007, p. 76) leciona que o princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a ocorrência do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. Por isso a regra ampla do art. 37, §6º, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho, como no caso de erro judiciário, ou quando falha o serviço, a exemplo do excesso de prisão. A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade. O Estado responde, portanto, quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do Código de Processo Civil; art. 49, I da Lei Orgânica da Magistratura), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do Código Processo Civil; arts. 49, II, e 56, I, da Lei Orgânica da Magistratura) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III, da Lei Orgânica da Magistratura), além da hipótese de prejuízos sofridos em decorrência de erro no âmbito decisório criminal (art. 630 do Código de Processo Penal).

Nos lindes do art. 37, §6º, da Constituição da República, o Estado responde objetivamente pelos danos que, nessa qualidade, causar a terceiros. Entretanto, em sede de erro judiciário, a responsabilização estatal

por ato judicial restringe-se às hipóteses em que o juiz age com culpa ou dolo no exercício de suas funções, sob pena de se sacrificar a independência do próprio magistrado¹⁵.

Nesse sentido, também é a dicção de Stoco (2011, p. 818) ao defender que não se olvida que a responsabilidade objetiva estabelecida no art. 37, §6º, da Constituição Federal seja uma norma autolimitadora da soberania do Estado, na busca de maior proteção da hipossuficiência do cidadão em frente do aparelho estatal, exigindo apenas o nexo etiológico entre o comportamento e o resultado para sua responsabilização. Contudo, a responsabilidade objetiva não se pode inferir da mencionada regra geral do art. 37, §6º, pela só prática de atos judiciais, ainda que eivados de erros ou equívocos, ou que não tenham solucionado corretamente a questão no plano fático ou jurídico. Permitir que sem a existência de dolo ou culpa seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes seria contrariar a qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Judiciário, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não se iguala ao seu agente ou órgão administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regradados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.

Não haveria segurança jurídica, nem segurança pessoal do julgador se, em razão de erro de visão da causa, desde que não intencional, nem impregnado dos componentes subjetivos da vontade de prejudicar, da desídia e da omissão que induzem negligência, se evoluísse no sentido de impor

¹⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: acórdão no processo nº 1.0194.08.093619-9/001(1), Relator: Des.(a) Dídimo Inocêncio de Paula, j. 3.2.2011, p. 1.3.2011.

responsabilidade ao Estado pelo ato do magistrado pelo só fato de a decisão ter sido inadequada ou não ter prevalecido, por força de sua reforma ulterior.

O julgador é inviolável e impenetrável em sua convicção, que não pode ser colocada em dúvida ou discussão, ainda que a decisão por ele proferida não seja a melhor ou a mais adequada, posto que falível, certo que esse *munus* de ministrar justiça é um dos privilégios da soberania.

De modo que o erro judiciário, de regra, não induz responsabilidade objetiva do Estado posto que o resguardo da função jurisdicional, a dignidade da Justiça, a garantia da independência dos poderes, a segurança jurídica e a força do trânsito em julgado da sentença sobrepõem-se a qualquer outro interesse individual. Interpretação contrária seria responsável por uma mortal afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, em face de tudo que foi exposto, e levando-se em consideração, a interpretação sistemática, teleológica, criativa e proporcional das normas constitucionais dispostas no art. 5º, inciso LXXV e art. 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como da legislação ordinária correlata, entende-se que a responsabilidade civil do Estado em decorrência do erro judiciário, no ordenamento jurídico brasileiro, adota a teoria subjetiva, sendo necessária a configuração do dolo ou culpa do magistrado quando da elaboração do ato decisório para gerar a indenização, desde que presentes os demais requisitos legais e ausentes as excludentes da responsabilidade civil.

5. Conclusões

A ideia da responsabilidade do Estado apresenta-se como consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito, sendo simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. A própria ideia de República (*res publica* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime instituciona-

lizado, em que também o Estado tem que ser responsabilizado pela atuação de seus agentes, eis que, no ordenamento jurídico, inexistem sujeitos fora do Direito.

A responsabilidade estatal apresenta-se como um princípio de Direito Público que decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito e baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Implica a necessidade de haver equilíbrio entre os encargos sociais, de forma que, quando uma pessoa sofra um ônus maior do que o suportado pelas demais, surge a obrigação do Estado em indenizá-la, utilizando recursos do erário para restabelecer tal equilíbrio.

É difícil definir erro judiciário. Entretanto, não restam dúvidas de que tal erro é decorrente apenas da efetiva atividade judicial ou jurisdicional do magistrado, no exercício da função de julgar, não sendo considerados para tanto os erros decorrentes da atividade administrativa do Poder Judiciário.

Entre os obstáculos à responsabilidade civil do Estado, considera-se que a aplicação dos princípios da colaboração, do contraditório, do livre convencimento motivado e da segurança jurídica apresentam-se como aqueles que justificadamente impedem a responsabilização do Estado. Entretanto, o principal e inafastável obstáculo é fundado no instituto da coisa julgada, sob o qual se baseia a imutabilidade das decisões judiciais. Nessa ótica, para a configuração do erro judiciário, verifica-se imprescindível a necessidade de reconhecimento do erro por outra manifestação jurisdicional que venha a desconstituir a decisão anterior, ensejadora da lesão.

Analisando a questão sob o prisma do ordenamento jurídico português, chega-se à conclusão de que naquele país, possuidor de uma regulamentação legal específica, principalmente a Lei nº 67/2007, apesar da defesa da teoria objetiva, a responsabilidade pela atividade jurisdicional e, sobretudo, pelo erro judiciário, funda-se na teoria

subjetiva, sendo necessária a configuração do dolo ou culpa do julgador, para a caracterização do dever de indenizar.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-se as regras constitucionais aplicáveis à responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário e aplicando-se a técnica da ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade, além da interpretação sistemática, teleológica e criativa, entendemos que não incide a regra do art. 37, §6º, da Constituição Federal, mas sim a prevista no art. 5º, LXXV, da mesma Carta Constitucional, exigindo-se o adequado exame do caso concreto para apuração de dolo ou culpa do magistrado pelo fato de que, estando no exercício da atividade jurisdicional, assume esse o *status* de órgão de Poder, atuando com independência e motivando adequadamente suas decisões, as quais se encontram sujeitas a recursos, em caso de discordância da parte vencida.

Só se mostra adequado conjecturar de responsabilidade civil por erro judiciário quando o magistrado tenha agido com dolo ou culpa, decidindo de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, posição essa que se coaduna inclusive com a sistemática do nosso ordenamento jurídico, já que inviável é permitir-se a condenação ao pagamento de indenização em toda e qualquer hipótese na qual uma decisão judicial equivocada tenha causado prejuízos ao jurisdicionado/administrado, sob pena de se sacrificar a própria atividade do Poder Judiciário, inviabilizando-se o exercício da função jurisdicional por juízes dotados de independência funcional.

Se o magistrado não atuou ou se omitiu intencionalmente em prejuízo da parte e se, portanto, essa atuação foi escorregia, baseada no princípio do livre convencimento e na garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, não há como aceitar a ocorrência do malfadado erro judiciário e conceder reparação a qualquer das partes do processo, com risco de enfraquecimento do Judiciário como um todo, de banaliza-

ção das decisões, de afronta ao próprio exercício da atividade jurisdicional e, por conseguinte, de fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

Não obstante a necessidade de responsabilização do Estado pelo erro judiciário, a negativa de valor ao instituto da coisa julgada, fator de segurança jurídica e certeza da necessária imutabilidade das decisões, ou a violação as garantias mínimas que devem ser asseguradas ao julgador, apresentam-se como obstáculos ao livre exercício da atividade jurisdicional, dificultando que o magistrado, na análise do caso possa efetivamente “dar a cada um o que é seu”, distribuindo a efetiva e lúdima Justiça.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 69-79, jul./set. 1999.

ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2009.

ARDANT, Philippe. La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle. *Journal Reprint*, Paris, 1956.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIELSA, Rafael. Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación. *Revista Universitaria de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 1941.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. v. 2.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de

- Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- CAPELETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- CATARINO, Luís. Responsabilidade por facto jurisdicional: contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do estado. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Responsabilidade civil extra-contratual do estado: trabalhos preparatórios da reforma*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CERQUEIRA FILHO, Reginaldo de Castro. *Responsabilidade civil por atos judiciais*. Recife: Nossa Livraria, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. tomo III.
- _____. O sistema lusófono de direito. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 70, v. 1/4, jan./dez. 2010.
- COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do estado por atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique: en dehors du contrat*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1938.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1977.
- FERNANDEZ, Elizabeth. Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações. *Cadernos de justiça administrativa*, n. 88, jul./ago. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 1989.
- FERREIRA, Paulo Marrecas. O recorte impreciso e fluido do que poderia ser subsumível ao erro judiciário na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Julgar*, Lisboa, n. 5, p. 59-71, maio/ago. 2008.
- FONSECA, Guilherme da. A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário). *Julgar*, Lisboa, n. 5, maio/ago. 2008.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.
- GARCIA, Antônio Dias. Da responsabilidade civil objetiva do estado e demais entidades públicas. In: QUADROS, Fausto de. (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios: deberes del juez: error de hecho e de derecho: ejecución irregular del servicio de justicia: acciones: competencia: funcionarios policiales: empresas del derecho: jurisprudencia*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010.
- HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*. São Paulo: Leud, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações: apontamentos*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MEDEIROS, Ruy. *Responsabilidade civil dos poderes públicos*. Lisboa: Universidade Católica, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. Influência do direito da União Européia nos regimes da responsabilidade pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 88, jul./ago. 2011.
- _____. Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente. In: QUADROS, Fausto de. (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004. tomo V.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- QUADROS, Fausto. (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade: um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2006.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- RODRIGUES, Luis Barbosa. A responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco estados das comunidades europeias. In: QUADROS, Fausto de. (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- SEMON, Juan M. La reparación e las víctimas de los errores judiciales. *Revista Del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1941.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2.
- SILVA, Juary C. *Responsabilidade do estado por atos judiciais e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Universitaires de France, 1964.
- VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Jeremy Bentham

Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário

Louise Menegaz de Barros Mota

Sumário

1. O pensamento visionário de Jeremy Bentham. 2. A afirmação do caráter científico do estudo do Direito e o esquecimento da “arte da legislação”. 3. A ascensão da Legística e o resgate das ideias de Bentham. 4. Tocando em frente.

1. O pensamento visionário de Jeremy Bentham

Quando o filósofo inglês Jeremy Bentham nasceu, em 1748, o Iluminismo já tomava conta da Europa. Durante o chamado Século das Luzes, ideias como autonomia intelectual e liberdade de pensamento, em oposição a uma atitude passiva e dependente, foram amplamente difundidas. Naquele tempo, a palavra de ordem era ousar. Bentham parece ter interiorizado muito bem a lógica iluminista. Sendo um jurista de vanguarda, não se rendeu à tradição do jusnaturalismo, mas deu origem a uma nova forma de pensar o direito – que viria a culminar no positivismo.

Bentham encarou o Direito como algo que tem origem na vontade humana, e que é por ela criado e posto. Segundo Schofield (1991, p. 60), no âmbito do Estado, a concepção e adoção das normas jurídicas se davam por meio da expressão do soberano, sendo que tais normas deveriam ser observadas pelos seus respectivos súditos. O papel da razão não estaria, portanto, em determinar qual é o Direito, como pensavam os jusra-

Louise Menegaz de Barros Mota é mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Bolsista Capes Demanda Social. Estagiária docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Graduada em Direito pela UFMG.

cionalistas, mas sim em permitir a distinção entre aquilo que é bom e o que é ruim, e assim definir *o que deve ser* e *o que não deve ser* posto como Direito.

O Direito, para Bentham, não era mais do que *instrumento* a serviço da vontade humana. Tal instrumento, de acordo com ele, deveria ser manipulado segundo o princípio da *utilidade*, que propiciaria um padrão democrático para a formulação das leis, tendo em vista o bem estar do maior número de pessoas. É importante frisar que Bentham foi um verdadeiro reformista. Ele teve consciência de que as pessoas em geral e os juristas em particular viam o Direito como uma instituição complexa por natureza, incompreensível ao cidadão comum, e que, por isso, não se atreviam a propor mudanças significativas no sistema jurídico – seja no que se refere à elaboração das normas jurídicas, seja no que concerne à sua implementação. Assim sua produção intelectual foi destinada a desmistificar a aura de mistério que envolvia (e ainda envolve) o Direito.

Ele denunciou mecanismos utilizados para tornar o Direito obscuro, e dessa forma garantir a manutenção do *status quo* dos juristas e das instituições jurídicas, livrando-os do entendimento e da crítica da sociedade. Além da doutrina do Direito natural (que aponta para uma moralidade objetiva, rechaçada pelo filósofo), Bentham censurou não apenas o cerimonial e a pompa que permeavam o mundo jurídico, com seus títulos, togas e demais aparatos que o afastavam da realidade, mas também, e principalmente, a linguagem dos textos de Direito, a qual abusava de jargões e travestia de sentenças descritivas comandos que eram, na verdade, imperativos. Para Bentham, o Direito se expressava mediante comandos, proibições ou permissões – razão pela qual sua doutrina é chamada de positivismo imperativo (Hart, 1973, *passim*).

Hart (1973, p. 8) salienta que a defesa que Bentham (1843) faz do uso de um vo-

cabulário moralmente neutro no discurso jurídico e político está no centro do positivismo jurídico, do qual o segundo pode ser considerado o fundador. Bentham (1843) introduziu uma distinção entre Direito e moral que escandalizou seus contemporâneos. Para ele, a existência e a validade do Direito não se sustentavam sobre um conteúdo moral. Ao contrário, o papel da moral residia justamente em avaliar criticamente o Direito posto. Assim é que sua teoria do Direito se subdividiu entre 1) *expository jurisprudence*, destinada a conhecer o Direito tal como ele existe; e 2) *censorial jurisprudence*, cujo objeto consistia em determinar como o Direito deve ser (também chamada de Arte da Legislação).

Nesse sentido, o princípio da utilidade, também denominado princípio da maior felicidade, exerceu função essencial na teoria de Bentham. De acordo com esse princípio, uma ação poderia ser considerada boa ou correta se proporcionasse mais felicidade do que dor, e má ou incorreta se resultasse no contrário. Para ele, é inerente ao ser humano buscar sua maior felicidade. Todavia, no âmbito da sociedade, em regra os indivíduos perseguem objetivos contrapostos, de forma que a maior felicidade de um pode culminar em grande infelicidade para outro. Caberia, portanto, ao legislador (e também ao juiz – lembremos que Bentham viveu no *common law*) equacionar essa disparidade de interesses, direcionando, por meio das leis, a conduta dos indivíduos, à luz do princípio da utilidade e com vistas a atingir a maior felicidade para o maior número de pessoas – o interesse geral. Conforme tal raciocínio, Bentham atribuía à *censorial jurisprudence* um papel preponderante sobre a *expository jurisprudence*, uma vez que aquela forneceria elementos críticos para a reforma do Direito (SCHOFIELD, 1991, p. 59-60).

Em *Nomography; or the art of inditing laws*, Bentham (1843) enfatiza diversos problemas relacionados à elaboração e à comunicação do Direito, desenvolvendo

um trabalho minucioso. Além de enumerar as imperfeições relacionadas à forma pela qual o Direito de seu tempo era expresso, ele é taxativo em afirmar que o principal vício do Direito consistia na sua *incognoscibilidade*. Qualquer semelhança com a nossa realidade atual não é mera coincidência.

A respeito da incognoscibilidade do Direito, Bentham (1843, p. 243) percebeu que o desconhecimento das normas jurídicas pelos indivíduos as impedia de produzir os bons efeitos desejados. De acordo com ele, o conhecimento do Direito pelos seus destinatários dependia de circunstâncias externas – medidas tomadas pelo Estado com o escopo de lhe dar notoriedade –, e internas – aptidão do cidadão para ser informado. Entretanto, aspectos intrínsecos à lei também estavam em jogo, aspectos estes relativos ao seu conteúdo ou forma, como se pode ver a partir das imperfeições listadas adiante.

Como imperfeições de primeira ordem (BENTHAM, 1843, p. 239 et seq.), isto é, as imperfeições em si mesmas ou relacionadas aos fins imediatos do discurso¹ ele aponta: 1) ambiguidade, 2) obscuridade e 3) texto mais extenso do que o necessário².

Já as imperfeições de segunda ordem, ou seja, aquelas que conduzem às de primeira ordem, são as seguintes:

1) Instabilidade a respeito das expressões (abuso da sinonímia para designar a mesma ideia);

2) Instabilidade a respeito da ideia (utiliza-se a mesma expressão várias vezes, significando coisas diferentes);

3) Redundância;

4) Prolixidade³;

5) Confusão (proposições distintas expressas em uma mesma sentença);

¹ No caso do discurso jurídico, a compreensão do comando normativo e sua observância pelos destinatários.

² *Overbulkiness*, nas exatas palavras do autor (BENTHAM, 1843, p. 239), que, em Português, quer dizer algo como “sobrevolume”.

³ *Longwindedness*, no original.

6) Ausência de recursos que facilitem a intelecção (e. g., divisão em partes de comprimento moderado, designação dessas partes por títulos concisos, e referência a elas por meio de títulos e números); e

7) Desordem (reunião sob o mesmo nome de matérias que, pela sua natureza, merecem tratamentos distintos, ou o oposto disso, ou ainda dar a um artigo precedência sobre outro que, para maior clareza e entendimento, deveria vir primeiro).

A partir daí, Bentham (1843) desenvolve uma série de “remédios” para os males indicados, tendo inclusive se debruçado sobre questões pertinentes à linguagem do Direito. Ele condena recurso abusivo a termos técnicos e reforça a necessidade de conhecimento da lei pelos destinatários como condição imprescindível para a produção dos resultados calculados (BENTHAM, 1843, p. 269).

Bentham (1843) tinha plena consciência da radical mudança de pensamento que propunha, bem como da dificuldade de convencer seus pares, de forma que, conforme nos conta Hart (1973, p. 3), elegeu o ano de 2440, “‘apenas por devaneio’ – como a data em que as coisas começariam a melhorar”. É interessante que o tenha feito, uma vez que sua doutrina sobre a Arte da Legislação, extremamente avançada tendo em conta o pensamento jurídico da época, restou abafada durante os anos que se seguiram à sua morte. Apenas por volta dos anos de 1970 é que o mundo contaria mais uma vez com estudos sistemáticos nessa seara.

2. A afirmação do caráter científico do estudo do Direito e o esquecimento da “arte da legislação”

O jurista Philip Schofield, membro do Bentham Project, da University College London, suscita dois fatores principais e interligados que ocasionaram o esquecimento da Arte da Legislação de Bentham. O primeiro deles está relacionado com o de-

envolvimento da própria ciência jurídica, enquanto o segundo, com a interpretação que foi dada às ideias de Bentham por aqueles que lhe seguiram, especialmente o jurista John Austin (SCHOFIELD, p. 61 et seq.).

Na esteira da revolução científica deflagrada ainda no século XVII, os ramos do conhecimento que se dedicavam à observação e ao estudo dos fatos humanos procuraram, ao longo do século XIX, alcançar o reconhecimento de seu *status* de ciência. Em virtude disso, os estudiosos da economia, da sociologia, da história e também do Direito (entre outros campos do saber) buscaram traçar um método, nos moldes dos utilizados pelas ciências da natureza, para conhecer seu objeto. Prevalencia o entendimento de que as ciências humanas também deveriam se fundar na observação dos fatos. A partir dessa constatação, cada um desses ramos passou a ter como missão definir claramente seu objeto de estudo, delimitando seus limites em face das outras ciências.

O Direito, como não poderia deixar de ser, foi bastante influenciado pelo pensamento científico que rondava as ciências humanas naquela época. Era preciso convencer que o estudo do Direito era digno de ser considerado uma ciência. Até porque, o estudo acadêmico e sistemático do Direito até então era negligenciado em face do entendimento de que se tratava de um ofício aprendido na prática. Especialmente a partir da segunda metade do século XIX, os juristas estavam preocupados em firmar uma ciência jurídica que se dispusesse a conhecer o Direito tal como ele é, ou seja, tendo em mira o fato jurídico tal como ele acontecia na prática e era tratado pelo sistema, expondo-o, conceituando-o e sistematizando-o formalmente. Dizer *como o Direito deveria ser* soava como algo distante do “científico”, como mera especulação. Assim é que o fenômeno da criação do Direito, o questionamento acerca de qual deveria ser o seu conteúdo e, igualmente, o ímpeto de reformá-lo, foram postos de lado.

Isso não tardou a acontecer. Amigo de Bentham e considerado seu sucessor, John Austin (1790-1859), foi o primeiro de seus seguidores a abandonar a *censorial jurisprudence*, inaugurando a tradição do positivismo descritivo. Embora influenciado por Bentham, Austin desenvolveu uma teoria mais restrita e conservadora, apegada, conforme o modelo científico vigente, a expor o fenômeno jurídico como ele se apresentava. Uma diferença marcante se refere ao conteúdo do princípio da utilidade, que, para Austin, coincidia com a vontade de Deus. Como resultado, enquanto Bentham defendia que os legisladores de seu tempo não faziam uso do princípio da utilidade (segundo sua concepção, ou seja, os legisladores não tinham em vista, quando da criação das leis, a maior felicidade do maior número de pessoas, mas sim a sua própria felicidade), Austin estava convicto de que tal princípio era posto em prática, porquanto as leis refletiam de fato a vontade de Deus. Sendo assim, se Bentham (1843) acreditava que as instituições do Direito estavam pervertidas e precisavam ser reformadas, Austin estava certo de que o sistema funcionava bem e deveria ser mantido como tal. Consequentemente, estudar como deveria ser o Direito não lhe parecia relevante do ponto de vista da ciência jurídica, cabendo à ética o estudo da chamada ciência da legislação (SCHOFIELD, 1991, p. 63-65). Muitos juristas que o seguiram aderiram a esse pensamento, defendendo ainda que os propósitos do Direito caberiam também à política. Enfim, a qualquer outro ramo do conhecimento, mas definitivamente não à ciência jurídica.

Para Austin, a positividade do Direito residia no fato de ele derivar de uma fonte humana, ao contrário das leis divinas, que, obviamente, emanavam de Deus. O Direito positivo formava então o objeto da ciência jurídica, a qual não contemplava investigações acerca de sua bondade ou maldade. Sua obra *The province of jurisprudence deter-*

mined foi o manual de ensino do Direito mais usado na Inglaterra nos anos que se seguiram à sua morte, de forma que seu pensamento esteve presente na formação de inúmeros juristas (SCHOFIELD, 1991, p. 65).

Porém, o grande responsável pelo abandono, por parte da ciência jurídica, do estudo sobre como deveria ser o Direito, é o jurista austríaco Hans Kelsen (1996), para muitos, o maior filósofo do Direito do século XX. Indiscutivelmente, sua obra teve imensa repercussão no Ocidente, especialmente o clássico *Teoria pura do direito*, escrito em 1934. Ele se perfilhava à corrente dominante, que procurava afirmar a cientificidade do Direito, tendo feito disso o principal objetivo de sua produção intelectual, chegando mesmo a asseverar, no prefácio à primeira edição de sua *Teoria pura*, que “ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou a desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX” (KELSEN, 1996, p. 12).

Kelsen atribuiu à ciência do Direito um caráter essencialmente dogmático. Ao escolher como seu objeto de estudo o Direito, ou melhor, o Direito positivo, Kelsen procurou isolá-lo dos elementos não jurídicos que influenciam sua elaboração ou interpretação, ou seja, os fatores políticos, ideológicos, morais, psicológicos, sociológicos etc. Para ele, a ciência jurídica deveria ocupar-se tão-somente do Direito, tal como ele é, desvendando sua natureza inerente – independente do tempo e lugar e das variações de conteúdo que eles impõem –, qual sua estrutura e formas típicas, enfim, elucidar os princípios fundamentais do Direito por meio dos quais *qualquer* ordem jurídica pode ser compreendida (KELSEN, 1971, p. 266). Desse modo, caberia à ciência do Direito, na visão de Hans Kelsen, estudar as normas jurídicas que compõem um sistema jurídico, e não os fatos sociais e o verdadeiro comportamento dos indivíduos em relação a essas normas.

Para ele, importava distinguir o Direito da política e da moral, uma vez que elas eram instâncias em que predominava a subjetividade na definição de seus postulados. Esses postulados interferiam na criação do Direito, mas não eram objeto da ciência do Direito porquanto não permitiam constatações objetivas nos moldes das obtidas pelas ciências. A ciência jurídica, por sua vez, era terreno em que o estudo e a exposição do Direito posto pela autoridade se davam de maneira objetiva. Ainda em seu prefácio, Kelsen (1995, p. 14) justificou-se, salientando que uma teoria que se abrisse à política poderia facilmente ser corrompida:

“A este respeito não pode seguramente perder-se de vista a distinção muito importante que existe, precisamente neste ponto, entre a ciência natural e as ciências sociais. Não que a primeira não corra qualquer risco de os interesses políticos procurarem influenciá-la. A história prova o contrário e mostra com bastante clareza que até pela verdade sobre o curso das estrelas uma potência terrena se sentiu ameaçada. Se é lícito dizer-se que a ciência natural pôde ir até o ponto de levar a cabo a sua independência da política, isso sucedeu porque existia nesta vitória um interesse social mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que só uma investigação livre pode garantir.”

Ele ainda enumerou outra crítica muito comum à sua *Teoria pura*: a de que ela, ao colocar de lado todos esses fatores que influenciam o Direito, acaba por afastar-se da realidade (KELSEN, 1996, p. 12). Kelsen não se defendeu diretamente deste argumento. Talvez não fosse necessário. Conforme a lógica dogmática de sua teoria, esse afastamento parece ser mesmo desejável.

É importante deixar claro que a *Teoria pura* trata, em verdade, de uma pureza metodológica em relação ao estudo do Direito. Kelsen (1996) tinha plena consciência de que o Direito sofre, a todo momento,

interferência de outras áreas, sobretudo a moral, a política e a religião, jamais tendo negado esse fato. Ocorre que, no ímpeto de estabelecer limites bem definidos à ciência do Direito, ele pinçou como seu objeto o ordenamento jurídico, isto é, o conjunto das normas jurídicas positivas, oriundas da autoridade e postas por meio da lei ou do costume, focando-se em descrevê-lo, e ignorando a atuação desses outros elementos, porquanto não jurídicos. É assim que, em um novo prefácio à *Teoria pura*, escrito em 1960, Kelsen (1996, p. 18) foi categórico:

“O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica.”

Do mesmo modo, na sua obra-prima:

“Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” (KELSEN, 1996, p. 1).

Nessa senda, não interessava a Kelsen (1996) debater acerca da bondade do Direito posto, ou da necessidade de reformá-lo em razão de sua maldade ou injustiça. O fundamento de validade de uma norma jurídica, para ele, será sempre outra norma jurídica, que lhe é hierarquicamente superior, até se atingir a norma fundamental. A legitimidade, para Kelsen (1996, p. 233), é o princípio de acordo com o qual “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica”. Por conseguinte, o Direito sempre encontra fundamento nele próprio, para sua criação e aplicação, e não em um fato social, moral ou político.

O pensamento kelseniano transformou a maneira de pensar o Direito no século XX, consolidando-se como a corrente majoritária. O positivismo analítico criado por Austin e desenvolvido e difundido por Kelsen, que atribui à ciência do Direito a tarefa de meramente descrever seu objeto, de maneira dogmática e sem se preocupar com o momento da elaboração do Direito é a tradição que ainda hoje domina a filosofia do Direito, tendo sido seguido inclusive pelo notável Herbert Hart, entre outros.

Na prática, isso significa que faculdades de Direito de todo o Ocidente focaram o ensino jurídico na dogmática tradicional, deixando de abordar aspectos relacionados à elaboração das normas jurídicas. É bom frisar que esse não é um fenômeno brasileiro, ou do Terceiro Mundo. Mesmo países desenvolvidos, nas últimas décadas do século XX, passaram a ressentir-se desse abandono. Muito embora pontualmente pudesse haver críticas à legislação vigente, seja em matéria trabalhista, civil, penal, tributária, ou em qualquer outro ramo do Direito, infelizmente não houve um estudo sistemático do papel do legislador, nem de técnicas para aperfeiçoar a qualidade e o conhecimento das leis – tal como preconizava Bentham.

3. A ascensão da Legística e o resgate das ideias de Bentham

O avanço científico e tecnológico experimentado no século XX, especialmente no que concerne aos meios de transporte e de comunicação, somado à explosão populacional, o surgimento do Estado social, os processos de integração regional – nomeadamente a União Europeia –, entre outros fatores, culminou em sociedades cada vez mais complexas, governadas por Estados igualmente complexos e com cada vez mais competências regulatórias. Não obstante, estudos acerca da elaboração normativa seguiram escassos, até que, em 1973, o suíço Peter Noll lançou a obra *Gezetsge-*

bungslehre ou (*Teoria da legislação*), em que sistematizou saberes e métodos que podem auxiliar na elaboração das leis (em sentido lato, incluindo a constituição, as emendas constitucionais, os diversos tipos de leis, os atos normativos infralegais e mesmo tratados internacionais).

Na segunda metade do século XX, a qualidade da legislação passou a ser uma preocupação concreta para países como o Canadá – em que vigora, na parte francófona, o *bijuridismo*, com o *civil law* valendo para o direito privado e o *common law*, para o direito público – e da Europa, onde a legislação foi apontada como elemento estratégico para o nivelamento socioeconômico necessário à reunião harmônica de países com culturas distintas (alguns deles recém saídos de trás da Cortina de Ferro e carentes de tradição democrática).

A doutrina jurídica parece, contudo, ainda não ter percebido essa demanda. Em 2003, Caupers (2003, p. 8-9, grifo do autor) relaciona algumas razões pelas quais, no seu entendimento, isso acontecia:

“Em primeiro lugar, uma espécie de defesa subconsciente da estagnação do discurso normativo, que deveria conservar uma certa impenetrabilidade – quando não mesmo algum esoterismo – por isso mesmo somente acessível a iniciados, e uma relativa obscuridade intrínseca, propícia ao desenvolvimento das actividades das múltiplas profissões jurídicas envolvidas na aplicação da lei – tanto mais envolvidas quanto menos clara e mais complexa for esta. Em segundo lugar, um preconceito, mais ou menos generalizado em tudo quanto respeita à *respublica*, de que fazer leis não é propriamente algo que tenha regras e princípios próprios, susceptíveis de serem ensinados e aprendidos. Seria como uma espécie de qualidade inata dos representantes do povo, sejam eles agrónomos, poetas ou canalizadores (ou, se se

preferir, uma graça divina que desceria sobre estes). De tal atividade se poderia dizer, como alguém disse da ciência da administração pública, ser mais uma arte do que uma ciência. Ou uma ‘política’, como preferem outros, optando por uma forma diversa de negar o caráter científico da ‘ciência’ da legislação.

Em terceiro lugar, uma visão da lei que propende a encarar esta exclusivamente no plano estático formal, isto é, da conformidade com as normas constitucionais que regulam sua produção e com o princípio da divisão de poderes. [...]

Por último, e afetando sobretudo os países da Europa do sul, a ideia de que todos os problemas se resolvem com leis – como se a lei fosse, senão a única, pelo menos a mais eficiente forma de regulação social – e de que uma nova lei representa necessariamente um passo a frente – entenda-se, no caminho do bem comum –, ainda que, por imponderação ou deficiente formulação, venha criar novos problemas em vez de resolver os existentes ou, mais simplesmente, não venha produzir efeito nenhum.”

Como se pode perceber das palavras de Caupers (2003), a obra de Bentham (1843) segue bastante atual. Ambos tratam da necessidade de se desmitificar o Direito, e igualmente, de se estabelecer técnicas para a elaboração normativa. Caupers condena ainda o pensamento, derivado dos escritos de Kelsen, segundo o qual cabe ao Direito avaliar a legitimidade das leis apenas num sentido formal, qual seja, a da sua conformidade com as demais normas do ordenamento. Quanto ao último ponto, a ideia de que todos os problemas se resolvem com leis, Noll já havia chamado atenção para esse aspecto, que denominou “idealismo normativo”, e que, segundo nos esclarece Mader (2009, p. 46), consiste na crença de que as leis confeccionadas segundo um

modelo normativo produzirão automaticamente o efeito que deveriam produzir.

Em 1999, o também suíço Charles-Albert Morand lançou o livro *Légistique formelle et materielle*, consolidando o termo “Legística” nas línguas de raiz latina para designar a disciplina que se ocupa do

estudo do fenômeno legislativo como um todo, tendo em vista a produção normativa de maior qualidade. A fim de elucidar as diferenças que marcam a metodologia da Legística e da dogmática jurídica tradicional, ele formulou o seguinte quadro comparativo:

	<i>Direito/Dogmática</i>	<i>Legística</i>
Racionalidade	Lógica (presunções e ficções necessárias).	Gerencial (objetivos-meios).
Critério	Conformidade com a lógica.	Eficácia: concretização dos objetivos.
Controle	Jurisdicional de conformidade.	Avaliação por órgão político-administrativo (prioridades-políticas públicas).
Funcionamento	Linear – hierarquia de normas.	Sistemática – vários sistemas em conexão.
Tônica/Sentido	Aplicação – hermenêutica.	Criação e aplicação das normas – otimizar a aplicação.
Mecanismo Lógico	Dedução (silogismo).	Indução/ dedução (simulação do cenário).
Realidade Social	Isolamento (dever-ser).	Interação (diálogo com o contexto).
Tipo de normas	Deônticas.	Pragmáticas (compromisso com resultado; razoabilidade).

(Charles-Albert Morand, 1999)

Na esteira de Bentham, a Legística desenvolveu técnicas para driblar as imperfeições – que seguem sendo basicamente as mesmas apontadas por ele, há quase dois séculos atrás. Muito desse desenvolvimento se deve não aos juristas, mas sim a grupos de trabalho ligados a governos – como no caso do Canadá, em que a avaliação legislativa foi incorporada ao ordenamento jurídico e hoje é procedimento obrigatório para uma série de leis e atos normativos; e da União Europeia, que patrocinou a elaboração do Relatório Mandelkern, em que foram traçadas diretrizes a serem seguidas tanto em nível nacional quanto comunitário para a melhoria dos atos normativos.

No que se refere aos vícios formais, elencados por Bentham como imperfei-

ções de primeira ordem – a ambiguidade, a obscuridade e a extensão do texto para além do necessário –, a Legística preceitua a simplificação da linguagem das leis. Clareza, coerência e concisão são princípios fundamentais e que devem ser seguidos, conforme elucidam, e. g., Charles-Albert Morand (1999), Marta Tavares de Almeida (2009), Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 47), Vasco Duarte de Almeida (2004) e Alexandre Sousa Pinheiro (2005, p. 5). Ainda de acordo com este último, as técnicas de simplificação da linguagem devem basear-se em dois critérios: a neutralidade discursiva (também defendida por Jeremy Bentham) e a frugalidade estilística.

Para Morand (1994, p. 27), a clareza é a qualidade principal a alcançar. A redação

clara, simples e precisa culmina em uma linguagem jurídica mais legível. Nesse sentido, o Relatório Mandelkern (2000, p. 80) prescreve que:

“Embora a linguagem jurídica não possa ser reduzida à linguagem comum do dia-a-dia, porquanto tem de garantir um certo nível de previsibilidade e segurança, o objetivo geral deve consistir em torná-la compreensível por aqueles a quem se dirige.”

A clareza exige que o legislador tenha um pensamento normativo claro, sendo imprescindível abster-se de adotar textos ambíguos a fim de conciliar artificialmente os grupos de pressão – uma estratégia bastante usada em Casas Legislativas de todo o mundo. Também demanda que se renuncie ao emprego de sinonímia, haja vista que não existem sinônimos perfeitos, e a polissemia é fonte de ambiguidades. Ao contrário, deve-se buscar a padronização e a harmonização da terminologia, tanto no bojo de uma só norma, quanto em face do ordenamento jurídico.

Pinheiro (2005, *passim*) ainda elenca as seguintes técnicas que conduzem à clareza do conteúdo das normas: 1) epígrafes que reflitam todos os conteúdos por ela regulados; 2) deve-se evitar a inclusão de termos de língua estrangeira, a menos que o conceito esteja fortemente estabilizado na língua alheia – o que ocorre frequentemente com as Tecnologias da Informação; 3) as revogações devem ser expressas, a fim de facilitar a identificação do direito vigente; 4) deve-se evitar o uso de adjetivos e advérbios e demais valorações, que não raro culminam em conceitos jurídicos indeterminados, acarretando problemas quando da interpretação e aplicação da norma; 5) siglas e acrônimos devem ser empregados com moderação, e virem acompanhados da respectiva decodificação; 6) no caso de normas que tenham título, este deve transmitir informações mínimas sobre a matéria a que se referem; 7) fornecer definições para os termos-chave empregados na lei, e que

fora do mundo do direito podem assumir outros significados.

A coerência das normas, por sua vez, refere-se tanto à relação interna entre seus comandos, bem como à sua interação com os demais atos normativos. Assim, as leis em particular e o ordenamento jurídico como um todo devem ser sempre vistos como um sistema, e, portanto, a harmonização entre seus preceitos deve ser perseguida. A coerência passa por uma percepção das normas enquanto conjunto. A intensa atividade legiferante conduz recorrentemente à proliferação de textos redigidos de maneira apressada, o que costuma impactar na coerência interna e externa dessas normas.

A coerência pode ser resguardada mediante: 1) estabelecimento, quando necessário, de remissões a dispositivos dentro da mesma norma ou a outras normas que identifiquem claramente o regime jurídico aplicável; 2) organização de uma estrutura adequada do texto normativo, segundo padrões lógicos; 3) elaboração de um pensamento normativo claro, que contribui para evitar dispositivos contraditórios dentro do mesmo texto de lei; 4) reconstrução da cadeia de fontes do direito, quando de uma avaliação prospectiva do ato normativo, a fim de se identificar quais normas jurídicas em vigor versam sobre a matéria objeto da nova legislação, preservando-se sua coerência externa; 5) revisão periódica dos textos normativos que tratam do mesmo objeto; 6) harmonização da terminologia utilizada em textos diferentes; 7) proporcionar aos destinatários, quando da publicidade das normas, a percepção do ato normativo dentro do seu contexto de elaboração, bem como dos demais atos a ele relacionados.

A concisão, segundo as palavras de Morand (1994, p. 32), consiste em “dizer em poucas palavras o mais possível”. Assim, passa pelo que Pinheiro (2005, p. 11) chama de frugalidade estilística, isto é, uma linguagem enxuta de recursos estilísticos. Morand (1994, p. 33) enumera os seguintes princípios, com o fito de proporcionar a

concisão dos textos: 1) utilização de frases e palavras curtas; 2) construções textuais simples, como frases na ordem direta, evitando orações intercaladas; 3) emprego de palavras funcionais de indicação, que permitem antecipar o texto que se segue (ex: porque, como), bem como palavras de ligação (ex: o qual, onde); 4) evitar enumerações demasiadamente longas.

Bentham (1843), no entanto, identificava como um problema central ao Direito o desconhecimento das normas jurídicas por parte daqueles que deveriam observá-las. Isso segue sendo uma questão a ser resolvida em nossos dias. Por um lado, o número de normas é imensamente maior; por outro, nunca tivemos à disposição tantos meios de comunicação. Um dos fatores que maximizam o conhecimento das normas jurídicas é a simplificação legislativa, que, segundo Almeida (2004, p. 14 et seq. grifo do autor), pode ocorrer em graus distintos:

“Num primeiro grau a simplificação intervém apenas sobre o *arranjo formal do texto*... [caso em que] a simplificação incide apenas sobre a forma literária, a estrutura interna ou o suporte gráfico do texto. É o caso, por exemplo, das correcções ou retificações de erros materiais e das republicações do texto dos diplomas no momento em que sofrem uma modificação mais extensa.

[...]

Num grau intermediário, a simplificação legislativa refere-se a título principal à própria *forma do acto* [...]. Nessa instância, a simplificação procede sob a forma de compilação, consolidação, revisão [...]. Um dos efeitos importantes é, como vimos, a substituição de uma pluralidade de diplomas anteriores por um novo e único acto normativo.

[...]

Finalmente, poderá haver simplificação num grau máximo quando a medida ou instrumento em questão

se dirige, antes de mais, ao *conteúdo normativo dos actos*, só atingindo a respectiva forma num plano secundário e meramente reflexo. É isto que geralmente acontece com os processos de reforma, revisão, sistematização ou codificação do direito anterior.”

No que se refere ao arranjo formal dos textos, a Legística recomenda o seguinte:

1) Republicação dos atos normativos: sempre que tenham sofrido alterações vultosas (PINHEIRO, 2005, p. 24);

2) Compilação: consiste na mera recolha de vários diplomas normativos que tratam de um mesmo tema, sem promover qualquer alteração textual ou de seus efeitos jurídicos (PINHEIRO, 2005, p. 11);

3) Consolidação: a consolidação com efeito jurídico consiste na revogação por substituição de todo um conjunto disperso de diplomas por um único ato normativo, sem qualquer alteração substancial às disposições revogadas. Fala-se também em consolidação com sentido reforçado, que também elimina as disposições obsoletas, contraditórias, excessivamente onerosas ou ineficazes, suprimido ainda as lacunas da regulação (PINHEIRO, 2005, p. 12);

4) Codificação: procede a uma sistematização geral e a uma reforma parcial do direito anteriormente existente, acabando por simplificar o acesso aos regimes que disciplina (PINHEIRO, 2005, p. 17);

5) Revisão: trata-se do processo de rever os atos normativos em vigor, a fim de determinar quais as alterações a fazer (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 139).

Outros recursos podem ser empregados pelo Estado no intuito de, nas palavras de Bentham, conferir notoriedade à legislação. Atualmente, as novas Tecnologias da Informação, em especial a internet, mas também tecnologias tradicionais, como a imprensa, o rádio e a televisão, podem ser utilizadas com essa finalidade. De acordo com o Relatório Mandelkern (2000, p. 80), devem ser envidados “os esforços necessá-

rios para que todos lhe tenham acesso". O importante é que o Estado aja no sentido de garantir a publicidade real das leis e dos demais atos normativos, tornando-os de fácil acesso àqueles que dele desejam ou precisam ter conhecimento. Obviamente, como Bentham anteviu, o cidadão também deve esforçar-se para obter esse conhecimento, isto é, precisa colocar-se numa posição de aptidão para ser informado – ir ao encontro da informação. Isso, todavia, não pode se transformar em um calvário, ou em uma missão impossível, a exemplo do personagem de Kafka que, em *O processo*, queria entrar na Lei.

Por fim, muito embora a concepção de democracia de Bentham estivesse relacionada ao princípio da utilidade, com vistas a se obter sempre a maior felicidade do maior número de pessoas possível, é impossível negligenciar que a doutrina de Legística, atualmente, aponta para a participação dos interessados/afetados/destinatários da lei em sua elaboração como uma poderosa ferramenta para que estes possam conhecê-la e, mais ainda, observá-la. A interação entre esses atores, que se situam, em regra, em polos distintos do processo legislativo, quando da criação da norma permite não apenas que o cidadão comum conheça a lei e compreenda as razões que levaram o legislador a legislar em um determinado sentido, em detrimento de outras possibilidades, como também o persuade a aceitar aquela norma. Nesse sentido escrevem Guilherme Wagner Ribeiro (2007, *passim*) e Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 31).

No que se refere ao conteúdo das normas jurídicas, o princípio da utilidade de Bentham também conduz a uma reflexão importante resgatada pela Legística. Ao defender que a legislação deveria proporcionar a maior felicidade ao maior número de pessoas, e que a felicidade significava o predomínio do prazer sobre a dor, Bentham acabou por estabelecer a necessidade de avaliação do conteúdo das leis. O soberano poderia, conforme seu pensamento, legis-

lar em qualquer sentido, porque o Direito estava separado da moral. Isso significa que a lei poderia ser ruim, e por isso é que Bentham desenvolveu sua *censorial jurisprudence*: para que fosse possível determinar quando uma lei era ruim e o que era necessário para que ela fosse boa.

A Legística tem por escopo proporcionar a elaboração de leis de qualidade; assim, da mesma forma que a teoria de Bentham, os doutrinadores da Legística estão convictos de que a lei pode ser ruim, e que a elaboração de uma boa lei demanda um procedimento de avaliação. Luzius Mader escreveu em 1991 um artigo intitulado *A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito*, no qual definiu três principais critérios para se aferir a qualidade de uma lei, a saber: efetividade, eficácia e eficiência.

A efetividade identifica o grau de força vinculante da norma; efetiva é a lei que é amplamente observada por seus destinatários. A eficácia está relacionada à capacidade intrínseca à norma de produzir os resultados almejados quando de sua criação – característica bastante relevante para Bentham (1843, p. 269), que a menciona em sua *Nomography*. Por fim, a eficiência consiste numa avaliação de custo-benefício; mais eficiente é a norma quanto menos custos (econômicos, sociais, de tempo, etc.) demandar para conduzir aos objetivos desejados. Indubitavelmente, a eficiência é um critério de avaliação legislativa baseada no princípio da utilidade tal como concebido por Bentham.

4. Tocando em frente

Por fim, dando um passo adiante das magníficas lições demasiadamente negligenciadas de Bentham, a Legística, ao propor dois momentos de avaliação legislativa, finda com a cisão entre o Direito como ele é e como *deve ser*.

Como dito anteriormente, a Legística ocupa-se de *todo o fenômeno legislativo*, o qual vai desde o impulso para legislar até

a avaliação *ex-post* da legislação em vigor. Trata-se de um verdadeiro “circuito”, nos dizeres da Professora Marta Tavares de Almeida (2009, p. 85), em que a lei é pela primeira vez pensada, a partir de um estímulo (social, jurídico, político, etc.) que deflagra o procedimento legislativo.

Em seguida, cabe ao legislador definir bem o problema que pretende resolver com a lei, pensar nos cenários alternativos com vistas a decidir se deve mesmo legislar e em que sentido, levar a cabo uma avaliação prospectiva (ou *ex-ante*, como é também chamada pela doutrina), para então adotar um texto a ser promulgado e entrar em vigor (DELLEY, 2004, p. 102).

Ocorre que, para a Legística, o *iter* da lei não termina aí. Depois de sua entrada em vigor, a doutrina preceitua que se proceda à avaliação retrospectiva, ou *ex-post*, a fim de monitorar a execução da lei, certificando-se de sua efetividade e eficácia. Não raro, serão precisos ajustes para que o texto se adeque à realidade, otimizando seus efeitos. Trata-se de uma constante interação entre objetivos e resultados de uma lei, e isso é particularmente importante na implementação de políticas públicas, que dependem do êxito da legislação que as ampara.

A avaliação *ex-post* pode apontar para dispositivos legais que devem ser modificados, à luz do objetivo que se pretende atingir. A modificação desses dispositivos, no âmbito do Estado de Direito, opera-se por meio da edição de outras leis. Falando claramente: a avaliação retrospectiva evidencia defeitos na lei, que consistem em um novo impulso para legislar.

Assim, não há que se falar, nos dias atuais, em estanquicidade entre o que é o Direito e o que deve ser o Direito, ou entre a dogmática jurídica e a Legística (ou Teoria da Legislação, ou Legisprudência), pois o Direito que é agora em breve não mais será. Não é possível retornar a Kelsen e defender a ideia de uma ciência jurídica que se limita a descrever o seu objeto, porque essa é uma atitude conservadora e não

condizente com o princípio democrático. Ao enxergar o Direito como instrumento, Bentham visualizou seu potencial para afetar a vida de cada cidadão, do mais pobre ao mais rico, e produzir felicidade. A Legística vê o Direito como instrumento de ação do Estado, de forma que num Estado democrático, a finalidade é sempre o bem-estar dos indivíduos, nunca o Estado em si mesmo. Sendo assim, o Direito deve ser em prol dos cidadãos, que merecem conhecê-lo e participar de sua formação e constante reforma.

No entanto, essa é uma batalha que está sendo travada a cada dia, pois, a despeito de toda a evolução iniciada por Bentham e coroada pela Legística, o ensino jurídico nos moldes da dogmática tradicional ainda prevalece. Embora a afirmação do *status* científico da Teoria do Direito tenha contribuído para a consolidação de muitos cursos de Direito, de profissões jurídicas e para o desenvolvimento de alguns ramos desse saber (avanços fundamentais, e que ocorreram sobretudo em virtude da difusão do pensamento de Kelsen), concorreu para um enorme atraso no que se refere à elaboração das normas jurídicas. Resta-nos recuperar esse conhecimento, retomar o seu estudo e aperfeiçoá-lo. É urgente a necessidade de reforma dos currículos das faculdades de Direito.

Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://consulta.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulta/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/marta_tavares.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Formas de simplificação legislativa: elementos para o seu estudo. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 37, p. 5-21, abr./jun. 2004.

BENTHAM, Jeremy. Nomography: or the art of inditing laws. In: _____. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: John Bowring, 1843. v. 3. p. 231-283.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 35, p. 5-87, out./dez. 2003.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei: uma introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

HART, Herbert. L. A. Bentham and the demystification of the law. *The Modern Law Review*, v. 36, n. 1, p. 2-17, Jan. 1973.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: "O que é iluminismo?". Tradução de Artur Morão. [S.l.]: [s.n.], 1784. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. In: _____. *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press, 1971. p. 266-287

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54. Disponível em: <http://consulta.almg.gov.br/openscms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>.

gov.br/openscms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

MORAND, Charles Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: _____. *Légistique formelle et matérielle: Formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D` Aix-Marseille, 1999. p. 17-45.

_____. Para uma metodologia da comunicação legislativa. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n.11, p. 19-34, out./dez. 1994.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. Algumas notas sobre temas de legística formal. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 41, p. 5-34, dez. 2005.

RELATÓRIO MANDELKERN. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 29. out./dez. 2000.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Poder Legislativo: entre a assimetria informacional e o pluralismo cognitivo. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 45, p. 5-23, jan./mar. 2007.

SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence. *The Journal of Legal History*, v. 12, n. 1, p. 58-88, May 1991.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: Informação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

_____. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

Direito, literatura e a construção do saber jurídico

Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico

Caio Henrique Lopes Ramiro

Sumário

1. Afinal, de quem é a voz do direito? Direito e literatura e suas interfaces necessárias. 2. Forma é poder: notas sobre hermenêutica, positivismo e formalismo jurídico. 3. O papel da literatura na construção do saber jurídico: reflexões sobre o viés emancipatório da literatura como abordagem crítica ao direito. 4. Considerações finais.

1. Afinal, de quem é a voz do direito? Direito e literatura e suas interfaces necessárias

O movimento *direito e literatura* apresenta interessantes contribuições e abordagens no que diz respeito aos discursos e, em especial, ao discurso normativo. Este olhar do jurídico busca uma abordagem da lei por meio da literatura, ou seja, há um esforço de compreensão do jurídico e sua linguagem, sendo esta última, muitas vezes, o principal objeto de análise.

Segundo Ezra Pound (1997, p. 36):

“A linguagem é o principal meio de comunicação humana. Se o sistema nervoso de um animal não transmite sensações e estímulos, o animal se atrofia.

Se a literatura de uma nação entra em declínio a nação se atrofia e decai. O legislador não pode legislar para o bem público, o comandante não pode comandar, o povo (se se tratar

Caio Henrique Lopes Ramiro é mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem - Marília/SP. Bolsista Capes/Prosup modalidade 1. Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL/Pr. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos - Univem/CNPq. Advogado.

de um país democrático) não pode instruir os seus representantes a não ser através da linguagem.”

Parece que a aproximação entre direito e literatura no passado não se mostrava tão problemática. Em textos clássicos da literatura universal, é possível identificar temas muito caros ao universo jurídico, o que parece demonstrar que o afastamento do selo *direito e literatura* se dá devido a uma determinada racionalidade jurídica, que enclausura o jurídico numa perspectiva de objetividade normativa. No entanto, não é incomum aos agentes do direito – parecendo até mais “palatável” – a aproximação do direito de outras esferas como a economia (*Direito econômico ou direito e economia*) e a psicanálise, por exemplo.

Segundo Claudio Magris (2006, p. 4):

“Mucha literatura ha mirado con hastío al derecho, considerándolo árido y prosaico con respecto a la poesía y a la moral. Democracia, lógica y derecho son, a menudo, despreciados por los rétores vitalistas como valores ‘fríos’ en favor de los valores ‘cálidos’ del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su ‘cálida vida’, como la llamaba Saba. Son los valores fríos –el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observancia de las leyes y de las reglas, los principios lógicos– los que permiten a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores, y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo.”

Gustav Radbruch entende (2000, p. 156) que:

“[o] direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem,

dos gestos, dos trajés, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.”

Ainda, prossegue o texto do autor alemão (2000, p. 157):

“[...] A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal.

Se a linguagem jurídica é o estilo frio e lapidar, em estranho contraste, a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo, é retórica e ardorosa.”

O sintagma *direito e literatura* a princípio pode pouco apresentar; entretanto, conforme destaca Arnaldo Godoy, é possível identificar que deste debate podem surgir interações frutíferas, conduzindo à uma releitura e uma reflexão no que tange às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir do momento em que os estudos literários, originalmente centrados na natureza e na função da literatura alcançam maior número de manifestações humanas, formam-se os *cultural studies*, oportunidade em que o direito é eleito como campo privilegiado para a apreensão dos contextos sociais (GODOY; [200-?], p. 2).

Para Roberto Bueno (2011, p. 10):

“A literatura é um instrumento promissor, provavelmente mais do que a filosofia, quando temos em perspectiva um processo de autorreferenciação. Essa autorreferenciação deriva

do processo de reconstrução de nós próprios a partir de nossa ocupação em reconstruir nossos léxicos, algo que repetidamente se faz necessário porque vivemos em situação de contingência, vale dizer, transitoriedade ou historicidade.”

Antônio Pietroforte (2002, p. 28), em uma abordagem mais semiótica das interfaces da relação entre direito e literatura destaca que:

“Voltando aos discursos jurídicos e poéticos, podem-se verificar, à luz de alguns dos tópicos de análise do discurso [...], as suas diferenças e semelhanças enquanto formas distintivas de discursos sociais. Enquanto realizações discursivas, ambos estão subordinados aos mecanismos que fazem funcionar o aparelho formal da enunciação, de modo que uma forma de distingui-los é verificar os usos que cada um faz desse mesmo aparelho formal e seus respectivos efeitos de sentido.”

Ainda, destaca Pietroforte (2002, p. 32) com relação à pretensão de objetividade do discurso jurídico e do direito:

“O discurso poético, a literatura, as artes, enfim, todas as formas de expressão artística gozam de, pelo menos, duas conotações sociais na medida em que, ou são considerados frutos da genialidade ou são consideradas falsificações do real. [...] A arte tem a propriedade de, por meio das estratégias discursivas de que se vale, fazer complexificações que outros discursos não podem fazer. O discurso poético opera com figuras de linguagem [...]. Assim, objetivamente, o discurso poético revela a complexidade que existe entre os que fazem a lei e os que a sofrem.”

Não obstante, mostra-se importante uma breve abordagem histórico-cronológica do movimento *direito e literatura*, sendo oportuno mencionar que tal tradição de

estudos se inicia nos Estados Unidos da América com a publicação, em 1908, de *A list of legal novels*, de John Henry Wigmore. Em solo europeu, destaca-se o trabalho pioneiro de Hans Fehr, com a publicação, em 1923 e 1931 de *Das Recht im Bilde (1923)*¹ e *Das Recht in der Dichtung*². Ainda, em Itália, no ano de 1936 vem a público *La letteratura e la vita del diritto*, de Antonio d'Amato, sendo que tal período pode ser encarado como a primeira fase do movimento (SANSONE; MITICA, 2008, p. 3).

Entre 1940 e 1980, dá-se a fase intermediária: nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e na Europa proliferam-se os estudos. A partir dos anos oitenta (terceira fase), a corrente de investigação *direito e literatura* afirma-se como tradição de pesquisa ao ampliar as fronteiras europeias, com especial destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. Nos Estados Unidos da América, os principais autores são James Boyd White (*The legal imagination*), Richard Weis, Richard Posner, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson. Na Alemanha, destacam-se os nomes de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen, por exemplo. Ainda, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost.

Na perspectiva europeia, Cláudio Magris (2006, p. 2) destaca o papel alemão para a aproximação entre direito e literatura, portando, a contribuição desta relação para a construção do saber jurídico:

“Es sobre todo en Alemania donde se ha verificado, especialmente en el Romanticismo, una singular alianza, casi una simbiosis entre poesía y derecho – entendido como derecho consuetudinario y no como “lex positiva”. Los hermanos Grimm, grandes filólogos y literatos, eran juristas.

¹ Em uma tradução livre: *O direito na pintura*.

² *O direito na literatura*

Recogiendo sus célebres fábulas pretendían salvar el gran patrimonio del ‘buen y viejo derecho’, es decir, de las costumbres, tradiciones, usos locales del pueblo alemán en su corralidad; patrimonio que, a través de los siglos, había sido conservado por la literatura popular. En la misma época estalla en Alemania una interesantísima polémica jurídica entre Thibaut, que propugna para Alemania, sobre el modelo napoleónico, un código civil unitario y unificador, apto para hacer a todos los ciudadanos iguales ante la ley y para barrer los privilegios feudales, y Savigny, que quiere, en cambio, defender la variedad, las diversidades locales, las diferencias y desigualdades del antiguo derecho común consuetudinario, expresión del Sacro Imperio Romano, porque ve en el código único un instrumento de nivelación autoritaria.”

Do ponto de vista teórico há diferentes formas de leitura da relação entre direito e literatura: pode-se caracterizar o direito *na* ou *como* literatura, a literatura *no* direito, o direito *da* literatura, tendo em vista que os léxicos direito e literatura podem não dizer muito a respeito da proposta de uma leitura do jurídico através do literário.

A relação entre direito e literatura normalmente realiza-se em três dimensões: o direito *da* literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo; em um segundo momento, tem-se o direito *como* literatura, oportunidade em que a investigação gira em torno da análise retórica e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos; por último, o direito *na* literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder – por exemplo, nos textos literários e não nos manuais jurídicos ou diários oficiais (OST, 2006, p. 334).

Nas palavras de François Ost (2006, p. 334):

“La relación entre Derecho y literatura podemos entenderla, al menos, desde três distintas dimensiones:

Primero, nos encontramos con el derecho *de la* literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como escandalosas; desde *Madame Bovary* hasta *Los versos satánicos*, desde *Las flores del mal* hasta un Pierre MERTENS con su *Une paix royale*. Se pueden hacer comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, se puede estudiar desde la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o las políticas de subsidios editoriales. Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho *como* literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald DWORKIN y Stanley FISH.

Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho *en* la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de BALZAC se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota

que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder. Orestes y Hamlet nos invitaron a pasar por el estrecho sendero que separa la venganza de la justicia; es la conciencia problemática de Antígona la que cuestiona el reto del Derecho natural ante la institucionalización del Derecho en cada época; es la aparentemente arbitraria incriminación de Joseph K. la que levantó la esquina del velo que cubría la arcaica Ley de las necesidades, la que toma el mando cuando las instituciones están corrompidas y los procedimientos pervertidos.”

Ainda, segundo Vera Karam Chueiri (2006, p. 234):

“Direito e Literatura podem dizer respeito tanto ao estudo de temas jurídicos na Literatura, e neste caso estar-se-ia referindo ao Direito na Literatura; como à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça, e neste caso, estar-se-ia referindo ao Direito como Literatura. No primeiro caso, é o conteúdo da obra literária que interessa ao Direito, enquanto, no segundo, a própria forma narrativa da obra pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica, como, por exemplo, as sentenças que os juízes constroem.”

Por fim, em terras brasileiras é possível identificar os trabalhos de juristas que escreviam textos literários, como é o caso, por exemplo, de Rui Barbosa. Ainda, inúmeros clássicos da literatura brasileira contêm em seus textos questões importantes do ponto de vista jurídico, podendo-se citar como exemplos Jorge Amado (*Capitães da areia*) e Graciliano Ramos (*Vidas secas*). A partir do ano de 2006 há uma consolidação dos

estudos do selo *direito e literatura* no Brasil, inclusive com a veiculação de um programa de televisão no canal TV Justiça.

2. *Forma é poder: notas sobre hermenêutica, positivismo e formalismo jurídico*

No presente trabalho tentaremos uma abordagem do formalismo jurídico por meio da crítica ao formalismo lançada por Paulo Leminski (1997, p. 45) em seu escrito *forma é poder*. No entanto, a título de introdução, parece conveniente uma breve apresentação de nosso autor. Paulo Leminski é “classificado” como escritor, poeta e crítico literário, nascido na cidade paranaense de Curitiba, tendo escrito inúmeros textos e ensaios de conotação crítica, bem como textos com um estilo muito peculiar, constituídos de formas curtas e cheios de trocadilhos. Neste sentido, segundo Aurea Leminski (1997, p. 7 apud LEMINSKI, 1997), nosso autor tinha um jeito de ser que lhe permitia muitas variações dele mesmo. Escrevendo também, parece que não lhe faltou nada: inteligência e humor, romantismo e vanguarda.

Nossa tentativa de abordagem do texto do escritor curitibano será feita na forma de direito *como* literatura; sendo assim, tenta-se encontrar o literário no jurídico de forma explícita ou subliminarmente, ou seja, trata-se da hermenêutica (GODOY, [200-?]).

Antes de abordarmos o texto de Leminski, parece oportuno alguma consideração acerca do que estamos considerando por hermenêutica. Em primeiro lugar, considera-se a origem teológica do termo, pois, num primeiro momento, a hermenêutica apresentava-se como uma metodologia; por alguns era encarada como instrumento de interpretação dos textos antigos, em especial o texto das escrituras (Bíblia) (JAPIASSU; MARCONDES, 2006, p.131).

Jean Grondin (1999, p. 23) afirma que:

“[p]or hermenêutica entende-se, desde o primeiro surgimento da palavra

no século XVII, a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação. Até o fim do século passado, ela assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era a natureza predominantemente normativa e mesmo técnica. [...] Ela desfrutava de uma existência externamente em grande parte invisível, como 'disciplina auxiliar' no âmbito daqueles ramos estabelecidos da ciência, os quais se ocupavam explicitamente com a interpretação de textos ou de sinais. Por isso formou-se, desde a Renascença, uma hermenêutica teológica (hermenêutica sacra), uma hermenêutica filosófica (hermenêutica profana), como também uma hermenêutica jurídica."

Segundo Lênio Streck, valendo-se da simbologia de Hermes, o mensageiro dos deuses (2007, p. 125):

"[a] palavra *hermenêutica* deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia (sic) de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza todo o problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido [...]"

Nesse sentido, a figura de Hermes é um interessante exemplo do que se pode

compreender por hermenêutica e o esforço de interpretação do discurso jurídico, pois Hermes estava sempre em movimento uma vez que era o elo entre a o mundo vivo e outros mundos, ocupando o vazio entre as coisas, Hermes era o mediador universal, o grande comunicador. (OST. 1993, p. 3)

Levando em consideração o pensamento de Ronald Dworkin (2001, p. 220/221), em sua obra *Uma questão de princípio*, o ponto que aproxima literatura e direito é a interpretação, sendo que a literatura colabora com o direito para uma melhor compreensão de seu universo, não tratando a interpretação jurídica como uma questão *sui generis*, mas, sim, vislumbrando-a como a racionalidade imanente do direito. Dessa forma, os juristas poderiam valer-se da interpretação e do discurso literário, bem como de outras formas de interpretação artística para problematizar e melhor compreender o jurídico, inclusive nos casos mais complexos.

Nas palavras de Dworkin (2001, p. 236), após apresentar um esforço de imaginação literária:

"Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito 'subjazem' as decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião [...]"

Quando Dworkin toma por base a literatura, pretende demonstrar que o conceito de interpretação adotado pelo universo jurídico se apresenta equívoco, uma vez que os juristas trabalham com a ideia de hermenêutica como um instrumento para descobrir o sentido do texto ou a vontade de seu autor (o legislador), sendo que uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, revelando o melhor princípio ou política a que serve (DWORKIN, 2001, p. 239).

Ainda, para o *jusfilósofo* estadunidense (DWORKIN, 2001, p. 239-241):

“Sabemos, a partir do raciocínio equivalente na literatura, que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é válida entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. [...] Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.”

Em razão disso, para Dworkin o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá sua abordagem no que se refere à interpretação, dependerá de alguma concepção da integridade e coerência do direito como instituição, sendo que essa concepção limitará a arbitrariedade do ajuste da decisão com a esfera do que Dworkin (2001, p. 241) chama doutrinal.

Assim, o trabalho de Dworkin parece tentar demonstrar a impossibilidade e

talvez impossibilidade da busca pela vontade do legislador. Nesse texto, o que nos importa é a argumentação dworkiniana a respeito da aproximação entre direito e literatura como forma de uma resposta para a construção de um saber jurídico que leva em consideração outros referenciais que não os da visão tradicional da leitura dos códigos legais e a visão manualesca. Desse modo, destaca-se que Dworkin observa e concorda com o *linguist turn*, ou seja, o giro linguístico hermenêutico pragmático operado na filosofia da linguagem, sendo que no presente artigo não se ingressará na questão da possibilidade da resposta correta para cada caso³.

Segundo Albert Casalmiglia (1992, p. 158):

“La osadía de Dworkin consiste en poner en cuestión ese paradigma. Pretende restaurar las relaciones entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera, sino ofrecer solución a los problemas que se plantean. Pretende, por tanto,

³ Contudo, interessante destacar que a discussão é importante. Segundo Aylton Barbieri Durão (2005, p. 1), desde a publicação de *Levando os direitos a sério*, em 1977, prosseguindo com *Uma questão de princípio*, em 1985, em que o problema é tratado explicitamente, e com *O império do direito*, em 1986, que Ronald Dworkin vem elaborando uma resposta ao problema introduzido pela filosofia analítica do direito de Herbert Hart, segundo a qual, nos “casos difíceis”, onde não existe um jogo de linguagem capaz de orientar a decisão judicial, os juízes têm que apelar para o seu poder discricionário, e, para tanto, vem desenvolvendo uma metodologia de aplicação do direito que permita aos juízes chegar a uma sentença correta para cada caso, exclusivamente a partir dos institutos do próprio direito positivo.

Para Marcelo Cattoni de Oliveira (2007, p. 87), a questão da resposta correta é de postura ou atitude, definidas como *interpretativas* e *autorreflexivas, críticas, construtivas* e *fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por ele exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*.

construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas. En este sentido la teoría será un auxilio indispensable para el que toma decisiones públicas. Para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación. El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permiten solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo, Dworkin coloca el aspecto normativo, que es el que más interesa al profesional y al juez. La teoría orienta la práctica. Evidentemente, tanto el método como las soluciones han provocado una cascada de críticas y desacuerdos importantes. Pero me parece que no de los grandes méritos de la polémica ha sido *discutir problemas* en vez de describirlos, y en este puente Dworkin ha sido un maestro”

Assim, pode-se destacar conforme Casalmiglia (1992, p.19) que uma das maiores contribuições de Dworkin para a filosofia política e jurídica foi elaborar a concepção de direito como interpretação e, acompanhando Hart, vincular o estudo do direito ao pensamento filosófico, no caso do professor de Oxford à filosofia do segundo Wittgenstein, Rawls e ultimamente a hermenêutica e a crítica literária.

Pois bem. Paulo Leminski (1997, p. 45) no texto *forma é poder* discute o problema da linguagem na perspectiva de estruturas de texto, colocando em questão o discurso jornalístico que para ele representa o triunfo da razão branca e burguesa, pois o discurso “jornal/naturalista” é a projeção do jornalismo na literatura.

Para Paulo Leminski (1997, p. 46-47):

“Projetado na literatura, esse discurso ‘impessoal’, ‘objetivo’ e ‘natural’ é investido de ‘normalidade’. Na raiz a palavra ‘normalidade’ indigita sua origem de classe. ‘Normal’ vem de ‘norma’. Norma é lei: poder. O discurso jorno/naturalista é o discurso do Poder. [...]”

A ‘neutralidade’ (objetividade) do discurso jorno/naturalista é uma convenção. Assim como a *clareza*, apenas uma propriedade (retórica) do discurso.

Não há texto literário sem perspectiva, quer dizer, sem intervenção da subjetividade.

No texto naturalista (ou jornalístico), essa perspectiva é camuflada, sob as aparências de uma objetividade, uma Universalidade que – supostamente – retrata as coisas tal como elas são.” [grifo nosso]

Ora, mas qual seria a contribuição dessa reflexão do autor paranaense para uma problematização do jurídico? Parece que a argumentação “infratora” de Paulo Leminski pode levar-nos a refletir sobre alguns temas importantes para a filosofia e a teoria do direito, e que dizem respeito ao formalismo jurídico.

Não obstante, há que se considerar aqui o fecundo debate existente na filosofia político-jurídica entre procedimentalistas, muitas vezes confundidos com formalistas, e substancialistas – contudo, não será este o objeto de análise.

Para a reflexão, o ponto de análise está ligado à associação dos conceitos de positivismo e formalismo jurídicos, que não necessariamente pretendem dizer ou representar a mesma coisa; muitas vezes, o afastamento entre eles chega às raias do “combate” crítico em teoria.

A importância de refletir sobre tal temática parece justificar-se em tempos de chamado pós-positivismo para que se possa compreender minimamente o que

se entende por positivismo jurídico, a fim, principalmente, de se evitarem alguns equívocos metodológicos com a relação a alguns autores, como, por exemplo, Hans Kelsen, frequentemente acusado de positivista como sinônimo de formalista.

Nesse sentido, ao se pretender uma análise um pouco mais sistemática que exigirá observar o positivismo como conceito, poderemos, de início, compreender que existem inúmeras abordagens ou compreensões do que venha a ser o positivismo jurídico.

Em apertada síntese, a teoria do positivismo jurídico é usualmente classificada como analítica, descritiva e explicativa. Segundo o entendimento de Tom Campbell (2002, p. 5), sob esse ponto de vista, o sentido do positivismo jurídico é proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como este é em realidade, em vez de como deve ser.

Outra linha de investigação do positivismo jurídico ligada à reflexão acerca do conceito de direito parece inserir as teorias normativas de Hans Kelsen e Hebert Hart, por exemplo. Em vista disso, a postura positivista de tais autores não corresponde a uma leitura formalista do jurídico.

Esse equívoco beneficiou a leitura formalista do direito, vinculada à escola exegético-positivista francesa, para a qual a leitura do Código Civil napoleônico não deveria ser permeada ou orientada por espécie alguma de “filosofia”; ou seja, aos aplicadores do direito não era permitido o exercício hermenêutico, mas apenas a reprodução (sem reflexão) do ordenamento jurídico.

Aqui parece estar representado o encasuramento do direito – significa dizer, o olhar neutralizante do jurídico – e tal perspectiva não deve ser encarada sem um olhar crítico, uma vez que a aplicação exegética do Código Civil tinha o claro objetivo de não permitir aos julgadores franceses a interferência nos projetos de poder da classe que ascendera, pois a revolução francesa pode ser identificada como o marco da

modernidade e a construção de uma nova ordem. Segundo Berenice Cavalcante (1998, p. 11), em termos genéricos, pode-se identificar essa modernidade com a fundação da sociedade burguesa, calcada nos princípios da igualdade e da liberdade.

Tal tradição difere e muito da perspectiva de Kelsen (1991, p. 366), por exemplo, para quem o direito a se aplicar forma uma espécie de moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, de modo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.

Segundo Thomas Bustamante (2005, p. 24):

“A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade. A atividade de interpretação é considerada um processo inovador pelo qual o juiz fixa o sentido da norma jurídica a partir dos enunciados normativos que compõe o Direito Positivo. Neste processo, a *decisão* sobre qual dos sentidos semanticamente possíveis de um enunciado normativo deve ser adotado é absolutamente *livre*; a norma jurídica é vista como ‘quadro a ser preenchido’ pelo interprete, cuja moldura é definida pelo texto da norma, sendo que não se pode estabelecer pautas ou diretivas para vincular o processo de interpretação”

Hart (1968) coloca em discussão a construção do jurídico, afirmando que o direito é formado em bases linguísticas naturais e só posteriormente vai ganhando conotações de um vocabulário próprio. Por consequência, o problema do formalismo jurídico verifica-se na medida em que ele tem a pretensão de normatizar todas as condutas possíveis, em vista do anseio da resposta correta para cada caso de forma silogística, o que difere da leitura de Hart que propõe uma análise da linguagem na

perspectiva do direito, ou seja, há normas jurídicas de textura aberta que exigem respostas possíveis a serem dadas pelo viés da interpretação nos casos mais complexos (HART, 1968, p. 158).

Para Hart (1968, p. 159):

“Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’.”

Nesse ponto, Hart (1968, p. 159) reconhece o poder discricionário do julgador nos casos mais difíceis que exigem a intervenção de normas de textura aberta; contudo, a atuação criativa do órgão julgador é limitada pelo próprio sistema jurídico.

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 285) [...], essa criação não se dá de modo absolutamente livre, senão que se trata de regras cuja adesão do juiz “é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria”.

A respeito do formalismo jurídico (e interpretativo), interessante a síntese argumentativa de Thomas Bustamante (2005, p. 24):

“No que concerne às teorias da interpretação jurídica, o *formalismo* sustenta que interpretar seria simplesmente conhecer/descobrir o significado de um texto, situando-se numa posição *antagônica* às denominadas teorias *realistas* ou *céticas*, para as quais ‘o interprete não descobre mas cria o significado de um texto, – de modo que não teria sentido dizer que um enunciado interpretativo é verdadeiro ou falso [...]”

Assim, o texto de Paulo Leminski, ao destacar o formalismo da linguagem como poder, incita-nos à reflexão acerca do formalismo jurídico que conseguiu estabelecer uma confusão conceitual no tocante a sua

relação com o positivismo jurídico e, em decorrência, com a teoria da interpretação e a questão da neutralidade do intérprete.

3. O papel da literatura na construção do saber jurídico: reflexões sobre o viés emancipatório da literatura como abordagem crítica ao direito

Naturalmente, não se tem a pretensão neste espaço de dissertar finalisticamente sobre um possível viés emancipatório da literatura e como tal perspectiva pode colaborar com um olhar crítico ao direito. Sendo assim, os argumentos a seguir são algumas notas a respeito do tema.

Como já mencionado linhas atrás, Dworkin observa o direito próximo do literário tendo por base ou vínculo epistêmico a questão da interpretação presente tanto na esfera literária como na experiência jurídica. Esta última, por sua vez, ganhou contornos de um formalismo que se busca melhor compreender com Paulo Leminski, na medida em que ao fim do século XIX o direito também reivindicava seu caráter científico ou de cientificidade, dado o *status* que a Ciência ganhava na época. Para tanto, foi necessário eleger um objeto de análise que acabou sendo a norma jurídica objetivamente considerada.

A ilusão ou confusão conceitual acerca do formalismo exegético da norma jurídica como representação do que se possa entender por positivismo jurídico, fez com que a leitura do jurídico não fosse permeada por qualquer forma de manifestação do subjetivo, significa dizer que se pretendeu (e talvez ainda se pretenda) uma espécie de neutralidade do agente do direito. Por oportuno, vimos na epígrafe anterior que não era essa a intenção do positivismo jurídico representado por Hans Kelsen e Hebert Hart, por exemplo.

Claudio Magris (2006, p. 4-5), analisando a questão da construção do saber jurídico com relação à figura do legislador, argumenta que:

“A diferencia de quien declama las profundas razones del corazón pensando, en realidad, que sólo existe su propio corazón, la ley parte de un conocimiento más profundo del corazón humano, porque sabe que existen muchos corazones, cada uno con sus misterios insondables y sus apasionadas tinieblas, y que, precisamente por eso, sólo unas normas precisas, que tutelen a cada uno, permiten al individuo singular vivir su vida irrepetible, cultivar sus dioses y sus demonios, sin estar impedido ni oprimido por la violencia de otros individuos, igual que él mismo presa de inextricables complicaciones del corazón, pero más fuertes que él, como los galeotes liberados por Don Quijote son más fuertes que Don Quijote y lo golpean brutalmente. [...] El legislador que castiga la corrupción en las concesiones públicas es un artista que sabe imaginar la realidad, porque en esa corrupción no sólo ve la abstracta violación de una norma sino, por ejemplo, los equipamientos defectuosos con los que – a causa de esa corrupción – se ha dotado a un hospital, en lugar de los más eficaces que el hospital habría tenido gracias a unas concesiones correctas. Detrás de ese crimen hay enfermos peor curados, individuos concretos que sufren. Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no por casualidad muchos mitos dicen que los poetas fueron, también, los primeros legisladores.”

Segundo Roberto Bueno (2011, p. 18), analisando o pensamento de Richard Rorty:

“Desde logo, com o dito até aqui acerca da riqueza libertária da literatura e do farto material que ela oferece para nossa redescrição e autoreconstrução não excluímos, senão que se supõe a necessidade de controles sociais

básicos tais como o direito. Isto sim, ao que nos opomos, é a exacerbação das funções dos mecanismos sociais de controle, o que sufoca as possibilidades de objetivação de nossas subjetividades, enfim, obstaculizam forte e firmemente ao ser-aí-no-mundo. A nossa perspectiva do ‘mundo vivido’ (Lebenswelt) frente ao qual as restrições discursivas de um modelo científico marcado pela abstração são consideráveis [...]”

Ainda, na impressão de Roberto Bueno (2011, p. 19):

“[...] o indivíduo que se encontra no mundo dispõe de opções morais, muito embora em nenhuma, ou através de nenhuma, alcance a plenitude através da tentativa de objetivar sua subjetividade. Esta tentativa deve encontrar inspiração nas várias narrativas literárias.”

Note-se que não se está a defender um subjetivismo da abordagem jurídica, principalmente no que se refere à sua aplicação; ou seja, não se propõe uma decisão judicial conforme a consciência do julgador, mas apenas que não há possibilidade de objetivar ou bloquear o subjetivo. Em outras palavras, utilizando o pensamento kelseniano, mesmo que se reconheça a interpretação como um ato de vontade – significa dizer uma possível aparição ou imagem do subjetivo – há um limite para as decisões judiciais, a qual se encontra na moldura da norma.

Assim, outro limite ao subjetivismo na interpretação e, em especial, na aplicação do direito estaria ligado a um discurso de aplicação, isto é, vinculado a questão do discurso argumentativo compreendido de modo pragmático transcendental, observando, portanto, o dever da argumentação.

4. Considerações finais

Parece possível considerar que a confusão entre positivismo(s) e formalismo

(exegético) jurídico levou a crise das teorias normativistas observadas na filosofia político-jurídico de nossos dias; contudo, há também uma crise maior que diz respeito à mentalidade desenvolvimentista da humanidade e, portanto, de sua razão esclarecida e dominadora. Não se está aqui a pretender uma defesa do positivismo jurídico analítico, mas apenas provocar a reflexão acerca de autores profundamente importantes como Kelsen e Hart.

Ainda, considera-se o viés libertário e emancipador da literatura no que se refere à reconstrução de nossa condição humana e, portanto, parece não só possível uma aproximação entre direito e literatura como destaca Dworkin, mas, também, interessante do ponto de vista da construção do saber jurídico que pretende questionar a perspectiva da formação jurídica tradicional.

Assim, a revisita a esses clássicos é não só necessária, mas um convite provocativo para a construção do saber jurídico, pois, para finalizar parafraseando Paulo Leminski, somente a obra aberta que provoca o engajamento do leitor no processo de descoberta/criação de sentidos e significados, abrindo-se para sua inteligência, recebendo-a como parceira e colaboradora, é verdadeiramente democrática.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005.
- APEL, Karl-Otto. Ética do discurso como ética da responsabilidade. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. *Cadernos de Tradução: USP*, São Paulo, n. 3, p. 7-37, 1998.
- AARNIO, Aulis. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Tradução de Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 11-14, 1984.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI. Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.
- _____. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 9-25, 2011.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.
- CARVALHO, Bernardo. A filosofia sem salvação. *Folha de São Paulo*, 8 maio 1994. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm>. Acesso em: 04 maio 2010.
- CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 43-47, 1984.
- _____. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 1-24, 1992.
- CAVALCANTE, Berenice. *A revolução francesa e a modernidade*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1998.
- CHAHURUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 25-42, 2011.
- CHUEIRI, Vera Karam. Direito e literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DURÃO, Aylton Barbieri. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Conpedi, 2005. p. 1-14.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1976.
- GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. *Em tempo*, Marília, v. 3, p. 103-110, 2001.

_____. Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. *Revista Olhar*, São Carlos, n. 7, p. 9-35, 2003.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008.

_____. Princípios e interpretação do ECA. In: NAHAS, Thereza Christina; GENOVA, Jairo José; SILVA, Nelson Finotti (Org.). *ECA: efetividade e aplicação*. São Paulo: LTr, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura: os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller*. [S.l.]: [s.n.]: [200-?]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. *Direito e Literatura em Paul Gewirtz*. Brasília: [s.n.], 2007. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/direito/dl9gewirtz.htm;jsessionid=B74D79D4043BCD1370D42A55396AE9FE>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho*. 2 ed. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1968.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; GUILHERME, Thiago Azevedo. Retórica e princípio da dignidade da pessoa humana. In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito*. Birigui: Boreal, 2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEMINSKI, Paulo. *Ensaio e anseios crípticos*. Curitiba: Pólo Editorial, 1997.

MAGRIS, Claudio. Los poetas y los legisladores. *La nacion*, Madrid, 12 marzo 2006. Disponível em:

<<http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y-los-legisladores>>. Acesso em: 16 set. 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 87-103, 1. sem. 2007.

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. *Doxa: cuadernos de la Filosofía del Derecho*, n. 29, p. 333-348, 2006.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: cuadernos de la Filosofía del Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. Rui Barbosa: direito e literatura. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 41-46, ago. 2002.

PIETROFORTE, Antônio Vicente Serafim. O discurso jurídico através do discurso poético. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 24-33, ago. 2002.

POUND, Ezra Loomis. *ABC da literatura*. Tradução de Augusto de Campos e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1997.

PROUST, Marcel. *Contre sainte-beuve: notas sobre crítica e literatura*. Tradução de Haroldo Ramanzini. São Paulo: Iluminuras, 1988.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Imparcialidade e neutralidade: identidade?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, [2008?]. Disponível na internet: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2012.

SANSONE, Ariana; MITICA, M. Paola. *Diritto i Letteratura: Storia di una tradizione i stato dell'a arte*. Bologna: Italian Society for Law and Literature (ISLL), 2008. p. 1-10.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). *Ciências cognitivas em semiótica e comunicação*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

_____. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 84-97, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 125-144, 2007.

O *distinguishing* realizado pelo STF no julgamento da ADIN 3.421-PR

André Luis Bitar de Lima Garcia
José Anijar Fragoso Rei

Sumário

1. Introdução. 2. As transformações ocorridas no pensamento jurídico contemporâneo. A aproximação das tradições de *civil law* e *common law*. O papel do STF no atual contexto de jurisdição constitucional. A necessidade de respeito aos precedentes. 3. A concepção de precedente como regra de Frederick Schauer. 4. A concepção de precedente como princípio de Ronald Dworkin. 5. Breves considerações acerca das limitações às concessões unilaterais de incentivos fiscais de ICMS pelos Estados e os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. 6. O caso paradigma: o julgamento da ADIN 3.421-PR. 7. Conclusão.

1. Introdução

A partir de algumas premissas necessárias (transformação da metodologia jurídica contemporânea, convergência dos dois grandes sistemas clássicos de *civil law* e *common law*, compreensão do papel do STF e necessidade de respeito aos precedentes), apresentaremos as características principais de duas teorias sobre precedentes, elaboradas por Frederick Schauer (2004) (“precedente como regra”) e Ronald Dworkin (2007) (“precedente como princípio”). Depois, verificaremos que o STF no julgamento da ADIN 3.421-PR se afastou de seus precedentes e realizou um *distinguishing*. Faremos a análise desse caso, procurando demonstrar que nele a Corte Suprema se

André Luis Bitar de Lima Garcia é especialista em Direito Processual Civil (ESA/CESUPA). Mestrando em Direito (UFPA). Advogado.

José Anijar Fragoso Rei é especialista em Direito Tributário (UNAMA/LFG/IOB Thompson). Especialista em Direito Público (UNISUL/LFG). Mestrando em Direito (UFPA). Defensor Público do Estado do Pará, titular da 12ª Defensoria Cível da Capital.

afastou da concepção de precedente como regra e aproximou-se da concepção de precedente como princípio. Concluiremos que a decisão foi acertada e utilizou bons argumentos, haja vista que destinou espaço à proteção dos direitos fundamentais.

2. *As transformações ocorridas no pensamento jurídico contemporâneo. A aproximação das tradições de civil law e common law. O papel do STF no atual contexto de jurisdição constitucional. A necessidade de respeito aos precedentes*

Principalmente a partir da segunda metade do século XX, a metodologia jurídica sofreu significativas transformações, com implicações na concepção de Direito.

Algumas características do pensamento jurídico contemporâneo podem ser destacadas, como, por exemplo, (i) o reconhecimento da *força normativa da Constituição*; (ii) a importância da *teoria dos princípios*; (iii) a inegável mutação da *hermenêutica jurídica* e o reconhecimento da função criativa e normativa da atividade jurisdicional; e (iv) a valorização *dos direitos fundamentais*, os quais devem ser interpretados de modo a dar-lhes o máximo de eficácia (SARMENTO, 2009; BARROSO, 2005)¹.

Dentro desse contexto, antigos dogmas precisam ser quebrados, sendo exemplo disso a necessidade de compreensão de que o juiz da atualidade não é mais servo do Legislativo; hoje, o seu papel é tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.

Várias são as formas de perceber essa realidade. Poderíamos lembrar, por exemplo, que atualmente existe verdadeira expansão das chamadas cláusulas gerais, técnica de redação de enunciado normativo que atribui maior poder ao juiz para criar a justiça do caso concreto e rompe com o tradicional

¹ A união dessas principais características marca o que a doutrina chama de *neonstitucionalismo*. Já podemos verificar considerável literatura no Brasil a respeito dessa nova fase (também denominada por alguns como *pós-positivismo*, ou, ainda, *neopositivismo*).

modelo de tipicidade estrita das formas que vigorava à época do Estado liberal clássico. Sua utilização decorre da ideia de que o legislador não pode antever todas as reais e verdadeiras necessidades de direito material, pois elas constantemente se transformam e assumem diferentes contornos conforme os casos concretos (MARINONI, 2010a, p. 86-87).

Assim também, outra característica marcante dessa nova feição da atividade judicial consiste no fato de o juiz brasileiro controlar a constitucionalidade da lei e ter em suas mãos a possibilidade de utilizar as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e, ainda, suprir a omissão do legislador relativa aos direitos fundamentais. Diferentemente do que acontece em grande parte da Europa, onde o controle de constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz nacional tem o poder-dever de exercer o controle de constitucionalidade nos casos concretos (MARINONI, 2010a, p. 73-74).

De fato, não há como dar força normativa à Constituição sem um controle de constitucionalidade; ainda mais no caso do Brasil, onde não existe o monopólio da declaração de inconstitucionalidade. Isso quer dizer que em nosso país há um sistema plural, cuja característica fundamental é a concorrência no exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, vários órgãos judiciais podem apresentar argumentos a favor ou contra a constitucionalidade das leis (PEGORARO, 2004, p. 25-130, 145-168; MAUÉS, 2010, p. 356-384).²

Sem dúvida, essa característica do direito nacional acaba por aproximar bastante os dois grandes sistemas de *civil law* e *common*

² A noção de sistema plural é fruto dos estudos de Lucio Pegoraro (2004). Para uma análise das atuais características do controle de constitucionalidade no Brasil e a compreensão de que o sistema brasileiro se caracteriza como um sistema plural, consultem-se as referidas obras.

law (HOLANDA, 2010)³, ajudando a quebrar outro dogma: a suposta incomunicabilidade entre as tradições do *civil law* e *common law* (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004).⁴

Particularmente no Brasil, a convergência das duas grandes tradições jurídicas ocidentais pode ser percebida na tendência à uniformização da jurisprudência, à verticalização das decisões judiciais e à valorização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁵

Partindo da premissa de que os Tribunais Constitucionais realmente criam direito, diz Fernández Segado (2004, p. 87-88):

“La gran novedad del último medio siglo reside en la progresivamente mayor asunción por los tribunales constitucionales de funciones que, desbordando los estrictos límites del ‘legislador negativo’, caen de lleno en el ámbito de las funciones creadoras de derecho propias de un legislador positivo.”

Não há como pensar na sobrevivência de um sistema plural de constitucionalidade em que os Tribunais Regionais e os Tribunais de Justiça não respeitam os precedentes do STF. Admitir o contrário é não compreender o verdadeiro papel do STF como Corte Constitucional (visão retrospectiva e prospectiva dos conflitos) (GÓES, 2010, p. 305), que não se confunde

³ Aliás, como se sabe, não é apenas no direito que existe essa tendência nacional para a mistura, mestiçagem e hibridismo. Sobre a origem histórica da formação da cultura brasileira, é indispensável a leitura de Sérgio Buarque de Holanda (2010).

⁴ Para um estudo da aproximação dos dois sistemas clássicos de *civil law* e *common law* e, mais especificamente, aproximação do regime *judicial review* norte-americano ao modelo europeu, devido a instituição da autoridade do precedente (*stare decisis*), consulte-se a referida obra.

⁵ São exemplos disso: i. a chamada “objetivação” do recurso extraordinário; ii. criação da súmula vinculante – CF, art. 103-A; iii. repercussão geral do recurso extraordinário – CF, art. 102, § 3º; iv. julgamento dos recursos especiais repetitivos – CPC, art. 543-C-; v. aumento do poder dos relatores – CPC, art. 557-; vi. julgamento liminar de improcedência – CPC, art. 285-A.

com a concepção estrita de Tribunal *ad hoc* (característica principal do modelo de justiça constitucional concebido por Kelsen, em que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é exercido por um tribunal que não pertence ao Poder Judiciário, excluindo dessa atribuição o juiz ordinário).

O respeito e a credibilidade do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, do Poder Judiciário, passam por um sistema de precedentes obrigatórios, nos moldes do *stare decisis* norte-americano. O sistema plural de controle de constitucionalidade presente em nosso país exige que as decisões do STF vinculem o próprio Tribunal (dimensão horizontal) e os demais juízes (dimensão vertical). Aliás, basta ler a redação do art. 102 (missão do STF de guarda da Constituição) e do art. 102, I, alínea “I” (previsão da reclamação constitucional) para perceber que o constituinte ampara esta tese (sistema de precedentes).

Assim, considerando que é imprescindível e urgente a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, Marinoni sintetiza bem a preocupação de sedimentar na cultura jurídica brasileira a compreensão, o estudo e o respeito aos precedentes:

“Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, ainda não se vê reação concreta a esta situação da parte dos advogados brasileiros. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento

perante a lei” (MARINONI, 2010b, p. 588).

As características de duas das principais teorias a respeito dos precedentes serão brevemente expostas a seguir, para após verificar de qual delas o STF se aproximou ou se afastou quando do julgamento da ADIN 3.421-PR.

3. A concepção de precedente como regra de Frederick Schauer

A noção de precedentes como regras foi formulada por Frederick Schauer em sua obra “Las reglas en juego” (SCHAUER, 2004). O autor é um defensor do positivismo e baseia sua teoria na separação entre direito (normas jurídicas) e moral (normas morais).

Para entender a concepção de precedentes como regras, é necessário inicialmente ressaltar que o objeto de estudo de Schauer são as regras prescritivas, ou seja, aquelas que nos obrigam ou proíbem a fazer alguma coisa. Estas formam o conteúdo do direito e possuem uma estrutura binária, qual seja, um predicado factual (circunstâncias de fato que levam a aplicação da regra) e um consequente (resultado desta aplicação, sanção) (SCHAUER, 2004, p. 81-83).

Schauer traz-nos como exemplo a seguinte regra: “É proibida a entrada de cães no restaurante” (SCHAUER, 2004). Logo, teríamos como predicado factual a entrada do cão no restaurante (fenômeno no mundo dos fatos) e como consequente a proibição desta conduta.

Predicado factual é sempre uma generalização, isso quer dizer que, no exemplo dado, todos os cães estariam proibidos de entrar no restaurante. A regra jurídica abrange toda a espécie de cão (generalidade de casos).

Continuando no exemplo, perguntamos: Por que existe a regra que proíbe a entrada de cães no restaurante? Ora, pois é perigoso, o cão pode morder as pessoas. Além disso, a entrada de cães no restau-

rante seria anti-higiênica. Enfim, existem várias circunstâncias que podem acontecer com a entrada de cães em um restaurante, capazes de gerar incômodos aos clientes. Estamos diante, nas palavras de Schauer, de uma generalização provável, ou seja, na maioria das vezes, é provável que o cão traga incômodos aos clientes (SCHAUER, 2004, p. 86-89).

Portanto, a generalização probabilística é o que dá a justificativa da regra. No exemplo, a justificativa da regra é não provocar incômodo aos clientes; e isso decorre de uma generalização provável.

Pensemos agora em outra hipótese: Além de cães, outros animais podem provocar incômodos aos clientes em um restaurante, como, por exemplo, um urso. Ora, assim como não é certo que nem todos os cães vão provocar incômodos aos clientes (ex.: cães-guia), outros animais podem provocar incômodos aos clientes (ex.: ursos). Com efeito, temos uma dupla deficiência da regra. A essas experiências que surgem da aplicação das regras Schauer denomina de experiências recalcitrantes, isto é, situações em que o resultado da aplicação da regra não está de acordo com sua justificativa.

As experiências recalcitrantes podem ser de dois tipos: a regra pode gerar um caso de sobreinclusão e um caso de subinclusão (SCHAUER, 2004, p. 89-92). A primeira ocorre quando a regra inclui casos que não estão de acordo com a sua justificativa. É o exemplo dos cães guia. Incluir os cães-guia dentro da regra de proibição é indevido, afinal um cão-guia não provocará incômodo aos clientes. O segundo tipo de experiências recalcitrantes denominado de subinclusão é o exemplo do urso de que fala Schauer (2004). Acontece quando a regra deixa de incorporar casos que estão de acordo com a sua justificativa. Ou seja, um urso provoca incômodos aos clientes, mas a regra não o incluiu na proibição de entrada no restaurante.

Essa primeira parte da teoria de Schauer (2004) é mais descritiva e mostra como as

regras funcionam. A questão é que o autor defende que não nos devemos aprofundar no estudo das justificativas das regras. Para ele, mesmo que a experiência recalcitrante nos indique que o resultado de aplicação da regra contraria a sua justificativa, devemos aplicar as regras.

Assim, a decisão baseada no modelo de regras é aquela em que prevalece o resultado da regra contra a justificativa. Por outras palavras, o que importa é o resultado e a aplicação da regra, embora possa existir a convicção linguística da experiência recalcitrante. Tal é o modelo enraizado (*el modelo atrincherado*) defendido por Schauer (2004, p. 89-92).

Esse é o centro da proposta de Schauer. O autor não quer que aprofundemos o exame da justificativa, até mesmo porque, se assim for, estaremos buscando e trazendo para a discussão argumentos e princípios morais, o que não seria desejável (SCHAUER, 2004, p. 89-92).

Seguindo neste raciocínio, Schauer (2004) defende que a melhor concepção de precedentes é aquela baseada em um modelo de regras. Isso significa que se o precedente é vinculante ele deve funcionar como uma regra.

Para justificar sua posição neste particular, Schauer (2004) também utiliza o argumento da aversão ao risco, o qual, pensado no sistema judicial, quer significar a intenção de diminuir o risco de decisões erradas tomadas pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Com isso, é inegável que Schauer (2004) acaba por limitar as distinções quando da utilização, interpretação e aplicação de precedentes.

4. A concepção de precedente como princípio de Ronald Dworkin

Em sentido oposto à teoria de Frederick Schauer (2004), existe a noção de precedentes como princípios, cujo referencial teórico é Ronald Dworkin (2007).

Primeiramente, é preciso relacionar princípios com a concepção de direito como integridade desenvolvida por Dworkin (2007), a qual consiste, basicamente, em uma atividade de interpretação da prática jurídica cotidiana, de modo a consolidar a legitimidade da jurisdição constitucional e a unidade e coerência do sistema jurídico. Especificamente no momento, interessa destacar que falar em integridade é falar em coerência de princípios.

A integridade é muito diferente do que Dworkin chama de consistência/coerência de estratégia, ou seja, simples manutenção das decisões passadas. Ao seguir apenas a consistência de estratégia, as decisões passadas teriam que ser respeitadas, mesmo que não haja nenhuma razão que as justifique. A integridade, por sua vez, exige que as decisões passadas, a fim de se tornarem precedentes, devem ser coerentes com o conjunto de princípios existente em uma determinada comunidade jurídica. Isso significa que o intérprete busca o(s) princípio(s) que fundamenta(m) o(s) precedente(s) (DWORKIN, 2007).

Dworkin busca descrever o significado desta complexa coerência interpretativa da integridade a partir da analogia do romance escrito em cadeia por diversos autores, em uma sociedade pluralista e em evolução constante. Percebemos a importância de se identificarem princípios que emergem das entrelinhas do sistema de regras expressas (do texto já escrito do romance) e que sustentam e justificam a prática jurídica (ou seja, o enredo principal da história). É o respeito a esses princípios que assegura a integridade do sistema jurídico (DWORKIN, 2007, p. 275-279).

O juiz, na técnica de vinculação dos precedentes, utilizando a metáfora do "romance em cadeia", deve ser visto como mais um autor na construção da interpretação do direito, atento ao contexto da moralidade política vigente na comunidade e às respectivas mudanças do corpo social que influenciam na esfera jurídica, mas igual-

mente preocupado com a consolidação da coerência e unidade do sistema jurídico.

Seguindo nesse raciocínio, Dworkin (2007) afirma que o escritor (juiz) deve fazer dois testes para saber se está cumprindo bem a sua função, quais sejam: adequação e justificativa.

A adequação significa procurar o ajuste ao que foi escrito antes. É verificar se a decisão proposta pelo juiz é adequada aos princípios que fundamentam as decisões passadas. Todavia, sabemos que esse teste oferecerá ao juiz diferentes alternativas, pois este muito provavelmente encontrará várias formas de continuar escrevendo aquele romance. Com efeito, surge a necessidade do segundo teste.

O teste da justificativa, por sua vez, significa que o juiz deve buscar a decisão passada que mais se ajusta ao conjunto coerente de princípios. O juiz não tem discricionariedade livre e desvinculada. Os princípios darão o limite necessário à decisão.

Tudo isso conduz à ideia de que, não havendo violação de princípios, os precedentes devem ser aplicados. Por consequência, a não aplicação do precedente estará justificada quando a distinção do caso é baseada em princípios.

Como vemos, estamos diante de um cenário oposto ao de Schauer (2004). Dworkin (2007) é um crítico do positivismo e seus estudos aproximam o direito da moral.

Partindo da ideia de que nenhum caso é rigorosamente igual ao outro, podemos aferir que o problema da distinção é identificar que razões nos fazem privilegiar as diferenças ou semelhanças de um caso. Para isso, é preciso que seja feito um juízo de valor e o melhor fundamento para a distinção passa a ser o argumento dos direitos fundamentais. Noutros termos, se quisermos trabalhar os precedentes de forma menos abstrata, precisamos trabalhar os parâmetros de justiça e equidade no âmbito dos direitos fundamentais.

A integridade exige coerência de princípios e, portanto, coerência com os direitos

fundamentais. Assim, podemos dizer que, se não houver violação de direitos fundamentais, o precedente deve ser aplicado; e o inverso também é verdadeiro. Este, então, seria o melhor critério, com amparo na visão de Dworkin (2007), para avaliar a viabilidade da técnica da distinção, que, em curtas palavras, significa a possibilidade da não aplicação de um precedente ao argumento, racional e convincente, que o novo caso a ser julgado apresenta características especiais que exigem um tratamento diferenciado.

5. Breves considerações acerca das limitações às concessões unilaterais de incentivos fiscais de ICMS pelos Estados e os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto

A Constituição Federal de 1988 delegou aos seus entes federados competências tributárias para instituir tributos, para que, com isso, esses entes exerçam as competências materiais que a própria Lei Maior lhes outorga. Desse modo, aos Estados e ao Distrito Federal cabem instituir o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – que consiste em uma das maiores fontes de financiamento das políticas públicas e do funcionamento da máquina administrativa estadual.

O art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal de 1988 preceitua que os benefícios e incentivos fiscais sobre o ICMS devem ser concedidos na forma que a lei complementar federal dispuser. A lei em questão é a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pelo Texto Maior vigente por conta do art. 34, § 8º, do ADCT. A LC nº 24/75, em seus arts. 1º e 2º, reza que os benefícios fiscais serão concedidos na forma de convênios firmados por meio de deliberação unânime entre os Estados e os Municípios.

Há, portanto, uma proibição que recai sobre os Estados-membros, no sentido de que eles não podem, unilateralmente, aplicar renúncias de receita de ICMS,

devendo tais atos ser autorizados por todos os demais Estados e pelo Distrito Federal, mediante convênio celebrado no Conselho Fazendário (CONFAZ), no qual todos os Secretários Estaduais de Fazenda, juntamente com o Ministro da Fazenda, possuem assento.

A referida previsão constitucional, combinada com a legislação complementar em comento, vem juntar-se a outros dispositivos federais que regulamentam o ICMS. Desse modo, embora seja um imposto estadual e distrital, o ICMS é fortemente disciplinado por textos normativos federais, como ocorre com as resoluções do Senado Federal que fixam alíquotas interestaduais e alíquotas mínimas e máximas, entre outros.

Os dispositivos da Lei Complementar nº 24/75 amoldam-se, no sistema tributário nacional, ao conceito de normas gerais de direito tributário, especialmente por regular limitações constitucionais ao poder de tributar. Nesse caso, a concessão de benefícios fiscais do ICMS é, como norma geral, um canal de interferência da União nos interesses jurídico-tributários dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CARVALHO, 2004, p. 209-210), *a priori* em nome do equilíbrio federativo.

As normas gerais de direito tributário devem-se à necessidade de uniformidade econômica dentro do Estado Federal, visando a um tratamento igualitário aos entes federativos e às pessoas que neles habitam ou que pretendam desenvolver suas atividades econômicas. Há, pois, a finalidade de harmonizar o sistema tributário e evitar que se fira o princípio federativo.

Ou seja, em favor do equilíbrio federativo, devem ser dirigidas aos Estados-membros e ao Distrito Federal, como unidades federadas e dotadas de competência tributária, normas gerais que limitem, de forma isonômica, o poder de tributar e as concessões de benefícios fiscais de ICMS. Tal diretriz coaduna-se, em princípio, com a obrigatoriedade de observância de con-

vênios, deliberados de forma unânime por todos os Estados, para que estes benefícios sejam válidos.

Devido à importância do ICMS e ao fato de este imposto importar em exação integral e nacional, revela-se também necessária a obrigatoriedade de convênios deliberados de forma unânime entre todos os Estados-membros e o Distrito Federal. Assim, a concessão de benefícios fiscais de ICMS pode provocar efeitos deletérios, pois os Estados buscariam atrair para seus territórios os empreendimentos até então instalados em outras unidades da Federação e, assim, causar graves efeitos sociais. Ou seja, a referida limitação visa a evitar a chamada guerra fiscal, sendo tal intento a razão de ser dos convênios autorizativos de incentivos fiscais do ICMS pelo CONFAZ (PYRRHO, 2008, p. 32-33).

Vale ressaltar que o federalismo cooperativo estabelece um paradigma no qual as atribuições são exercidas de modo comum ou concorrente, de modo que os entes deverão atuar em conjunto. Decorre tal modelo também da necessidade de coordenação do exercício das competências, dirigidas pelo Estado Federal, adotado no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

Assim, Gadelha infere que a tentativa de aquecimento econômico como justificativa para a guerra fiscal diverge dos valores e princípios do federalismo, bem como as isenções de ICMS acirram os ânimos econômicos e implementa a disputa por novos sujeitos não contribuintes. Tal quadro acarreta um federalismo atípico, de natureza competitiva, pois privilegia interesses locais, enquanto a razão de ser da Federação reside no bem-estar de toda a nação (GADELHA, 2010, p. 132).

O processo de alocação de investimentos em certas regiões do País motivado exclusivamente por atrativos fiscais acirra a competitividade entre os entes e descaracteriza, portanto, o federalismo cooperativo. Nesse sentido, mostra-se conveniente, para coibir essa prática e preservar o federalis-

mo cooperativo, o advento de um agente intermediador que crie parâmetros a esses incentivos, o que se ajusta à sistemática prevista no art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF c/c LC nº 24/75.

Ou seja, o federalismo fiscal brasileiro deve guardar afinidade com o modelo de federalismo cooperativo, notadamente pela coordenação de atividades e poderes entre os entes da Federação. É no sentido da preservação do equilíbrio federativo que, conforme ensina Elali: não obstante a competência tributária para instituição do ICMS ser dos Estados e do Distrito Federal, o texto constitucional regula em grau máximo seu âmbito de atuação, por se tratar de imposto que deve manter uma unidade nacional (ELALI, 2005, p. 68).

Desta maneira, os dispositivos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88 c/c o art. 1º da LC nº 24/75, quando determinam a obrigatoriedade de convênios unanimemente deliberados pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, como requisitos prévios para a concessão de benefícios fiscais de ICMS, revela-se como medida que visa a diminuir os ímpetus competitivos entre os entes da Federação, de forma a reforçar o caráter de cooperação entre os membros do Estado Federal, assim como o equilíbrio fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já decidiu no sentido de que são inconstitucionais os incentivos fiscais de ICMS que não sejam amparados por convênios do CONFAZ, na forma que estabelece a LC nº 24/75, com base no art. 155, § 2º, XII, “g”, por entender que, em caso contrário, o equilíbrio na federação estaria prejudicado.

No mais, o Supremo Tribunal Federal já apontou variadas vezes que as renúncias de receita em matéria de ICMS dependem de convênio deliberado de forma unânime pelos Estados e pelo Distrito Federal, apontando que o ICMS é um tributo de característica nacional, pelo que o constituinte determinou que fossem observadas as regras estabelecidas em lei complementar

federal em se tratando de benefícios tributários para evitar que um Estado prejudicasse outro sob o disfarce de sua autonomia. Tal entendimento consta expressamente do voto condutor, e seguido unanimemente, do Ministro Maurício Corrêa, relator da ADI 286, julgada em 22 de maio de 2002, em que cita seu voto e acórdão da Medida Cautelar da ADI 2376.

A preocupação com o equilíbrio fiscal federativo, o repúdio à guerra fiscal entre os Estados e a supremacia do texto constitucional do art. 155, § 2º, XII, “g”, complementado pelo art. 1º da LC nº 24/75, vem fazendo o STF julgar inconstitucionais várias leis e instrumentos normativos estaduais que concediam benefícios fiscais, sobre as mais variadas denominações e argumentos sem passar pela autorização unânime no CONFAZ. Alguns exemplos dos precedentes do Pretório Excelso sobre o assunto são: a ADI 84, julgada em 5.2.1996, relatada pelo Min. Ilmar Galvão; ADI MC 902, de 3.3.1994, Relator Min. Marco Aurélio; ADI 1179, julgada em 13.11.2002, relatada pelo Min. Carlos Veloso; ADI MC 2.352, julgada em 19.12.2000, Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

Nesse mesmo sentido, na sessão do dia 1º de junho de 2011, foram julgadas procedentes doze ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive a nº 1.247-PA, na qual foi declarado inconstitucional o art. 12 da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, que permitia a concessão de benefícios fiscais ou financeiros que resultassem exclusão ou redução de ICMS, independentemente de autorização do CONFAZ, nos casos de notória necessidade de defender a Economia do Estado e de capacidade competitiva dos empreendimentos locais.

O Supremo Tribunal Federal seguiu novamente seus precedentes quando, em 19 de setembro de 2007 nos autos da ADI nº 3.936, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, julgou inconstitucional a Lei nº 10.689/93 do Estado do Paraná, pela qual, uma vez sendo concedido benefício fiscal de ICMS por um

Estado, sem observância dos procedimentos estabelecidos na Lei Complementar nº 24/75, aquele Estado estaria autorizando a assim também proceder. Foi afastada, pelo Pretório Excelso, um a possível “compensação de inconstitucionalidades” ou “direito de vingança”, que só acirrariam os ânimos da guerra fiscal e ressaltaria o caráter competitivo, em detrimento dos preceitos do federalismo cooperativo, devendo permanecer a inconstitucionalidade das normas concessivas de incentivos fiscais pelos Estados sem prévia aprovação do CONFAZ (ALEXANDRE, 2009, p. 158).

Enfim, em quase todas as vezes em que se viu diante de dispositivos legais e infralegais editados por Estados-membros ou pelo Distrito Federal que concediam benefícios fiscais de ICMS sem passar pela autorização unânime dos demais Estados no CONFAZ, o STF declarou inconstitucionais as respectivas normas imputando a ofensa ao disposto no art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal de 1988, complementado pelo art. 1º da LC nº 24/75.

6. O caso paradigma: o julgamento da ADI 3.421-PR

Dialogando com a teoria de Schauer (2004), que adota os precedentes como regra, os precedentes mencionados acima trariam, como predicado factual (generalização), a concessão de incentivos fiscais de forma unilateral pelos Estados ou pelo Distrito Federal, sem que tivesse sido precedido pela anuência dos demais Estados no CONFAZ.

A consequência da aplicação dessa generalização, de acordo com o conjunto de julgados anteriores, é que todas as normas dessa natureza seriam inconstitucionais, devendo prevalecer tal regra ainda que a justificativa não estivesse presente. Ou seja, mesmo não estando presente a “guerra fiscal” entre os Estados em questões envolvendo incentivos fiscais de ICMS, seguindo-se a teoria de precedentes como

regra de Schauer, as normas concessivas desses incentivos deveriam ser julgadas inconstitucionais.

Ocorre que não foi isso que aconteceu no julgamento da ADI 3421, julgada em 05 de março de 2010, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Nesse julgamento, o STF não adotou a teoria dos precedentes como regra. Passamos a expor as razões dessa nossa conclusão.

Tal ação foi ajuizada pelo governador do Estado de São Paulo e pretendia ver declarada inconstitucional a Lei nº 14.586, de 22 de dezembro de 2004, do Estado do Paraná.⁶

Essa lei, em seu art. 1º, confere isenção do ICMS nas contas de serviços públicos estaduais próprios, delegados, privatizados de água, luz, telefone e gás de igrejas e templos de qualquer culto, desde que os imóveis estivessem na propriedade ou posse dessas igrejas e que fossem, efetivamente, utilizados para práticas religiosas.

O autor dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade adotou como argumento principal justamente a ofensa ao art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal de 1988, combinado com a Lei complementar 24/75, pois não constava da referida lei a necessidade de prévio convênio firmado pelos

⁶ Lei nº 14.586, de 22 de dezembro de 2004, do Estado do Paraná: Art. 1º Fica proibida a cobrança de ICMS nas contas de serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás, de igreja e templos de qualquer crença, desde que o imóvel esteja comprovadamente na propriedade ou posse das igrejas ou templos e sejam usados para a prática religiosa. Parágrafo único. Nos casos em que o imóvel não for próprio, a comprovação do funcionamento deverá se dar através de contrato de locação ou comodato devidamente registrado, ou ainda, da justificativa de posse judicial. Art. 2º São definidas, para efeito do artigo 1º, as contas relativas a imóveis ocupados por igreja ou templos de qualquer culto, devidamente registrados e reconhecidos pela autoridade competente através do alvará de funcionamento. Art. 3º Os templos e igrejas deverão requerer, junto as empresas prestadoras de serviços, a isenção a que tem direito, a partir da vigência desta lei. Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Estados junto ao CONFAZ, uma vez que se tratava de renúncia de receita no âmbito do ICMS. É sobre esse argumento que a análise proposta neste artigo se concentrará.

Se o Pretório Excelso tivesse seguido a doutrina de “Precedentes como regra”, de Schauer (2004), a referida lei paranaense teria sido julgada inconstitucional, uma vez que o predicado factual firmado nos demais precedentes, visto que a existência de renúncia de receita de ICMS sem prévio convênio interestadual estaria presente e a conclusão dos precedentes anteriores deveria impor-se. De nada importaria, para a tomada da decisão pelo tribunal, que a justificativa estivesse ou não presente, no caso a necessidade de preservar o equilíbrio federativo entre os Estados e evitar a “guerra fiscal” por meio do ICMS.

No entanto, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, seguido de forma unânime pelo Tribunal, foi justamente no sentido de fazer preponderar a justificativa em detrimento da regra criada nos precedentes.

Inicialmente, cabe ressaltar que o Ministro relator considerou as igrejas e templos de qualquer culto como contribuintes de fato do ICMS cobrado nas contas dos serviços públicos estaduais, pois, embora as contribuintes de direito sejam as empresas públicas ou concessionárias desses serviços, o valor do imposto recai no preço da fatura, sendo, portanto, suportado pelas entidades religiosas.

Principalmente, o STF entendeu que, no caso em análise, não estava presente qualquer tipo de competição entre os Estados utilizando renúncias de receitas de ICMS, o que tanto os dispositivos constitucionais e legais, assim como os precedentes adotam como justificativa para declarar normas desse tipo como inconstitucionais. Ou seja, as renúncias de receita em questão, por beneficiar igrejas e templos de qualquer culto, não trazem consigo qualquer acirramento concorrencial por empreendimentos econômicos, como ocorria nos casos que serviram de base aos precedentes do Tribunal.

Dada a relevância central do tema, vale transcrever parte do voto condutor do Ministro Marco Aurélio:

“A disciplina legal em exame apresenta peculiaridades a merecerem reflexão para concluir estar configurada, ou não, a denominada ‘guerra fiscal’. (...) Ao lado da imunidade, há a isenção e, quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, visando a editar verdadeira autofagia, a alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF remete a lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A lei complementar relativa à disciplina da matéria é a número 24/1975. Nela está disposto que, ante as peculiaridades do ICMS, benefícios fiscais não de estar previstos em instrumento formalizado por todas as unidades da Federação. Indago: o preceito alcança situação concreta que objetive beneficiar, sem que se possa apontar como alvo a cooptação, não o contribuinte de direito, mas o contribuinte de fato, presentes igrejas e templos de qualquer crença, quanto a serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás? A resposta é negativa.

A proibição de introduzir-se benefício fiscal, sem o assentimento dos demais estados, tem como móvel evitar competição entre as unidades da Federação e isso não acontece na espécie” (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Diante da leitura do trecho do voto do Ministro, podemos concluir que o caso em análise não foi decidido em conformidade com a teoria dos precedentes como regra, pois, uma vez detectada a experiência recalcitrante, pois, em face da inexistência da justificativa que motiva a regra, esta última não foi aplicada, cedendo lugar em importância para a justificativa. Dito de outra

maneira, o STF, ao optar pela justificativa da regra, realizou a distinção e não aceitou os custos da experiência recalcitrante (violação de um direito fundamental).

No julgamento da ADI 3421, a decisão do STF pode ser analisada com base na teria dos “precedentes como princípio”, que, por sua vez, dialoga com a concepção do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin (2007). Isso porque, no caso, em vez de seguir estritamente a regra dos precedentes sobre o assunto, procurou uma decisão que fosse coerente com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o respeito à liberdade de crença e culto. Além disso, foi relevante a não observância da utilização de renúncia de receita como fomento à guerra fiscal entre os Estados.

A analogia do “romance em cadeia” pode ser observada no voto do Ministro Marco Aurélio, ainda que não tenha sido explicitada. Isso porque o Ministro, ao se pronunciar pela constitucionalidade da citada lei paranaense, debruçou-se sobre as razões jurídicas e morais que levaram o Constituinte de 1988 a prever a existência de convênios interestaduais como condição de validade constitucional das normas concessivas de incentivos fiscais de ICMS, quais sejam a necessidade de preservar o equilíbrio federativo entre os Estados-membros e evitar de renúncias de receita desse tributo ICMS como atração de empreendimentos econômicos, a chamada “guerra fiscal”. Não os encontrando na citada lei paranaense, o Ministro voltou-se ainda à preservação de um direito fundamental, no caso a liberdade de crença e de culto, seguindo as manifestações da Advocacia Geral da União e do Ministério Público Federal, constantes do relatório do acórdão, as quais relacionam a imunidade tributária dos templos de qualquer culto com a liberdade religiosa e de crença.

Convém mencionar que Torres (2011, p. 74) esclarece que a imunidade em questão se estende não apenas ao prédio onde se pratica o culto, mas também a seus anexos

e demais imóveis necessários ao fortalecimento da religião, desde que vinculados às finalidades essenciais do templo. O fundamento dessa renúncia fiscal, para esse autor, é a liberdade religiosa, que, no estado-fiscal brasileiro, se estende a todos os cultos, uma vez que a liberdade de religião é considerada um dos pilares do liberalismo. Portanto, o termo “religião” deve ser interpretado da forma mais ampla possível, para agasalhar também a religião da minorias. Nesse diapasão, vale ressaltar o entendimento de Costa (2006, p. 79), segundo o qual está implícito na Constituição Federal de 1988, cotejando os direitos fundamentais expressos com os dispositivos que disciplinam a atividade tributante, o princípio da não obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação. Segundo este princípio, como o ordenamento constitucional ampara determinados direitos fundamentais não pode admitir que a tributação seja desempenhada em desfavor da efetivação desses direitos. A tributação deve conviver de forma harmônica com os direitos fundamentais, não podendo levar, ainda que indiretamente, à inviabilização ou restrição indevida de um direito fundamental.⁷

Assim, os templos das religiões mais diversas, tendo que arcar com o ICMS das contas de serviços públicos essenciais, que lhes seriam repassadas nas respectivas faturas pelos contribuintes de direito, teriam suas atividades mais dificultadas, pois tal exação tributária não está prevista na imunidade conferida pelo art. 150, VI, “b”, da CF/88.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter ignorado as razões que motivaram os precedentes, acabou por afastar sua aplicação no caso.

⁷ Embora conste sucintamente do voto condutor do Ministro Marco Aurélio no acórdão em questão, a doutrina especializada relaciona diretamente a imunidade aos templos de qualquer culto à preservação do direito fundamental à liberdade religiosa e de crença.

Com o entendimento de que não estaria presente a “guerra fiscal” e com a necessidade de se preservar o direito fundamental à liberdade de crença e culto, o Supremo Tribunal Federal não aplicou os precedentes e realizou uma distinção (*distinguishing*).

Conforme ensinam MacCormick & Summers, um precedente, em geral, é universal, por trazer uma opinião fundamentada de um juiz sobre um determinado assunto, não sendo um ato de escolha voluntária ou decisão arbitrária, mas sim uma decisão que ganha força, como o resultado de uma diversidade de escolhas articuladas por meio de deliberações e discursos racionais (MACCORMINICK; SUMMERS, 1997, p. 543-544). Embora os precedentes sejam, em geral, universais, sua validade não se dá na base do “tudo ou nada”, como acontecem geralmente com os atos decorrentes de procedimentos formais. Sua validade dá-se por meio de forças ou pesos, o que o faz ser ou deixar de ser aplicado em determinados casos, sob a influência de determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, ocorrem as distinções, que são, na realidade, afastamentos dos precedentes em determinadas circunstâncias, sem importar que sua aplicação tenha sido superada para os casos que se amoldem àqueles de sua concepção inicial.

Os precedentes gerais, em que pese sua força, até mesmo vinculante, permitem afastamentos, como as distinções. Tais afastamentos, para estarem em consonância com a ordem jurídica, devem ser fundamentados de forma adequada pelo juiz ou Corte que o realiza, sendo preferível que sejam excepcionais. Tais afastamentos podem ser declarados ou não, conforme explicitem ou não o precedente geral do qual se afastam (SUMMERS; ENG, 1997, 520-523).

Em que pese o sistema do *stare decisis*, não deve haver aderência aos precedentes de forma irrestrita, em todos os casos. Assim, em muitas ocasiões, os tribunais afastam-se dos precedentes, especialmente

sob a forma de *overruling* (superação dos precedentes) ou do *distinguishing*, que limitam seu alcance. Os afastamentos dos precedentes acima citados, no entendimento de Hershovitz, são, na realidade, parte essencial do *stare decisis*, pois o julgador deve decidir tendo em vista a integridade do direito, contemplando os valores mais fundamentais da ordem jurídica (HERSHOVITZ, 2006, p. 113-114).

O afastamento dos precedentes também é admitido no direito brasileiro, até mesmo diante de decisões com efeitos vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Mendes, Coelho & Branco doutrinam que não deve haver autovinculação estrita do STF a seus próprios precedentes, pois isso significaria uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa que cabe aos órgãos de jurisdição constitucional. No entanto, no caso de mudança de posicionamento, este deve ser feito com base em uma crítica fundada à decisão anterior, acompanhada da exposição das razões que justificam a mudança, em um duplo dever de justificar-se (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1286).

Ainda segundo Hershovitz, agir com integridade significa reconhecer que o que foi feito no passado é importante, ao mesmo tempo que exige um comprometimento com uma visão moral e esse comprometimento é aferido por meio de modelos de comportamento ao longo do tempo (HERSHOVITZ, 2006, p. 114-116). No entanto, uma recusa rígida a mudar conceitos morais ao longo do tempo, quando se está diante de novas informações, não representa um sinal de integridade, mas sim de estupidez. Ou seja, a integridade exige agir de acordo com novas convicções morais, assim como que não se repitam erros passados.

Portanto, o respeito à integridade fará o julgador seguir um precedente, mas poderá também, quando necessário, superá-lo ou deixar de aplicá-lo quando houver uma distinção.

No caso da ADI 3421, o Supremo Tribunal Federal afastou-se dos precedentes, pois sua aplicação naquele caso não seria compatível com o direito como integridade. Inicialmente porque, nesse caso, não estaria presente a “guerra fiscal” entre Estados, a fim de atrair investimentos econômicos. Além disso, a lei paranaense ora analisada buscou proteger direitos fundamentais e tidos como relevantes para a concepção atual de direito, como é a liberdade de crença e culto.

A decisão judicial da Corte maior atende aos anseios da integridade e coerência com os princípios da comunidade jurídica. Ao primar pela proteção de um direito fundamental, o referido acórdão atende ao teste da adequação às escolhas passadas feitas pelo Constituinte, especialmente a consagração da liberdade de crença e culto e a proteção aos locais em que as manifestações são realizadas no texto do art. 5º, VI e VIII.

No mais, essa decisão atende ao teste da justificativa. Utilizando a metáfora do romance em cadeia de Dworkin (2007), avaliamos que a decisão em questão corresponde a um capítulo bem escrito do romance. Ou seja, quando prima pela proteção de direitos fundamentais, esse julgado atende, em uma mirada prospectiva, para o futuro, os anseios que entendemos serem almejados e fortalecidos pela comunidade jurídica brasileira. Ganha destaque aqui a facilitação das mais diversas e plurais atividades religiosas e de culto, como prevê a Constituição Federal.

Nesse caso, tanto o teste da justificativa quanto o adequação se voltam à proteção dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à liberdade de crença e de culto. Tal confusão entre adequação e justificativa lhes é peculiar, pois, conforme afirma Dworkin (2007, p. 279), “não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que o romancista em cadeia interpreta o texto em que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou”.

O acórdão da ADI 3421, na forma do voto do Ministro Marco Aurélio, realizou, a nosso ver, a distinção de maneira adequada, uma vez que fundamentou suas razões na inexistência de guerra fiscal no caso em questão, além da proteção a um direito fundamental, qual seja a liberdade de crença e de culto. Embora, na fundamentação, o Ministro não tenha explicitado os precedentes do STF sobre o assunto, no relatório ele cita os acórdãos mencionados pelo autor da ação, cujos resultados, se seguidos, levariam à procedência da ADI, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei paranaense. No mais, o relator, no voto, deixa clara a justificativa que motivou os precedentes do STF sobre renúncias de receitas de ICMS unilaterais, qual seja o repúdio à guerra fiscal entre os Estados.

Por fim, o acórdão da ADI 3421, ao afastar a aplicação dos precedentes do STF sobre incentivos fiscais unilaterais de ICMS, atende aos anseios do direito como integridade, pois mostra-se coerente com os princípios da comunidade jurídica brasileira, especialmente a proteção de direitos fundamentais relacionados à liberdade de crença e de culto.

7. Conclusão

Como visto, o direito brasileiro tem recebido, ao longo dos últimos anos, influência cada vez mais acentuada do sistema jurídico do *common law*, no qual a força dos precedentes se revela como um das principais características. Foram abordadas duas das principais teorias sobre precedentes: a dos precedentes como regra, de F. Schauer (2004), pela qual os precedentes devem ser obedecidos ainda que o resultado de sua aplicação venha a contrariar a justificativa e a dos precedentes como princípio, de Ronald Dworkin (2007), que entende que os precedentes devem ser seguidos ou afastados no caso concreto em respeito aos princípios e valores relevantes

de uma comunidade jurídica, estando tal concepção em sintonia com o “direito como integridade”.

O Supremo Tribunal Federal possui uma série de julgados decidindo pela inconstitucionalidade das concessões de incentivos fiscais de ICMS concedidos unilateralmente pelos estados, sem convênio interestadual celebrado no CONFAZ, como determina o art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88, tendo como principal justificativa a necessidade de preservar o equilíbrio fiscal federativo. No entanto, em julgamento da ADI 3421, o Pretório Excelso decidiu pela constitucionalidade de lei estadual do Paraná que concedia isenção do ICMS sobre as contas de serviços públicos estaduais dos templos e igrejas do Estado, mesmo não havendo convênio interestadual autorizando. Houve, portanto, uma distinção (*distinguishing*) em face dos julgados anteriores.

No caso em questão, o STF filiou-se à doutrina dos precedentes como princípio, pois afastou as regras e primou pela justificativa, considerando que não há prejuízo ao equilíbrio federativo fiscal e não fica configurada a “guerra fiscal”. No mais, a decisão em análise, utilizou um bom critério para fazer a distinção, qual seja decidir pela proteção e efetivação de um direito fundamental (no caso, liberdade de crença e culto). Com isso, o STF atendeu aos reclamos da integridade, considerando que esse direito fundamental foi prestigiado pelo constituinte e que a sua proteção está de acordo com os valores mais relevantes da comunidade jurídica brasileira.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo>

-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 6 jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. *Lei Complementar nº 24*, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1975. Seção 1, p. 345. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 26 dez. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2376/RJ, de 1º de junho de 2011. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 jul. 2011a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI\(2376%20NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI(2376%20NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. _____. ADI 1247/ PA, de 1º de junho de 2011b. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=625935>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 84/MG, de 15 de fevereiro de 1996. Relator: Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=266186>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 902 MC/SP, de 3 de março de 1994. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 abr. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=346680>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 1179/SP, de 13 de novembro de 2012. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 dez. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=266683>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 2352 MC/ES, de 19 de dezembro de 2000. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=347560>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 3936 MC/PR, de 19 de setembro de 2007. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 nov. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493838>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. _____. ADI 3421/PR, de 5 de maio de 2010. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611722>>. Acesso em: 10 jan. 2012

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: MP, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante El siglo: la progressiva convergência de los sistemas americano y europeu-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GADELHA, Gustavo de Paiva. *Isenção tributária: crise do paradigma do federalismo fiscal cooperativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual teoria geral do processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010. 2 v.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and stare decisis. In: _____ (Org.). *Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MACCORMINICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: _____; _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershort: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010a.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010b. 2 v.

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul-dez 2010.

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

PARANÁ (Estado). Lei nº 14.586, de 22 de dezembro de 2004. Proíbe a cobrança de ICMS nas contas de serviços públicos estaduais à igrejas e templos de qualquer culto. Diário Oficial nº 6882, Paraná, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://celepar7cta.pr.gov.br/SEEG/sumulas.nsf/319b106715f69a4b03256efc00601826/7182c631f79bb15d83256f9d005ad858?OpenDocument>>. Acesso em: 6 jan. 2012

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.

PYRRHO, Sérgio. *Soberania, ICMS e isenções: os convênios e os tratados internacionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedents. In: _____; MACCORMINICK, D. Neil. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershort: Ashgate, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

O direito penal do inimigo e os crimes políticos

Um espelho da sociedade do risco global

Claudio Demczuk de Alencar

O uso político dos riscos na sociedade global fez aumentar a nossa necessidade por segurança, e, com isso, criou-se uma densa rede de interdependências transacionais que, pouco a pouco, revestiu a aura dos direitos humanos com uma ambivalência ideológica tendente ao radicalismo irracional (BECK, 2007, p. 29), transformando o outro distante no outro inclusive (BECK, 2008, p. 215). Em outros dizeres, os organismos internacionais de controle e as organizações de defesa e promoção dos direitos humanos, ao lado dos Estados e de outros movimentos civis, têm-se valido do pretexto de que estão defendendo a humanidade para autolegitimar sua atuação.

Essa autolegitimação possui uma dimensão muito distinta da que conhecemos tradicionalmente, tanto em relação à sua origem, quanto ao seu alcance, pois parte do princípio de que devemos enfrentar o perigo que ameaça a sobrevivência de todos, o que subliminarmente nos induz a substituir a ideia de aprovação democrática por uma concepção de humanidade que, em si mesma, não possui legitimidade alguma (BECK, 2002).

A explicação para esse fenômeno é encontrada na própria história: os direitos humanos foram inicialmente estruturados como direitos dos cidadãos de um determinado país ou nação, mas o trauma do pós-guerra radicalizou seu conceito de

Claudio Demczuk de Alencar é Advogado e Consultor Legislativo do Senado Federal.

tal maneira que fez com que passassem a ser reconhecidos como direitos de todo e qualquer ser humano. Com as redes de comunicação existentes e com a experiência do risco do terrorismo global, os valores fundamentais, assim como os ideais de humanidade e modernidade, passaram a aglutinar-se sob uma mesma bandeira: “tortura nunca mais” (BECK, 2009, p. 62).

Hoje, nós estamos vivenciando uma segunda radicalização da ideia de direitos humanos, os quais, na sociedade do risco global, mais do que o exercício de uma autoridade moral, passaram a desempenhar um papel político responsável por decompor conceitos até então de fácil reconhecimento, como estado de direito e estado de exceção, nacional e internacional, guerra e paz, militar e civil, benfeitor e criminoso, nós e eles (BECK, 2009, p. 77).

Esse sistema único de significação de certo modo já havia sido descrito pelo estruturalismo filosófico de Schmitt (2009), que asseverava – com razão – que o conceito de político podia ser reduzido à categoria fundamental de amigo-inimigo.

O problema é que essa ambivalência é indesejável, na medida em que deixa entrever “uma conexão, uma proximidade entre o conceito de mal e o conceito de inimigo”. Isso pode ser provado quando essa temática é contextualizada no âmbito da polêmica que envolve a legalidade das chamadas leis de “autoanistia”¹, cuja adoção pelos Estados signatários de tratados e convenções de direitos humanos passou a ser considerada, a partir do pós-guerra, uma “afrenta à *recta ratio*” (TRINDADE, 2006), ao caráter cogente do direito internacional²,

¹ As leis de “autoanistia” são aquelas concebidas durante a transição de um regime autocrático para a democracia, a fim de evitar a responsabilidade penal não apenas dos grupos insurgentes, mas também dos membros do regime de saída, das Forças Armadas, bem como dos responsáveis pelo aparato de segurança nacional, por ações de natureza “política” que porventura tenham praticado.

² Sobre a formação e o conceito do “*jus cogens*” no direito internacional contemporâneo, confira-

que teria como único propósito acobertar os responsáveis pela prática dos chamados crimes contra a humanidade, muito embora não exista uma prática uniforme com relação à sua concessão, tampouco normas que proibam explicitamente a adoção desses instrumentos³. Não é por outra razão que Nino (1997) descreve as juntas que governaram a Argentina entre os anos de 1976 e 1983 como a encarnação portenha do mal radical e absoluto arendtiano.

Alguns autores veem nessa indignação moral uma técnica que visa tão somente transmitir uma aura de nobreza a um discurso que, na realidade, carece de conteúdo. Beck (2009, p. 228), por exemplo, afirma que a retórica do “mal”, ao dispensar o “porquê” das coisas, é a resposta mais fácil para a hipercomplexidade e para a contingência da sociedade do risco global. Para o sociólogo alemão, atribuir uma catástrofe à maldade de alguém é próprio de quem deixa de discutir ações e pensamentos que não quer conceituar ou imaginar algo⁴, sob o pretexto de estarem muito além de qualquer possibilidade de justificação ou defesa (BECK, 2009,

–se: Tomuschat e Thouvenin (2005); Conference on International Law (1967); Fiorati (2002); Friedrich (2004); Hannikainen (1988); Kasto (1994); McGregor (2006); Rozakis (1976); Sztucki (1974); Tomuschat e Thouvenin (2006).

³ Muitos países, entre os quais a República Democrática do Congo (Décret-loi n° 03-001 du 15 avril 2003), a Costa do Marfim (Ordonnance n° 2007 457 du 12 Avril 2007), a Venezuela (art. 29 da Constituição), a Croácia (HRV-110, 1996), e a Etiópia (art. 28 da Constituição), inseriram em suas legislações disposições que proibem a concessão de anistias por crimes previstos em alguns tratados de direitos humanos.

⁴ Nesse sentido, Tom Wolfe (1969, p. 161): “For many years I have observed that the moralist typically substitutes anger for perception. He hopes that many people will take his irritation for insight... The mere moralistic expression of approval or disapproval, preference or detestation, is currently being used in our world as a substitute for observation and a substitute for study. People hope that if they scream loudly enough about ‘values’ then others will mistake them for serious, sensitive souls who have higher and nobler perceptions than ordinary people. Otherwise, why would they be screaming? Moral bitterness is a basic technique for endowing the idiot with dignity”.

p. 228), o que, na ótica de Pastor (2005), faz com que os “direitos humanos se transformem em um fim absoluto ilimitado e em um tabu indiscutível e incensurável”⁵.

Beck (2009, p. 228), no entanto, mantém-se coerente com sua análise quando diz que esse mal não se antagoniza com a liberdade como um déficit, mas como um conceito fundamental que a existência humana pressupõe e nega ao mesmo tempo. Isto é: o poder daqueles que negam os princípios básicos da modernidade aumenta em uma relação radicalmente inversa à dos que experimentam uma perda de poder ao observar aqueles mesmos princípios básicos (BECK, 2009, p. 228). Eu extraio dessa reflexão a seguinte premissa: a de que o “inimigo” de hoje é o “inimigo” de ontem.

Como a lógica amigo-inimigo não é alheia às modernas teorizações do direito penal do inimigo (ANITUA, 2006, p. 145), parece-me razoável afirmar que os organismos internacionais de controle, bem como as organizações de defesa e promoção dos direitos humanos, tomando por base os conceitos estabelecidos pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade⁶, adotada pela Assembleia

⁵ O autor prossegue ainda mais enfático: “La violación de los derechos humanos es algo grave, entonces el defensor de los derechos humanos ya no piensa, sino que se indigna, y quien se indigna, es digno, no se puede discutir más con él, no hay argumentos y, entonces, no se puede contra-argumentar o el oponente se convierte en un indigno. Además, para restablecer la dignidad, vale todo. Así los derechos humanos se transforman en un fin absoluto ilimitado y en un tabú indiscutible e incensurable. En su nombre se puede hacer todo, pues de cualquier manera la dignidad de la empresa está puesta tan alta que nada la amenaza” (PASTOR, 2005, p. 102).

⁶ Segundo o texto da Convenção, são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos: os crimes de guerra, como tais definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, e confirmados pelas resoluções n.ºs 3 (I) e 95 (i) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as “infrações graves” enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra; os crimes contra a humanidade, sejam eles cometidos em tempo

Geral das Nações Unidas em 1968, substituíram o império do direito pela ideologia irracional da guerra (BECK, 2002) – segundo Zaffaroni (2006, p. 167), não há inimigo sem guerra – para justificar a “luta”⁷ ou o “combate”⁸ contra a impunidade representada por *algumas*⁹ leis de “autoanistia”.

Na África, por exemplo, essa linha de raciocínio foi proclamada pelo Tribunal Especial para Serra Leoa no caso *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Buzzy Kamara*, ao ser declarada a nulidade da anistia prevista no Acordo de Lomé¹⁰. Na Europa, ao julgar o caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*¹¹, o Tribunal Penal Internacional

de guerra, sejam em tempo de paz, como tais definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, e confirmados pelas Resoluções n.ºs 3 (I) e 95 (i) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “Apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação ao direito interno do país onde tenham sido cometidos. Ressalte-se que o Brasil não é signatário dessa Convenção.

⁷ Sobre o assunto, confira-se Daniel Pastor (2006, p. 486-487).

⁸ É o que disse a professora de Direitos Humanos da PUC-SP, Flavia Piovesan a Paulo Henrique Amorim (2008): “O Brasil tem que acolher a responsabilidade de investigar, processar, punir, reparar os casos de tortura. E, se ele não o fizer, outros países que são signatários da Convenção têm o direito e o dever de fazê-lo. Ou seja, *combate à impunidade* daqueles que torturaram e fizeram, assim, do Estado um delinqüente”.

⁹ Muito pouco se fala a respeito das leis de “autoanistia” da África do Sul, do Haiti e de El Salvador, para ficarmos apenas com alguns exemplos. Em alguns casos, elas são até apoiadas pelas Nações Unidas.

¹⁰ “The amnesty granted by Sierra Leone cannot cover crimes under international law that are the subject of universal jurisdiction” because “it stands to reason that a state cannot sweep such crimes into oblivion and forgetfulness which other states have jurisdiction to prosecute by reason of the fact that the obligation to protect human dignity is a peremptory norm and has assumed the nature of obligation *erga omnes*” (SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, 2004).

¹¹ “The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the

para a ex-Iugoslávia afirmou que a anistia para crimes de lesa-humanidade, como a tortura, não goza de reconhecimento internacional. Entre nós, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) é considerada pioneira no trato da questão. Depois de ter-se pronunciado pela ilegalidade das “autoanistias” nos casos *Loayza Tamayo vs. Peru*¹², *Barrios Altos vs. Peru*¹³, *Almonacid Arellano y*

inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorizing torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had *locus standi* before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked *inter alia* to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: ‘individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State’ (PROSECUTOR..., 1998).

¹² “Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia” (CORTE..., 1997).

¹³ “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y

*Otros vs. Chile*¹⁴ e *La Cantuta vs. Peru*¹⁵, agora se prepara para examinar a admissibilidade da demanda proposta no caso *Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia), em que a Comissão Interamericana de Derechos Humanos pleiteia a adoção de “todas as medidas que sejam necessárias a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade” (ORGANIZAÇÃO..., 2006).

A formação desse verdadeiro “case law” de desrespeito aos princípios da legalidade, bem como a inadmissibilidade da aplicação de normas penais “ex post facto”¹⁶, tem

las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CORTE..., 2001).

¹⁴ “La Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” (CORTE..., 2006a).

¹⁵ “La Corte concluye que, durante el período en que las leyes de amnistía fueron aplicadas en el presente caso (*supra* párrs. 80.58 a 80.62 y 188), el Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de los familiares. A su vez, no ha sido demostrado que, posteriormente y en la actualidad, el Estado haya incumplido con dichas obligaciones contenidas en el artículo 2 de la Convención, por haber adoptado medidas pertinentes para suprimir los efectos que en algún momento pudieron generar las leyes de amnistía, declaradas incompatibles *ab initio* con la Convención en el caso *Barrios Altos*. Tal como fue señalado (*supra* párrs. 167 y 169), dicha decisión se revistió de efectos generales. En consecuencia, dichas ‘leyes’ no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro” (CORTE..., 2006b).

¹⁶ A decisão tomada no caso *Barrios Altos vs. Peru* (CORTE..., 2001) serviu de fundamento para que a Corte Suprema da Argentina declarasse a nulidade da Ley 23.492 (“Obediencia Debida”) e da Ley 23.521 (“Punto Final”) – muito embora nenhuma das duas se enquadrasse no conceito de lei de “autoanistia” – no caso “Simón, Júlío H.”, 14/6/2005, expte. S. 1767, XXX-

causado perplexidade aos que imaginam – como Pastor (2005, p. 99) – que os direitos humanos “están concebidos exclusivamente para evitar la aplicación (abusiva) del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación (legítima o ilegítima)”, na medida em que ela expressa a premência da impunidade de uma determinada ação que supostamente deve ser sancionada a todo e qualquer custo. Uma impressão que é confirmada por Jakobs (2006, p. 56), quando afirma que “la punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo”, e também por Aponte (2004), ao constatar que a existência da impunidade “como hecho social ha sido utilizada en muchas ocasiones de manera ideológica e instrumental, de tal manera que ella sirva

VIII, ao arripio desses princípios. Vide a Consideração 26 do voto do min. Zaffaroni: “Esta jurisprudencia es – sin duda – aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse. Tal como también se señaló no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23.492 y 23.521. Cualquiera sea el nomen juris y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional – del que sólo puede ser responsable el Estado argentino–lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación”.

de razón suficiente para la exarcebación del derecho penal del enemigo”.

Mais do que ignorar princípios caros ao direito penal, esse fetichismo punitivo ameaça o importante papel de pacificação ou de reconciliação que muitas vezes contribui para restabelecer as “relações normais na vida de uma nação dividida”¹⁷, adscrito às anistias no Protocolo II às Convenções de Genebra, uma função que eu particularmente entendo que a Lei nº 6.683/79 exerceu no Brasil¹⁸. Como se sabe, o que de polêmico existe em relação à Lei de Anistia brasileira reside na interpretação de que o parágrafo 1º de seu artigo 1º estende a anistia a vários agentes públicos que, durante o regime militar (1964/1985), teriam sido responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra seus opositores políticos¹⁹.

¹⁷ Conforme se lê nos “Commentaries to the 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949” (1987, p. 1402).

¹⁸ Segundo Rui Barbosa, Obras Completas, volume XXIV, Tomo III, p. 73, “são bem conhecidas as características da anistia. O ‘véu de eterno esquecimento’, em que os publicistas e criminalistas dizem por ela envolvidas as desordens sociais, objeto desse ato de alta sabedoria política, não é uma vulgar metáfora, mas a fórmula de uma instituição soberana. Por ela, não só se destroem todos os efeitos da sentença, e até a sentença desaparece, senão que, remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração. Por ela, ainda mais, além de se extinguir o próprio delito, se repõem as coisas no mesmo estado em que estariam, se a infração nunca se tivesse cometido. Esta é a anistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, aquela cujas virtudes o historiador grego celebrava nestas palavras de eloqüente concisão: ‘Eles perdoaram, e daí avante conviveram em democracia’”.

¹⁹ “Art. 1º: É concedida a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiverem seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º: Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de

Ora, embora repila enfaticamente a prática desses delitos, a minha formação humanista – que, pelo visto, ainda data da primeira modernidade beckiana –, leva-me a me posicionar em favor do direito à presunção de inocência, legalidade e retroatividade insculpidos nos artigos 8º e 9º do mesmo Pacto de São José da Costa Rica que garante, em seu artigo 25, o direito de proteção judicial das vítimas daqueles crimes.

É preciso, portanto, encontrar um referencial teórico que permita restringir, com base em argumentos racionais, essa “terceira velocidade” do direito penal, em que, de acordo com Silva Sánchez (1999, p. 151), há uma “ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

A minha tese é a de que o tom acentuadamente humanitário do discurso dos que se opõem ao esquema do direito penal do inimigo fortifica, na doutrina e na prática dos direitos humanos, a associação de teorias morais cada vez mais assentadas em princípios totalitários (recordando: o “inimigo” de hoje é o “inimigo” de ontem)²⁰, fazendo com que seja possível admitir que os crimes de lesa-majestade cometidos pelos inimigos do Estado e os crimes contra a humanidade praticados pelos inimigos do “jus cogens” constituam a mesma imagem

qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (BRASIL, 1979).

²⁰ Isso me parece muito claro, conforme indicado alhures. Assim, Hobbes (2006, p. 121) descreve o esquema clássico do direito penal do inimigo como as ações ou palavras com as quais o cidadão ou súdito mostra não mais desejar obedecer a quem foi confiada a suprema administração da cidade. Elas constituem crimes de lesa-majestade porquanto estabelecem uma clivagem entre os cidadãos que obedecem ao “direito dos povos” (“jus gentium”) e os “inimigos do governo”, que devem ser punidos em conformidade com o direito de guerra por transgredirem as leis que “nos proíbe[m] violar pactos e o compromisso tomado”. Ferrajoli (2008, p. 89), por sua vez, assevera que esse modelo “rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra”.

espelhada um do outro, isto é, sejam delitos simétricos, que correspondem a uma mesma categoria, a dos crimes “políticos” (amigo/inimigo).

Esse, certamente, seria o primeiro passo para encontrar um conceito material de crime político que permitisse descartar avanços de criminalização espúrios, mas que pudesse legitimar, ao mesmo tempo, movimentos punitivos que encontram justificação na função que se atribui ao direito penal, pois, como disse com propriedade Muñoz Conde (2008, p. 111), pode ser que “a veces el calificativo de “político” se emplea para disfrazar o justificar los más brutales atentados terroristas contra la vida y la integridad de las personas cometidas por motivaciones políticas”.

Referências

AMORIM, Paulo Henrique. Piovesan: Lula não teve coragem de enfrentar a tortura. *Anistia*, 12 ago. 2008. Disponível em: <<http://anistia.multiply.com/reviews/item/292>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

ANITUA, Gabriel-Ignacio. La Inmigración y los Discursos de la Seguridad. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Flujos migratorios y su (des)control: puntos de vista pluridisciplinarios*. Barcelona: Anthropos, 2006.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 9-43, nov./dez. 2004.

BAILONE, Matías. O Domínio da Organização como Autoria Mediata. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 16, jan./jun. 2011.

BECK, Ulrich. Vivir en la sociedad del riesgo mundial. *Documentos CIDOB – Dinámicas interculturales*, n. 8, jul. 2007.

_____. Global generations in world risk society. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 82-83, p. 203-216, sept. 2008.

_____. Haz la ley, no la guerra. *El País*, Madrid, 16 out. 2002. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/teoria_articulos/beck03.htm>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *World at risk*, Cambridge: Polity, 2009.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979. Lei da Anistia. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 ago. 1979. Seção 1, p. 12265. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 05 set. 2012.

COMMENTARIES to the 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987.

CONFERENCE ON INTERNATIONAL LAW. *The Concept of Jus Cogens in International Law*. Geneva: Carnegie Endowment for International Peace, 1967.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Mérito. Sentencia. 17 sept. 1997.

_____. *Caso Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara*. Case nº SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E). Decision on Challenge to Jurisdiction, Lomé Accord Amnesty. 13 marzo 2004.

_____. *Caso Prosecutor v. Anto Furundzija*. ICTY, Case nº IT-95-17/1-T. Judgment. 10 dic. 1998.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentencia. 14 marzo 2001.

_____. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. Sentencia. 26 sept. 2006a.

_____. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentencia. 29 nov. 2006b.

FERRAJOLI, Luis. Il Diritto Penale del Nemico e la Dissoluzione del Diritto Penale. *Revista Panóptica*, Vitória, v. 2, n. 11, p. 87-99, nov./fev. 2008. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A5.pdf>. Acesso em: 03 set. 2012.

FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas do direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory norms (Jus Cogens) in international law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers, 1988.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel (Org.). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Aranzadi, 2006.

KASTO, Jalil. *Jus Cogens and Humanitarian Law*. Hounslow [London]: J. Kasto, 1994.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Justicia penal en el estado arbitrario: la reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo*. San José de Costa Rica: Jurídica Continental, 2004. p.135-143.

McGREGOR, Lorna. State Immunity and Jus Cogens. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, p. 437-446, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Hacia un derecho penal del enemigo? *El País*, Madrid, 15 enero 2003.

_____. Delito Político y Derecho Penal del Enemigo. In: _____. *De Nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008

NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé, 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso 11.552: Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. Washington, D.C.: OEA, 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

PASTOR, Daniel. La Deriva Neopunitivista de Organismos y Activistas como Causa del Desprestigio de los Derechos Humanos. In: NUEVA Doctrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Org.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. v. 2.

ROZAKIS, Christos L. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam: North-Holland, 1976.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SZTUCKI, Jerzy. *Jus cogens and the Vienna Convention on the law of treaties: a critical appraisal*. Wien: Springer-Verlag, 1974.

TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Mattinus Nijhoff, 2005.

_____; _____. *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Mattinus Nijhoff, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O fim das "leis" de auto-anistia. *Correio Braziliense*, Brasília, 18 dez. 2006.

WOLFE, Tom. *The mid-Atlantic man and other new breeds in England and America*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Librería-Editorial Dykinson, 2006.